

REVISTA DE  
**DERECHO COMERCIAL  
DEL CONSUMIDOR  
Y DE LA EMPRESA**

AÑO III • NUMERO 2 • ABRIL 2012

DIRECTORES

**HECTOR ALEGRIA**

**RAFAEL M. MANOVIL • OSVALDO MARZORATI  
JULIO CESAR RIVERA • ADOLFO A. N. ROUILLÓN**

AREA DERECHO DEL CONSUMIDOR

**GABRIEL STIGLITZ • ROBERTO A. VAZQUEZ FERREYRA**

COORDINADORES

**HECTOR O. CHOMER • CARLOS A. HERNANDEZ  
CARLOS A. MOLINA SANDOVAL • MARTIN E. PAOLANTONIO  
FULVIO G. SANTARELLI • JORGE S. SICOLI**

**LA LEY**

# Arbitraje y poder judicial. Desde la "cultura del litigio" hacia una "cultura del arbitraje" (\*)

POR AGUSTINA DÍAZ CORDERO y LEONARDO QUINTIERI

**Sumario: I. Su evolución en la argentina. II. Dos panoramas desalentadores. III. Jueces y árbitros: Un Criterio de Complementación. IV. El arbitraje y las medidas cautelares. V. Principio de autonomía de la voluntad de las partes y "res inter alios acta". VI. Principio de Kompetenz-Kompetenz. VII. Los árbitros y la inconstitucionalidad de las leyes. VIII. Sistema nacional del arbitraje de consumo (dl 276/98).**

## I. Su evolución en la argentina

Su origen es muy remoto. En este sentido, existen relatos griegos, que narran que los conflictos entre héroes mitológicos eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes. Los pueblos comerciantes de la antigüedad relatan litigios entre los mercaderes fenicios y griegos, quienes acudían al arbitraje como medio para solucionar sus conflictos. Fue recién en el Derecho Romano en donde este instituto logró establecerse ya como un sistema organizado logrando ocupar poco a poco su propio espacio.

A fin de adentrarnos en el tema, debemos recordar que la justicia, halla su génesis como la ciencia de lo justo y de lo injusto; ello, sacado del célebre fragmento romano del Digesto. (1) Ulpiano propuso esta definición eminentemente aristotélica: "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi iuris precepta sunt haec honeste vivere, alterum non lae dere, summ cuique tribure". Fue pues, en el Derecho Romano que la institución adquirió raíces propias. (2)

El arbitraje, como forma de resolver las controversias jurídicas sin acudir a la "iuris dictio" del magistrado con imperio es una de las figuras de derecho privado más antiguas de la historia contemporánea de la humanidad. (3)

El maestro Bruno Oppetit señala que a partir del momento en que la justicia se define por su finalidad (atribuir a cada cual lo que le corresponde) es susceptible de comprender la totalidad de los medios que permiten realizarla, siendo uno de ellos el arbitraje. (4)

Etimológicamente la palabra "arbitraje" nace la raíz latina "jueces avenidores".

Se ha afirmado que el arbitraje constituye una mágica solución a fin de descongestionar la administración de justicia. Es necesario pues, para que ello funcione concientizar los beneficios de este instituto.

Motulsky ha sostenido que el arbitraje constituye una forma de administrar Justicia "l'arbitrage est une justice privee d origine normalement conventionelle". (5)

De esta simple frase se desprenden los elementos básicos que la conforman. A saber: la figura del árbitro, su origen contractual, refiriéndose al instituto como una parte de la Justicia.

(\*) "El más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo." PLATÓN, Diálogos.

(1) Libro I; "De Instititita et Iure" D. 1, 1, 10

(2) MURGA, J, "Derecho Romano Clásico II, Proceso, Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 3ª Edición, Zaragoza, pp. 21 y 22, 1989.

(3) ver Siete Partidas, Parte 3ª, Título IV, Ley XXIII.

(4) OPPETIT, Bruno, "Teoría del Arbitraje, Legis, 2006.

(5) MOTULSKY, Ecris, t. II, "Etudes et notes sur l'arbitrage", Dalloz, 1974, pref. B. Goldman et Ph Fouchard", p. 6.

ello es necesario valorar los aspectos positivos y distinguir aquellos aspectos que resultan negativos. Hablamos pues de efectuar una comparación entre acudir al arbitraje y acudir al Poder Judicial. ¿Qué es menos costoso?, ¿Quién es más capacitado?, ¿Cuál es la vía más eficaz, rápida y segura?, ¿Se encuentran los abogados preparados técnicamente para atender a los clientes?

El Poder Judicial, de modo alguno significa enfrentamiento con la Arbitral, sino que ello ha sido resultado del único objetivo de abordar el problema desde el conocimiento y rigor científico, el respeto al Poder Judicial.

Queremos decir que aunque el legislador no ha tenido en algunas oportunidades a la sociedad en cuenta, las decisiones adecuadas, los jueces —sobre todo los jueces de la Arbitral— son capaces de hacer uso de los vacíos legales con esfuerzo y vocación de servicio, aunque solo se trate de un paliativo. Ello ha permitido que en la abundante jurisprudencia y en los trabajos doctrinarios.

