

Jueces árbitros. Justicia privada contractual eficaz y eficiente.
Análisis de los casos: *Cortina Beruatto, Cartelone, Monroe Americana, Banco de Servicios y Transacciones y Envases EP.*



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Jueces árbitros. Justicia privada contractual eficaz y eficiente. Análisis de los casos: *Cortina Beruatto*, *Cartelone*, *Monroe Americana*, *Banco de Servicios y Transacciones y Envases EP*.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

Abstract.

Las salas C, E y F de la CN Comercial, como así también el Supremo Tribunal de la Nación, han dictado veredicto en los casos que analizaremos a continuación. La temática abordada trata sobre el arbitraje como remedio privado y eficaz para la solución de controversias. Los fallos que analizaremos encaran la cuestión con lucidez y ofrecen a los operadores del mercado un criterio jurisprudencial sensato que alienta y promueve el uso de este remedio de fuerte carácter contractual y privatístico al alcance de todos quienes deseen aludir la administración de justicia estatal.

Estamos hablando de casos sobre arbitraje resueltos por tribunales estatales. Este sólo dato debería despertarnos cierta inquietud y sospecha respecto de la eficiencia y eficacia del sistema arbitral sugerida en el título. Sin embargo una lectura detenida y reflexiva de estos precedentes nos llevan al profundo convencimiento de que vale la pena optar por este sistema. Pero no solo eso, los precedentes que comentamos a continuación terminan fortaleciendo y consolidándolo el arbitraje.

El juicio de árbitros en sus diferentes modalidades, ya sea de derecho, *ex aequo et bono* y la pericia arbitral son las materias abordadas en los fallos que analizaremos seguidamente. Una breve síntesis de cada uno de estos casos nos ayudará a comprender el objetivo de estas reflexiones.

Los fallos serán tratados por orden de antigüedad. Éstos fueron seleccionados dentro de los fallos analizados y debatidos en los Desayunos de Jurisprudencia que el CEDEF organizó durante el ciclo académico 2011, y que motivaron un caluroso y enriquecedor debate entre los participantes.

Una breve síntesis:

1. El caso *Cortina Beruatto* resuelto por la sala E de la CNComercial trata sobre el pacto arbitral o cláusula compromisoria acordada en un contrato de transferencia de paquete accionario. En este caso se debatió un tema sumamente interesante: la posibilidad de solicitar por vía judicial una declaración de certeza sobre las normas devaluatorias que provocaron la salida de la convertibilidad y sus efectos sobre el precio de las acciones objeto de transferencia. El caso merece ser leído con suma atención pues brinda una solución que, en nuestra opinión, es la acertada y la que se ajusta a lo pactado por las partes. Sin duda un precedente que afianza la eficacia contractual de las cláusulas compromisorias.
2. El caso *Cartelone* resuelto por la Corte Suprema de la Nación trata sobre la posibilidad de apelar un laudo arbitral cuando éste se ha dictado en violación de normas de orden público, es arbitrario o nulo por laudar en forma extrapetita. Un caso sumamente interesante por tratarse de un fallo del Máximo Tribunal de la Nación y que en nuestra opinión, no empaña ni debilita la eficacia de las cláusulas compromisorias incluso, los pactos de renuncia a la apelación. Sin embargo es un caso que abre ciertas dudas. Éstas serán abordadas más abajo.
3. El caso *Monroe Americana* resuelto por la sala C de la CNComercial trata sobre la pericia arbitral dictada en el marco de un proceso judicial. En rigor de verdad no se trataría de un caso de arbitraje puro sino, de un arbitraje solicitado por un juez estatal dentro de un juicio y como “auxiliar” de la justicia; algo que está ocurriendo cada vez con más frecuencia en el foro mercantil. Este precedente es sumamente interesante pues se trata de la posibilidad de apelar una pericia arbitral cuando en verdad la apelación está vedada por expresa disposición del código de forma.

4. El caso Banco de Servicios & Transacciones resuelto por la sala F de la CNComercial trata sobre la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares y recurrir a la justicia estatal para decretar la medida y ejecutarla. Un precedente sumamente interesante pues fija un criterio útil sobre una cuestión arduamente debatida a nivel académico y que suele ser el “Talón de Aquiles” de la llamada justicia privada o contractual.

