

Título: Arbitraje y justicia estatal

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 31/05/2011, 31/05/2011, 1 - LA LEY 2011-C, 1312

Cita: TR LALEY AR/DOC/1614/2011

El tema de las relaciones entre justicia estatal y jurisdicción arbitral es antiguo, complejo, seguramente lleno de malos entendidos, comprensivo de numerosas cuestiones particulares y largamente tratado por la doctrina.

Por ello, en esta introducción me limitaré a señalar algunos de los aspectos que aún hoy están arduamente debatidos.

Debatidos por un lado, por algunos de mis colegas jueces y también profesores y abogados, que ven en el arbitraje una suerte de cuestionamiento a la "exclusividad" de su jurisdicción, una exteriorización de injusta desconfianza, cuando no un avance imperialista de la *lex mercatoria* con el arbitraje como punta de lanza. Y "en el otro rincón", para emplear una expresión deportiva, los cultores del arbitraje, que ven en él una complementación de la tarea jurisdiccional, más eficaz, más barata y ajena a peligrosos chauvinismos judiciales.

De todos modos este permanente conflicto parece resumirse en una única cuestión: ¿por qué reemplazar al juez estatal por un juez privado?

Sobre ello, hace muchos años, la Corte Suprema argentina expuso su pensamiento diciendo:

Cuando se ha creado la jurisdicción arbitral sin expresar el carácter que han de revestir los avenidores, es en efecto razonable creer que lo sea en el de amigables componedores ya que de otro modo carecería de explicación el repudio de la jurisdicción investida en los jueces nombrados por el estado para instituir otra sujeta en cuanto al régimen procesal de actuación y al criterio puramente jurídico que ha de inspirar el fallo a las mismas normas que la repudiada. Y tampoco la tendría la renuncia a la garantía de la mayor responsabilidad ofrecida por los jueces ordinarios respecto de los árbitros juris derivada de la permanencia de la función y por consiguiente del mayor contralor de la opinión pública, sino admitiendo en los otorgantes un propósito bien manifiesto de darse jueces investidos del poder de decidir sin forma de juicio y con espíritu distinto del aplicado por los nombrados por el Estado. Que esta Corte Suprema fundada en la antedicha presunción ha decidido reiteradamente que en caso de duda sobre el carácter en que fueron designados los árbitros, debe presumirse que se nombraron amigables componedores..." (énfasis añadidos) [\(1\)](#)

Parece ser que la Corte tenía muy claro que los jueces estatales daban una mayor garantía de responsabilidad y solo la posibilidad de que los árbitros resolvieran en equidad constituía un fundamento para una decisión que —para el máximo tribunal argentino— resultaría sino inexplicable.

Sin embargo, pasados más de 80 años desde aquella sentencia de la Corte Suprema, el arbitraje ha venido ganando terreno y la incorporación de una cláusula compromisoria, en contratos internacionales y aun en contratos domésticos, constituye una práctica muy aconsejada por los abogados y muy utilizada por los titulares de los intereses económicos en juego en esos contratos. Y es claro que ello no se debe a la posibilidad de que los árbitros resuelvan en equidad, pues ello constituye la excepción: así, todos los reglamentos arbitrales y prácticamente todas las legislaciones parten de la idea de que la regla es el arbitraje *iuris* y la excepción el de equidad.

Debemos entonces seguir tratando de entender el porqué de esta difusión tan notable del arbitraje. Sin duda ha sido impulsada por el fenómeno de la globalización de los mercados y la consecuente globalización jurídica, pero este fenómeno por sí solo no es una explicación completa.

Es posible identificar una multitud de razones que confluyen a este resultado. A título de ejemplo, y sin pretender agotarlas:

(i) El progresivo deterioro de la actividad judicial

En los más de 25 años que llevo como juez en distintas instancias y jurisdicciones, he asistido a un constante deterioro de la actividad judicial. El aumento constante de las causas no es acompañado de un proporcional aumento de la capacidad del poder judicial de resolverlos. Y con esto no me refiero solo a la creación de más juzgados, a incrementar su dotación con personal idóneo o cuestiones análogas, sino a la evidente desidia con que se trata la adecuación tecnológica de los tribunales. Más allá de algunos esfuerzos valiosos, lo cierto es que al menos los tribunales argentinos están muy lejos de estar acompañando la revolución tecnológica; seguimos recibiendo escritos en soporte papel, hacemos las notificaciones por medio de cédulas y cosemos los expedientes a mano como en el siglo XIX.

Claramente ello se contrapone a la realidad del arbitraje. Si bien no participo en esos procedimientos, no puedo desconocer que se celebran audiencias por videoconferencia, que los documentos se presentan en pdf

condensados en un disco, que los escritos y comunicaciones de las partes se transmiten en soporte electrónico por vía del correo electrónico, etc.

(ii) El tiempo, siempre el tiempo; los costos, siempre los costos

Esa brecha tecnológica entre el procedimiento judicial y el procedimiento arbitral debería traducirse en un significativo ahorro de tiempo y de costos. Y sin duda este es un incentivo muy importante para incorporar una cláusula arbitral. Esto, más allá de que la literatura sobre el arbitraje exhibe en los últimos años críticas bien severas de sus mismos practicantes sobre la excesiva duración de los procedimientos y de lo singularmente costosos que han devenido. Dejo en esto la palabra a los especialistas, no sin antes señalar que curiosamente el mismo Estado procura incentivar la vía del arbitraje para resolver conflictos causados en relaciones de consumo, mediante el establecimiento de "sistemas de arbitraje de consumo", arguyendo que los costos y tiempos de la justicia conspiran contra los derechos de los consumidores.

(iii) La idoneidad de los árbitros

Los panegiristas del arbitraje apuntan que la libre elección de aquellos que han de resolver la controversia brinda a las partes la posibilidad de escoger a quienes sean más idóneos en la materia sobre la cual versa aquélla.

No puedo dejar de señalar que al no poder desprenderme de mi condición de juez, este es uno de los argumentos que menos me convence. La jurisdicción judicial argentina está integrada por jueces sólidamente preparados y que iluminan muchos temas no sólo a través de sus sentencias sino también con sus trabajos de doctrina y desde la cátedra universitaria.

Ahora bien; estas pueden ser razones para justificar la inclusión de una cláusula compromisoria. Pero a la vez muchos autores han hecho objeciones serias al desarrollo de la justicia privada.

Como ya lo anticipamos para algunos es una herramienta de las empresas globales para evadirse de las jurisdicciones locales e imponer las soluciones que provienen de la *lex mercatoria* en detrimento del derecho positivo nacional. En definitiva, un medio de consolidar el mayor poder de negociación de las empresas globales sobre sus contrapartes de alcance doméstico.

Otros cuestionan la confidencialidad. Si bien es esta una característica del arbitraje cuyos orígenes se hundieron en la noche de los tiempos, se teme que a partir de tal confidencialidad se puedan juzgar cuestiones que encierran actos de corrupción.

Finalmente, otro aspecto que a mi modo de ver debería formar parte de la agenda de estas Jornadas, es la de cómo superar los recelos que jueces, abogados y empresarios conservan respecto del arbitraje.

En definitiva, y como se suele decir en la literatura sobre la materia, la cuestión reside en crear una cultura arbitral.

(1) CSN, 26.9.28, Sociedad Anónima Puerto del Rosario contra el Gobierno Nacional, Fallos 152:347, con cita de Fallos 22:371, 92:93, 102:67.