## panoramas desalentadores

### crisis del poder judicial

El conocimiento público que el Poder Judicial atraviesa una crisis pocas veces vista. La crisis es inusual de tareas; la dilación en la resolución de los pleitos producto de la cantidad de juicios sumado a la escasez del personal, la mala legislación procesal, las falencias de gestión y el empeño de ciertos abogados de prolongar el proceso simplemente por desidia o por el diseño de entorpecer los pleitos, influyendo en el resultado final y se refleja en la calidad de las resoluciones, las que incluso muchas veces son injustas. Si a ello añadimos el mucho desacreditamiento y el injusto descrédito en la sociedad, el resultado es inmenso.

Con acierto la Dra. Medina que sin duda es una autoridad tan notable del arbitraje ha sido la que ha señalado por el fenómeno de la globalización de los mercados, y la consecuente globalización de los juicios, pero este fenómeno por sí sólo no es una solución completa. Es posible identificar una serie de razones que confluyen a este resultado de ejemplo y sin pretender agotarlas a: i. el progresivo deterioro de la actividad

judicial ii. el tiempo, los costos y iii. la idoneidad de los árbitros. (6)

El arbitraje se vislumbra entonces como un modo de paliar estos males, sin desconocer —por cierto— que es un instituto que merece ser reconocido por derecho propio.

### b. El marco jurídico del instituto del arbitraje nacional e internacional

No cabe dudas que el arbitraje tiene una vocación fundamentalmente internacional. (7)

A pesar de que es un instituto antiguo, su utilización se ha incrementado notoriamente en las últimas décadas, sobre todo a partir de la inclusión de la cláusula arbitral en los contratos, aunque todavía nos encontramos muy lejos de alcanzar el nivel deseable en cuanto a cantidad de casos derivados a dicho sistema. Si bien su desarrollo en América Latina fue lento, como lo afirma Conejero Roos, de la interacción creciente con los países desarrollados surgió la necesidad evidente de satisfacer las tendencias impuestas por el desarrollo económico y tráfico comercial, lo que llevó a un reconocimiento gradual de su importante rol, en cuanto mecanismo flexible, rápido y confiable para la resolución de las controversias comerciales. (8)

Coincidimos con el Dr. Vanossi en cuanto destaca que el valor de la seguridad jurídica en lo que al arbitraje se refiere, dista mucho de proporcionar certidumbre o de permitir aplicar una regla de predictibilidad acerca de su suerte futura. (9)

La República Argentina no posee una ley que regule el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes conforme ya lo venía

(6) MEDINA, Graciela, "Arbitraje y justicia estatal", LA LEY, 2011-C, 1312.

(7) FOUCHARD, Gaillard, "Goldman on International Commercial Arbitrations"; Gaillard, Emmanuel and Savage, John, *Kluwer Law International*, London, 1999, p. 865.

(8) CONEJERO ROOS, Cristian, "La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis comparativo", —Intervención judicial en los casos de arbitraje comercial internacional—, 24/04/2006.

(9) VANOSSI, Reynaldo, "El problema cultural del Arbitraje en la Argentina" Foro de Derecho Mercantil, *Revista Internacional*, Legis, pp. 105/113, 2009.

sosteniendo la jurisprudencia de la CSJN (10) que fuera receptada finalmente por la Constitución Argentina luego de la reforma del año 1994.

### i. Marco normativo nacional

En nuestro país, el arbitraje lo encontramos regulados en los arts. 736 al 773 del Cód. Procesal. Pero su raigambre es constitucional ya que así lo establece el art. 14 bis "...queda garantizado recurrir a la conciliación y al arbitraje"

El código de Comercio en su art. 465, bajo el Título IV "De la compra venta mercantil" que contempla la pericia arbitral que a su vez regula el código de rito.

Por otro lado, el art. 5 de la ley 17.418 establece "toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aún hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato. Establece pues, el juicio de peritos a fin de evaluar la declaración falsa o reticencia del asegurado.

El Código Civil en su art. 1627 dispone que "El que hiciera algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros."

El código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su Libro VI, Título I, se refiere al "Juicio arbitral" (arts. 736/765), bajo el Título II, contempla el "Juicio de amigables componedores" (arts. 766/772) para finalmente en el Título III referirse expresamente a la "Pericia arbitral" (art. 773).

### ii. Marco normativo internacional

Efectuada esta descripción y a fin de adentrarnos en el instituto, debemos remontarnos a la Corte Permanente de Arbitraje creada en el año 1889 (cuya sede se encuentra en la Haya), fruto de la Conferencia de Paz de la Haya, a la que nuestro país se adhirió en el año 1907. Luego, en el año 1923 fue creada la Corte Internacional de Arbitraje, cuya sede se encuentra en París. Luego, en el año 1966, el International Settlement of Investment

(10) Fallos 315:1492; "Ekmejdjian, Miguel c. Sofovich, Gerardo y otros"; 07/07/1992 (LA LEY, 1992-C, 543).

Disputes (CIADI). En 1985, fue creada la London Court of International Arbitration (LCIA).

Precisamente en lo que se refiere al orden legal, la ratificación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales extranjeros, (Convención de Nueva York) por ley 23.619 (Adla, XLVIII-D, 4230) promulgada el 21/10/1988 y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional (Convención de Panamá) por ley 22.322 promulgada el 03/11/1994, determinaron un cambio relevante.

En lo concerniente al laudo arbitral ambas convenciones establecen el principio de validez del sometimiento de disputas presentes o futuras, y flexibilizan el concepto de acuerdo arbitral, considerando suficiente el canje de cartas o telegramas e incluso telex en la de Panamá.