5. Por último tenemos el caso Envases EP resuelto por la sala C de la CNComercial. Este caso trata sobre los efectos de una cláusula compromisoria pactada en un contrato de transferencia de acciones y su oponibilidad al fiador mercantil como tercero ajeno al pacto de arbitraje. ¿Puede el fiador oponerle al acreedor la excepción de incompetencia por violación de la cláusula compromisoria? Un caso sumamente rico y de fuerte contenido práctico. Otro precedente que afianza, fortalece y consolida el sistema arbitral como método eficaz para la solución privada de los conflictos.

A continuación, los casos:

I. El caso Cortina Beruatto (Sala E. 11 de junio 2003)

A. **Los hechos:** Se trata de un contrato de transferencia de acciones cuyo precio se pactó en dólares estadounidenses y su pago en cuotas. Ínterin el gobierno Argentina decide derogar la ley de convertibilidad y promueve la normativa de emergencia que instauraría la devaluación del peso argentino respecto de la moneda pactada como precio del contrato.

En dicho contrato se había pactado la siguiente cláusula compromisoria: “*Las controversias que a su respecto se suscitaren serían resueltas por el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires*”.

El Comprador (Cortina Beruatto) adeuda un saldo de precio en dólares que pretende convertir a pesos en base a las normas dictadas por el Estado Nacional en el marco de la emergencia económica.

B. **Reclamo del Comprador:** Promueve ante la justicia estatal una acción declarativa de certeza en la que solicita se decrete la no arbitralidad de la determinación de constitucionalidad de la ley de emergencia económica, decretos y normativa concordante y la aplicación de esta normativa al contrato de transferencia de acciones por ser una ley de la Nación y actos de Gobierno, los cuales resultan ser *cuestiones de orden público* y por ende no arbitrables. Los vendedores (actores en esta causa) tildaron de inconstitucionales estos preceptos.

Los Compradores alegan que corresponde “pesificar” el saldo de precio (oportunamente pactado en dólares) y que esta cuestión está excluida de la cláusula compromisoria -ajena a la competencia del tribunal arbitral – pues debe ser resuelto y declarado en sede judicial.

El juez *a quo* rechazó la acción declarativa.

Criterio de la Sala.

El Tribunal entendió lo siguiente: las partes sujetaron a jurisdicción del tribunal arbitral “... *cualquier controversia que pudiera surgir respecto a este contrato o con el cumplimiento del mismo...*” No se estableció, por el contrario, ninguna especificación que permita sostener que las partes hayan tenido la voluntad de excluir algún tema de la competencia arbitral pactada.

Los Vendedores entienden que la controversia planteada por los Compradores “...*versa sobre una de las cláusulas del contrato (el precio)...*” Es decir que, de acuerdo a los términos de la cláusula compromisoria, el conflicto sobre este elemento *esencial* del negocio jurídico debe ser resuelto por el Tribunal arbitral.

La Sala fijó los siguientes criterios:

1. **Prórroga de jurisdicción. Materia arbitrable:** La prórroga jurisdiccional pactada permite suponer que las partes conocían y aceptaban las reglas que rigen el procedimiento de arbitraje. Así, se tiene que el artículo 736 del código de forma determina que toda cuestión entre partes podrá ser sometida a la decisión de jueces árabitos, con excepción de las previstas en el Art. 737, es decir, las que no puedan ser objeto de transacción.

Art. 736. - Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros ...

*Art. 737. - No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de **transacción**.*

2. **Precio. Devaluación. Arbitraje:** Las cuestiones sobre el precio de una compraventa no se hallan excluidas de la materia delegable a los árbitros. Tampoco las excluye el Reglamento Operativo del Tribunal Arbitral (artículo 3), el cual, en concordancia con el CPCCN establece un criterio de competencia amplio.

3. **La cláusula arbitral y la autonomía de la voluntad:** Hubo por las partes un voluntario e inequívoco sometimiento a la jurisdicción arbitral y a sus reglas. Esa circunstancia resulta, en el caso, obstativa al progreso de esta acción, ya que el sometimiento voluntario a un orden jurídico, a una resolución judicial o a determinada jurisdicción, comporta un inequívoco acatamiento, que determina la improcedencia de su ulterior impugnación.

4. **Competencia del tribunal arbitral:** Es el tribunal arbitral quien deberá determinar cómo debe saldarse la deuda: si en los dólares originariamente pactados -tal lo que postulan los Vendedores - o contrariamente en su valor convertido a moneda nacional, tal como lo pretenden los Compradores.