La de Nueva York expresamente impone el deber del tribunal de remitir las causas a arbitraje cuando fuera convenido y una de las partes lo solicita, salvo que compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable, consagrando una remisión automática —pero no de oficio—, situación no prevista en el convenio de Panamá.

Asimismo establecen una verdadera presunción de ejecutabilidad del laudo, por vía de imponer la carga de la prueba con relación a la falta de requisitos que impiden su reconocimiento o ejecución, sobre la parte en contra de quien dicho reconocimiento o ejecución es solicitado, o sea, quien alega la nulidad.

En materia de control de laudos la ley Modelo en coincidencia con la Convención de Nueva York incorporaron la nulidad como único recurso para impugnar el laudo y establecieron causales específicas y taxativas de nulidad.

Cada oportunidad en que la ley Modelo CNUDMI se encuentra para ser aprobada, un inconveniente se suscita. El primer proyecto fue presentado en la década de los 80. Recién en el año 2002 otro fue presentado por la senadora Liliana Negre de Alonso, quien meritó no solo en lo que se refería a la ley modelo sino que la consideró útil para evitar el colapso de la Justicia. Y hasta la fecha no se ha conseguido que nuestro país adopte la ley modelo de CNUDMI. Ello resulta totalmente contrapuesto a la realidad mundial, donde es el mercado global el que exige un derecho cada vez con mayor tendencia de uniformidad.

sí, la Ley Modelo se ha implementado, con un alto grado de fidelidad, en varios países Latinoamericanos: Guatemala (Ley de Arbitraje 1995), Perú (Ley General de Arbitraje de 1996), México (Ley de Arbitraje y Conciliación de 1997), Paraguay (Ley de Arbitraje y Mediación de 2002), y, más recientemente, en Chile (Ley Arbitraje Comercial Internacional de 2004) y en Nicaragua (Ley de Conciliación y Arbitraje de 2005). Asimismo, Bolivia (Ley de Arbitraje y Conciliación de 1997) adoptó la ley de arbitraje en sintonía con este estándar. El Ecuador (Ley de Arbitraje y otros Procedimientos de Resolución de Controversias Comerciales de 2005), Costa Rica (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 1997), Argentina (Ley de Arbitraje Comercial de 1998), Panamá,

Decreto Ley de 1999 sobre Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación), Ecuador (Ley de Arbitraje y Mediación de 2005) también modernizaron sus leyes sobre arbitraje, aunque han mantenido ciertas particularidades diferenciales en su régimen.

Por último, es de destacar la reforma llevada a cabo en Cuba por el Decreto Ley de 2007 sobre el Nuevo Régimen Cubano de Arbitraje Comercial Internacional, que actualiza el régimen del arbitraje nacional con sede en ese país. (11)

Como hemos mencionado los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo (1889 y 1940), ratificados en nuestro país. En ellos se establece un Título III sobre el "cumplimiento de los exhortos (sentencias), fallos arbitrales, etc."

La Convención de Montevideo de 1979, ratificada por la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y Laudos Arbitrales (Cidip II) por medio de la ley 22.291.

El Protocolo de Coop. y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa.

La Ley 24.578 (1995) ratificó el Protocolo que suscribieron los países integrantes del Mercosur.

El objetivo es promover y proteger las inversiones, según el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones (ley 24.353). Las partes se someten al

URÍA MENÉNDEZ - VIRGOS, Miguel, "Actualidad del arbitraje en Latinoamérica: Balance del año", 2008.

arbitraje de tribunales arbitrales ad-hoc o constituyen bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI).

### III. Jueces y árbitros: Un Criterio de Complementación

En punto a la posibilidad de diferir a árbitros la decisión de sus conflictos, esta abarca toda cuestión que deseen proponer las partes, con excepción de las que no puedan ser sometidas a transacción.

Dicha excepción, empero no impide que los árbitros resuelvan respecto de materias reguladas por normativa de orden público, ya que si se trata de una materia transable no media impedimento alguno para su aplicación. Planteo que en nuestro medio surgió como consecuencia de la aplicación de las leyes de emergencia y tuvo soluciones dispares.

El instituto del Arbitraje posee la ventaja de que son los interesados los que pueden definir su contenido, elegir el árbitro o la institución que va a decidir, su trámite, la ley aplicable y los recursos admisibles. La solución entonces se alcanza en forma rápida y menos onerosa que recurriendo a la vía judicial.

De todos modos el arbitraje como institución establecida en la sociedad por voluntad de la ley, a pesar de tratarse de una actividad jurisdiccional no es autosuficiente, y ello significa que en determinados casos necesitará de la cooperación del Poder Judicial, ya que a pesar de estar dotado de la "jurisdicción" y habilitado como tercero imparcial a dirimir los conflictos haciendo actuar a la ley en el caso concreto, carece de la "coerción" y del "imperium". Es por tal razón que necesitará el apoyo de los "jueces".

El arbitraje colabora con el Poder Judicial en la solución de los conflictos, por ello sería de esperar que la coexistencia entre ambas instituciones sea lo más fructífera posible.

Los árbitros deben comprender las limitaciones que derivan de la falta de "imperium" y del orden público, y los jueces deben ejercitar sus atribuciones con prudencia, evitando interferir en cuestiones que legítimamente y por decisión incluso de quien se queja ante su sede, corresponden a los árbitros y obviamente prestando su apoyo cuando para el cumplimiento de las decisiones de los

árbitros fuera menester el uso de la fuerza solo aplicable por el Estado.

Es decir, la relación entre jueces y árbitros debe sustentarse en un criterio de complementación en el que el magistrado intervenga bajo determinadas condiciones. Deberá cuidar que se respete lo acordado por las partes y ejercer sus facultades con conciencia que de esa labor conjunta permitirá lograr una mejor solución para el caso concreto.

No es admisible que medie rivalidad entre ellos, ya que el sometimiento de una cuestión a la decisión de árbitros, no debe ser entendido como una manifestación de desconfianza hacia los jueces, sino como el ejercicio de un derecho que la ley le otorga a quienes son parte en un conflicto, que por su naturaleza puede ser decidido por aquellos.

Dentro de este esquema, pensamos que la jurisdicción arbitral pactada debe mantenerse incluso cuando se ataca la validez general del acto jurídico en el que se incluyó el acuerdo. Aunque existen soluciones contradictorias estimamos que en caso de duda debe prevalecer la validez del arbitraje.

En la ya aludida tarea de complementación, el juez tendrá funciones de integración, de asistencia y de control.

La integración procederá cuando el acuerdo arbitral no fuera completo, ni autosuficiente. Es decir, cuando las partes no acordaron todos los puntos esenciales, será necesario completar el acuerdo supliendo el juez, aquéllos aspectos sobre los que no haya consenso entre las partes. Ej. En un arbitraje ad-hoc, si no hay acuerdo para nombrar árbitros, lo hará el Juez.

La asistencia o cooperación del juez, deriva de la imposibilidad por parte del árbitro de utilizar la fuerza, ergo, el juez deberá prestar su auxilio cuando exista resistencia para el cumplimiento voluntario de un determinado acto ordenado por el árbitro, sin que el magistrado deba juzgar la procedencia sustancial de la medida que hará ejecutar.

De todos modos cabe distinguir entre el incumplimiento de cualquier mandato y el referido al laudo.

En el primer caso se trata del ejercicio de la "coerción", o sea, el uso de la fuerza para lograr la realización de un acto que es necesario para arribar a la decisión final. A modo de ejemplo, sería

usar la fuerza pública para trasladar al testigo que se niega a comparecer, ordenar el secuestro de documentos o cosas que constituyan elementos de prueba, imponer multas ante la falta de respuesta de un informe, etc.

La función de control en cambio, se ejerce con posterioridad al dictado del laudo y puede tener lugar en dos oportunidades no necesariamente concurrentes. En primer lugar puede ocurrir que el laudo sea impugnado por las partes o alguna de ellas, y en ese caso, será el tribunal de Alzada competente el que decida.

Existe cierta doctrina que postula la exorbitancia de la petición cautelar en los procesos arbitrales, la que derivaría del hecho de carecer los árbitros del imperium del que gozan los jueces para hacer cumplir forzosamente sus decisiones, atribución que lógicamente emana del atributo de Soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico. (12)

### IV. El arbitraje y las medidas cautelares

La regla general que los árbitros no pueden decretar medidas compulsorias ni de ejecución (art. 753 Cpr), no importa un menoscabo de la amplitud de su jurisdicción: si tienen competencia para resolver sobre el fondo de la disputa, también debe reconocérseles su potestad para determinar si se dan las condiciones que justifiquen la adopción de una medida cautelar.

La falta de poder de coacción de los árbitros, sólo implicará en los hechos una limitación para aplicar por sí las medidas que dispongan dentro de los casos sometidos a su resolución, debiendo en tal caso, recurrirse al auxilio de la Justicia ordinaria. Agréguese que el art. 33 del Reglamento Orgánico del Tribunal Arbitral tomando una posición bien definida en una materia muy controvertida en el derecho comparado, preceptúa que el Tribunal de Arbitraje puede disponer medidas cautelares, bajo responsabilidad y otorgamiento de contracautela por el solicitante, aunque su cumplimiento queda reservado al "brazo secular" de los jueces ordinarios. No cabe otra solución más avanzada, habida cuenta que el art. 753 citado, niega a los árbitros la posibilidad de disponer

(12) Conf. COLOMBO, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" t. IV, p. 856, Abeledo Perrot, 1969; PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil" t. II, p. 557, Abeledo Perrot, 1969. id. ED 14 592.

s cautelares, atribución que se puede expresar expresamente; pero que también puede implícita por la remisión a un reglamento raje que así lo tenga establecido. Tal es l caso de la reglamentación del Tribunal lsa de Comercio, lo que no impide que las xcluyan esta atribución suprimiéndola ex- ente en el convenio de arbitraje. Agréguese ho, que la existencia de esta posibilidad oner medidas cautelares, no excluye, sin o, que las partes opten por requerirlas nente. (13)

mpetente el juez de grado para disponer dida cautelar en resguardo de lo que un arbitral disponga sobre la cuestión de ues no solo los árbitros, por carecer de m, requieren el auxilio de la jurisdicción instrumentación de medidas cautelares o que el propio régimen arbitral deja a derecho de las partes de solicitarlas ju- nte, sin que ello implique contravenir el o de arbitraje. (15)

anal de arbitraje puede disponer medidas es, bajo responsabilidad y otorgamiento ontracautela por el solicitante, por ello das cautelares pueden ser dispuestas en mento, incluso antes de correr traslado de ida arbitral. Es así que el régimen arbitral lsa de comercio, confiere a los árbitros estas medidas aunque su cumplimiento servado al "brazo secular" de los jueces

os tribunales han decidido su competencia nalizar la procedencia de ciertas medidas

Com., sala B, "Soletanche Banchy ARG. S.A. Américo Gualtieri S.A. s/Medida Precautoria, 2"; conf. Jaime Anaya, "El arbitraje en la Bolsa de Buenos Aires", en "Uncitral y el futuro derecho", coordinadora Ana I. Piaggi, p. 89 y ss., Depalma, 1994; en igual sentido sala F, "Banco De Transacciones S.A. c. Appiani Jorge Humberto ício Ley 22.172, 15/07/2010".

PODETTI, "Tratado de las Medidas Cautelares", es, 1969, p. 94; Palacio, "Derecho Procesal Civil", es, 1989, p. 28; FENOCHIETTO, "Código Proce- ios Aires, 1999, t. 3, p. 736.

Com., sala C, "Saul Romay Alejandro c. Prime S.A. (holdings) s/Medida Precautoria s/inc. art. roc., 29/10/2002; en sentido análogo, Sala D, ral S.A. c. Saiz, Francisco s/Medida Precautoria, 9, sala B, "Forever Living Products Argentina os c. Beas, Juan y otro s/Sumario", 11/04/2002.

cautelares, aún cuando el contrato que vincula a las partes surge que toda controversia sobre el fondo de la cuestión deba ser sometida a arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París. Ello debido a que tal intervención se encuentra expresamente autorizada por el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje; requiriéndose acreditar satisfechos los requisitos que exigen las medidas cautelares.

Los jueces entendieron que, al decretar una medida cautelar no significa en modo alguno ingresar en el debate sobre el fondo de la cuestión, en tanto las medidas cautelares no importan una declaración de derecho respecto de la relación sustancial, sino que tienen la finalidad de evitar que durante el lapso que transcurre entre la iniciación del proceso —en el caso, arbitral— y el pronunciamiento definitivo, sobrevengan circunstancias que imposibiliten o dificulten la ejecución forzada de una eventual decisión favorable o tornen inoperantes los efectos de la resolución definitiva. (16)

Sostuvo también la jurisprudencia, en tal entendimiento que resulta improcedente que el magistrado se declare incompetente en una causa en la que se solicitó el decreto de ciertas medidas de no innovar y la inhibición general de bienes respecto de la defendida cuando, como en el caso, se verifica que el accionante no desconoció una cláusula compromisoria pactada respecto de la competencia del tribunal de arbitraje de la bolsa de comercio de Buenos Aires, dejando sentado que la demanda por el fondo de la cuestión será ventilada ante dicho tribunal arbitral. (17)

Resulta competente este tribunal para entender en el pedido de una medida cautelar, por cuanto más allá que las partes acordaron, en una de las cláusulas del contrato de gerenciamiento, que las controversias que surgieran en relación a dicho acuerdo serían superadas de acuerdo a las normas de arbitraje de la "Asociación Americana de Arbitraje" (AAA) y aun cuando mediante acuerdos arbitrales se habilite una jurisdicción especial, que busque excluir a los tribunales nacionales de la decisión de la causa, sin embargo, queda siempre

(16) CNCom., sala C, Boskalis International Bv y Otro c. Puentes del Litoral S.A. s/Medidas Precautorias s. inc. de art. 250 del cpccn. 08/07/2003.

(17) CNCom., sala B; "Dong Won SA c. Compañía Petrolera Petroleum World S.A. s/Medida Precautoria"; 16/12/2005.

subyacente la posibilidad de recurrir a los tribunales estatales que serían competentes para conocer en un eventual conflicto con el objeto de asegurar, o de llevar a buen fin la tarea arbitral, requiriendo medidas de auxilio procesal para esa jurisdicción convencional alternativa, ya sea a través de la constitución del tribunal arbitral, la designación de árbitros, la resolución de cuestiones previas, la producción de pruebas, el decreto de medidas cautelares, etc. (cfr. cpr: 739, 740, 742/746, 752, 753, 755; ap. 8, 9, 27 ley modelo cnudmi, entre otros; véase, (18) a mas, como en la especie, tal posibilidad se encuentra expresamente prevista en el reglamento del tribunal arbitral institucional (AAA) pactado. (19)

El instituto regulado por el Cpr 207 se halla referido a las medidas precautorias solicitadas y decretadas antes de promoverse la demanda. Se trata, en definitiva, de una consecuencia de la nota de interinidad que caracteriza a la materia, así como de su instrumentalidad. Véase que la afectación que acaece en la esfera de intereses del demandado, sólo puede concebirse en tanto exista jurisdicción pendiente en el que se discuta el derecho que se ha querido asegurar. (20)

Ahora bien, cuando — como en la especie —, el embargo preventivo fue trabado en los términos del art. 212, inciso 3°, es decir, para asegurar el cumplimiento de un Laudo Arbitral dictado por el Tribunal Permanente de Arbitraje del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, que a la fecha se encuentra firme, es claro que no resulta de aplicación al caso el instituto previsto por el art. 207 Cpr, desde que no había ninguna acción de fondo que promover, habida cuenta que, se reitera, la medida fue solicitada a efectos de asegurar, precisamente, la efectivización de la condena establecida en el pronunciamiento de mérito dictado en el marco de un proceso arbitral (laudo), el cual resulta equivalente a la sentencia dictada en el proceso judicial. (21)

(18) Uzal, María Elsa, "Solución de controversias en el comercio internacional", Ad Hoc, p. 73.

(19) CNCom., sala A, "South Convention Center S.A. c. Hilton International Co s/Medida Precautoria", 18/03/2008.

(20) DE LÁZZARI, Eduardo N., "Medida Cautelares", t. I, p. 180 y ss.

(21) CNCom., sala A, "Estudio Michelson Sociedad Civil c. Maluz Automotores S.A. s/Medida Precautoria", 16/06/2009.

Debe insistirse en que la instancia de nulidad se limita a la revisión de legalidad del laudo, por las causales preestablecidas por la ley, pero no habilita al tribunal a examinar los meritos de la sentencia, a revisar el acierto o desacierto de la decisión, ni la apreciación de la prueba efectuada por los árbitros. Criterio este receptado por la jurisprudencia de la Corte.

A posteriori, frente al incumplimiento del laudo firme, procederá su ejecución coactiva conforme Cpr. 499 y ss., manifestación ésta del "imperium" que ejerce el juez.

Del mismo modo, transitada o no la vía de nulidad del laudo antes aludida, la intervención judicial es necesaria en ocasión de hacerse valer el laudo extranjero ante nuestro país. En tal oportunidad, el magistrado decidirá si habilita su ejecución o no, si lo hace otorga el exequátur y la decisión será ejecutable por el mismo procedimiento que las sentencias dictadas por un juez nacional.

En las ya descriptas tareas de complementación el cauce adecuado de su quehacer se lo marcara el principio de autonomía conforme el cual las posibles anomalías que se produzcan en el procedimiento arbitral deben encontrar solución dentro del mismo sistema y desarrollarse prácticamente sin interferencia judicial hasta el dictado del laudo.

## V. Principio de autonomía de la voluntad de las partes y "res inter alios acta"

Se privilegia pues la primacía, el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes y las normas por ellas elegidas.

Este principio no significa eludir el control judicial sino diferir su ejercicio para el caso en que se plantee su nulidad.

Fue la aplicación de este principio la que dio lugar a cuestionadas intervenciones judiciales, fundadas en la mayoría de los supuestos en el derecho de defensa, o en la conveniencia de evitar futuras nulidades, aunque apartándose —en algunas ocasiones— de los principios específicos derivados de una actitud proteccionista. La intervención seguramente en algunos casos pudo ser evitada o diferida a las resultas de un eventual planteo de nulidad del laudo.

principio de autonomía, también se manifiesta la facultad de los árbitros para decidir sobre propia competencia.

los arbitrajes institucionales el árbitro cuenta con soluciones dentro de su propio mecanismo. Este tema los tribunales en su gran mayoría lo aplicaron sin cortapisa.

### Principio de Kompetenz-Kompetenz

Cabe agregar que el principio de separabilidad de autonomía de la cláusula arbitral, contenida en el art. 16 de la ley Modelo, y en el Reglamento CCI entre otros, implica que la validez de la cláusula es independiente de la validez del contrato o negocio del que forma parte, y se encuentra íntimamente vinculado con el principio de "Kompetenz-Kompetenz" de los árbitros.

El art. 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, dispone que el tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las cuestiones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.

Esta doctrina considera que este principio tiene un doble efecto, uno positivo de conceder competencia a los árbitros para decidir sobre su competencia y uno negativo de prevenir a los tribunales de justicia decida sobre dicha competencia antes que el tribunal arbitral, colocando a los árbitros como los primeros llamados a pronunciarse sobre dicha cuestión, sin perjuicio del control posterior de los tribunales. Es decir, los árbitros son los primeros aunque no los últimos jueces en resolver acerca de su competencia. La revisión de esa decisión se examinará en la decisión de resolver la nulidad del laudo, si se aplica.

El art. 8 del Acuerdo del Mercosur (LEY 25.223) dispone que "las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de partes." Nuestro código de Rito no se aparta de este principio. En rigor de verdad el art. 16 dice que "la competencia atribuida a los tribunales Nacionales es improrrogable".

En el caso "Bear Service S.A. c. Cervecería S.A. de C.V." (22) la Cámara dispuso que

correspondía declarar la incompetencia de los Tribunales argentinos para entender en una demanda de daños y perjuicios derivada de la resolución de un contrato en el que se acordó que cualquier disputa que resulte de la contratación sería decidida finalmente por medio de arbitraje. En dicho caso, tendría lugar en la ciudad de México, de conformidad con las reglas de conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. Señalaron los magistrados que la legitimidad de esa cláusula convencional es indudable, tanto a la luz de lo establecido tácitamente en el art. 61 —aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías— que es la ley aplicable para las partes, según lo acordado contractualmente y ello es ley para las partes (arg. 1197 Cód. Civil).

No obstante que la ley Modelo aún no fue adoptada por nuestro país estos principios tuvieron recepción tanto en doctrina como en la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

### VII. Los árbitros y la inconstitucionalidad de las leyes

¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de una ley, o normas de rango inferior?

Sabido es que el control judicial de constitucionalidad fue receptado por nuestro país en el precedente Sojo (23) del ya conocido fallo "Marbury vs. Madison" (año 1803). Cabe recordar las palabras del Chief Justice John Marshall quien escribió "es enfáticamente la jurisdicción y el deber del departamento judicial decir lo que la ley es", y cierto es que su anclaje es la Constitución. La Argentina posee un sistema de control de constitucionalidad difuso. Es decir, no sólo es ejercido el mismo por el más Alto Tribunal sino también por los jueces de rangos inferiores, federales y locales.

Efectuado este brevísimo análisis, entendemos de la misma manera que los jueces tienen ese deber y facultad, que reconocido el carácter jurisdiccional de su tarea, nada impide que lo decida.

De todas maneras, debe recordarse el fallo de la CSJN que dispuso que "los árbitros jurisdiccionales pueden resolver toda cuestión que se les someta no siendo de las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho,

(23) CSJN; Fallos: 32:120.

sea de carácter mixto o simplemente de hecho, y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al Tribunal Arbitral. (24)

Cabe agregar, que en igual lineamiento se expidió el Tribunal Arbitral General de la Bolsa de Comercio al decidir que puede plantearse la inconstitucionalidad de las normas y dicho tribunal tiene la competencia para resolver la cuestión. (25) La Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó el rechazo de una acción meramente declarativa iniciada por los actores, cuya finalidad consistía en excluir de la órbita de decisión de los árbitros lo referido a la constitucionalidad de las leyes de emergencia. (26)

Así también lo entendió Augusto Morello al sostener que "los árbitros declaren la inconstitucionalidad de la norma no afecta el orden público; en definitiva, se limita al caso, sin pretensión de generalidad; tal como sucede con la inconstitucionalidad declarada por los jueces. (27)

A ello, podemos agregar lo que sostiene Rivera en cuanto refiere resulta falso el argumento según el cual el procedimiento arbitral se usará para no aplicar la normativa estatal de orden público o imperativa. Esto lisa y llanamente no es así, porque si el caso ha de resolverse por el ordenamiento estatal que las partes eligieron, ello comprende, en primer lugar, las reglas imperativas, y, por encima de todo, la Constitución. Por ello concluye que los árbitros tienen la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. (28)

(24) CSJN, "Sociedad Anónima Puerto del Rosario c. Gobierno Nacional", 07/08/1935, Fallos 173:221.

(25) "Cierp S.A. c. Grinbank, Daniel Ernesto s/resolución contractual", ED, 198-464, 19/03/2002, "IGT Argentina S.A. c. Trillemium S.A. s. arbitraje, 05/11/2002; entre otros.

(26) CNCom., sala E, "Orondo Cesar y otros c. Cortina Veranito y otros".

(27) MORELLO, Augusto Mario, ¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes? ED, 198-467.

(28) RIVERA, Julio César, "Arbitraje y poder Judicial, Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje" Revista Internacional de Arbitraje, p. 212, año 2006.

### VIII. Sistema nacional del arbitraje de consumo (dl 276/98)

El art. 1 del Decreto 276/98 dispone "créase el sistema nacional de arbitraje de consumo que tendrá por finalidad atender y resolver con carácter vinculante y produciendo idénticos efectos a la cosa juzgada, para ambas partes las reclamaciones de los consumidores y usuarios en relación a los derechos y obligaciones emergentes de la Ley 24.240".

Dicho decreto establece las cuestiones que no pueden ser sometidas a juicio arbitral (art. 2), fija el lugar en donde funcionará (art. 3), detalla las funciones de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos.

Cabe agregar, que en los considerandos del referido decreto señala "por otra parte, el sistema de encauzamiento de la problemática del consumo a través de mecanismos alternativos estrictamente judicial se encuentran funcionando con singular éxito en distintos países de la Unión Europea, como España, Reino Unido, República Portuguesa, Reino de Dinamarca, Reino Unido, Irlanda del Norte, Reino de los Países Bajos entre otros y del resto del mundo, como Estados Unidos, México y República de la India, cuyos resultados positivos han podido aliviar la tarea judicial y ofrecer un dispositivo de solución de conflictos enmarcado en los principios de celeridad, eficacia, inmediatez y debido proceso adjetivo.

El art. 59 de la Ley 24.240 dispone...Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables compositores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias. Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.

El Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo es un mecanismo alternativo, extrajudicial, de resolución de conflictos. Su objetivo es garantizar

o acceso a la justicia para los consumidores  
sar la resolución amigable de disputas. Se  
uando ambas partes acceden de forma  
ria a resolver sus diferencias mediante  
ecanismo alternativo. El sistema tiene  
entajas la simplicidad y la rapidez, ya que  
so arbitral tiene una duración máxima de  
neses. Además, el servicio es gratuito y no  
e patrocinio legal obligatorio. Debe agre-  
ue el Tribunal se conforma con un árbitro  
ntante de cámaras empresarias y otro de  
ión de consumidores, lo que garantiza la  
idad y equilibrio de las contrapartes. La  
ión emitida por el Tribunal Arbitral de  
no tiene autoridad de cosa juzgada y es  
ible. Hasta el momento, esta modalidad  
mo se encuentra disponible en la Ciudad  
nos Aires y en Mendoza. (29)

actualidad existe también el Arbitraje de  
no Turístico en la República Argentina.

#### clusión

preguntamos ¿por qué los justiciables en  
la mayoría no aceptan al Arbitraje como  
solución adecuada para la solución de sus  
conflictos?

Creemos que los enemigos que lo acechan  
fundamentalmente la ignorancia, confusión,  
fianza y algunos intereses mezquinos. No  
sólo los que se benefician con la dilación de  
los juicios judiciales.

Como lo señala Caivano, aún cuando los  
sistemas alternativos puedan  
ser inicialmente inferiores a las regulaciones  
legales no dudamos que un mejor aprovecha-  
miento del tiempo y una labor profesionalmente  
realizada, se traducirán en un sustancial beneficio  
para el abogado. Ello sin contar con las posibi-  
lidades laborales que se puedan generar como  
mediadores o árbitros. (30)

Por lo tanto, pues desde ambas ópticas, el arbitraje  
responde a las exigencias de rapidez (ya que se arriba  
a la solución en el menor tiempo posible) e ido-  
neidad; y sus costos son desde ya menores a los  
que se irrogan en un proceso de conocimiento.

<sup>29</sup> Ver p. [www.consumidor.gov.ar](http://www.consumidor.gov.ar)

<sup>30</sup> CAIVANO, Roque J., "Un ponderable criterio sobre  
los juicios en el arbitraje", JA, 24/11/1993.

El Arbitraje necesita para su consolidación una  
sociedad culturalmente preparada para entender  
y aceptar el instituto.

La sociedad debe conocer sus características, y  
especialmente lo que concierne a la irrevisabilidad  
de sus decisiones.

En nuestra cultura no resulta sencillo compren-  
der que la decisión de un particular pueda tener  
la fuerza obligatoria de una sentencia judicial  
y que no exista posibilidad de que un Juez del  
Estado controle o examine la justicia o injusticia  
de un laudo.

Resulta sumamente importante entonces, que  
el procedimiento que adopten los tribunales ar-  
bitrales sea justo. No sólo debe ser rápido, eficaz  
y menos costoso que el proceso judicial, sino que  
ello se desmoronaría si la solución a la que se  
arribara no fuera una solución justa.

Como lo destaca Alberti se vislumbra en nuestra  
sociedad entre el Arbitraje y las instituciones de  
la justicia estatal una cierta sensación de pugna,  
porque se tiende a ver a los árbitros como una al-  
ternativa de la organización judicial y no como un  
sistema concurrente a la realización de la justicia  
tanto más bienvenido cuanto es autónomo y no  
aumenta la actividad ni el costo de los órganos  
públicos.

Otro de los objetivos sería educar a nuestros  
abogados, preparados hasta ahora en forma casi  
exclusiva en la cultura del litigio, para que busquen  
la solución de los conflictos también por otras  
vías. La auto composición de la litis, la media-  
ción y el arbitraje son algunas de las opciones a  
su alcance.

Nadie ignora que a la enseñanza de estos temas  
—salvo excepciones— se dedican unas pocas  
horas en toda la carrera. No desconocemos que  
existen materias de carácter optativo en que se  
profundiza su estudio, y cursos de posgrado que  
proveen estos conocimientos. Sin embargo, mien-  
tras no se reemplace la cultura del litigio por el de  
la búsqueda de la solución más apropiada para  
cada caso concreto y se introduzca el estudio del  
Arbitraje con carácter obligatorio en la carrera de  
posgrado, difícil va a ser lograr la formación integral  
de estos profesionales en el tema.

Como lo señala Caivano, (31) el primer aspecto  
sobre el que debe trabajarse en este campo es la  
formación de los abogados en las Universidades.  
Elaborados sobre la suposición de que todos los  
conflictos deben y pueden ser efectivamente re-  
sultos mediante la aplicación de normas legales,  
y que el ámbito natural para dirimir las diver-  
gencias son los tribunales judiciales, los planes  
de estudios se han enfocado, tradicionalmente,  
hacia el conocimiento del derecho positivo y el  
adiestramiento como abogado litigante ante los  
Tribunales estatales. (32)

Muchos de los abogados ya recibidos con tan  
escasa preparación y sin inquietudes, aconsejarán  
a sus clientes iniciar un juicio sin haber intentado  
un diálogo previo con el adversario, y sin plan-  
tearse siquiera la posibilidad de estrategia alguna.  
Algunos abogados se especializaran en arbitraje  
o serán árbitros, y otros serán jueces.

(31) Arbitraje en Argentina: Fortalezas y debilidades,  
pp. 767/783.

(32) CUETO RÚA, Julio César, "Sobre el proyecto de plan  
de estudios para la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la UBA, LA LEY, 1985-A, 1093.

Como sostuvo Marzorati, "las encendidas virtu-  
des que se pregonan sobre la rapidez, flexibilidad  
y economicidad del arbitraje parecen perderse en  
la práctica".

La jurisdicción arbitral, puede colaborar últi-  
mamente con el valor justicia en la procura de  
aproximar los beneficios de promover un desarro-  
llo económico que sea respetuoso del entorno en  
el que se desenvuelve, y especialmente, resolver  
los diferendos que tienen origen en la tensión  
que provocan los términos de esa proposición,  
encausándolos hacia soluciones eficaces que  
atiendan las exigencias de una realidad cada vez  
más compleja. (33)

Frente a tal realidad solo nos cabe insistir en  
la enseñanza del tema, y trabajar para lograr una  
legislación específica sobre Arbitraje que sea con-  
fiable y que brinde seguridad jurídica. ♦

(33) Mertehikian, Eduardo, "Arbitraje y Resarcimiento del  
Daño Ambiental, ¿Es posible su combinación en el Derecho  
Argentino?", LA LEY, 2010-E, 1152.

.....