5. **Apelación del laudo:** Los Vendedores cuentan con los mecanismos del CPCCN para -dado el caso y si fuere procedente- esgrimir cuestiones sobre el laudo arbitral que eventualmente resulte conforme lo prevé el siguiente artículo:

Art. 760. - Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos de apelación no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en: (i) falta esencial del procedimiento y (ii) haber fallado fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible.

Nuestro comentario.

Este precedente es muy fuerte en sus efectos jurídicos pues pone a la cláusula arbitral en su lugar más alto asignando a la autonomía contractual una fuerza inusitada. Sin duda el caso que comentamos consolida, fortalece y sella a fuego el principio de que lo pactado es ley para las partes (art. 1197 Cc.).

El CPCCN expresamente dispone – como regla general – que todas las materias transables son susceptibles de ser arbitradas. Quedan por lo tanto excluidas de la competencia de los jueces árbitros sólo aquellas cuestiones vinculadas al orden público, en su más amplia acepción. Sea el orden público social o económico. Este aspecto no es menor pues la noción de orden público, moral o buenas costumbres (arts. 18 y 21 C.c.) son nociones vagas, difusas y que cambian según la época, circunstancia y lugar. O sea, definir el umbral de esta noción es vital para conocer con precisión qué materia es transable y cuál no.

La materia objeto de debate en este precedente ha sido precisamente la constitucionalidad o no de normas de emergencia declaradas por el Estado Nacional como materia de *orden público*. Se trata indudablemente de materia no transable. Se trata de la pesificación de obligaciones contraídas en moneda extranjera, en este caso la divisa estadounidense.

Sin embargo, como todos sabemos aún cuando la materia objeto de regulación ha sido catalogada como de *orden público*, esto es la salida de la convertibilidad y la devaluación de la moneda nacional, el cumplimiento de las obligaciones alcanzadas por esta normativa es materia esencialmente transable. Este es, precisamente el acierto del tribunal. No dejarse llevar por el elixir de un orden público económico derivado de las normas de emergencia (régimen inderogable para las partes) y por lo tanto aspecto no transable, del aspecto sí negociable y transable cual es la forma y modo de pago de la prestación obligacional alcanzada por esta normativa: pagar el precio del contrato de transferencia de acciones.

En este sentido el fallo es un acierto pues fija el sano criterio de que es el tribunal arbitral quien debe resolver esta cuestión en forma definitiva y si las partes acordaron someterse a la justicia arbitral, ese pacto debe ser respetado a raja tablas debiendo la justicia estatal marginarse a fin de permitir que las partes resuelvan sus

conflictos de acuerdo a lo que verosíblemente entendieron o debieron entender obrando con cuidado y previsión (conf. Art. 1198 C.c.).

El respeto por la autonomía de la voluntad en los pactos de arbitraje es un saludable criterio que los Tribunales del foro vienen repitiendo, afianzando de esta forma la justicia arbitral como salida contractual para la solución de disputas.

II. El caso Cartelone (CSJN, 01 de junio 2004).

A. Los hechos:

- José Cartellone S.A. celebró con Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. (Hidronor) un contrato de obra pública.
- Se pactó la sumisión a juicio arbitral de cualquier divergencia o controversia entre el comitente y el contratista, previa interposición de un reclamo en sede administrativa.
- La sentencia arbitral sería definitiva e inapelable (cláusula 65.I, vol. II del pliego de condiciones del contrato).
- Reclamos recíprocos entre las partes que no hallaron solución en sede administrativa.
- Se sometieron a arbitraje varias cuestiones debatidas.
- Se pactó la inapelabilidad del laudo. En caso de discrepancia entre los árbitros de las partes, el árbitro tercero dictaría el laudo "total y definitivo".
- Se sometieron a juicio las cuestiones detalladas en una carta documento que Cartellone remitió a Hidronor el 22.10.85. Se consignaron valores actualizados a febrero de 1985.
- Quedaron determinados los rubros que integrarían el reclamo de Cartellone a valores a febrero de 1985.
- Cartellone aumentó las sumas reclamadas, expresándolas a valores al mes de enero de 1985.
- *El laudo arbitral:* Condena a Hidronor a indemnizar a Cartellone tomando como fecha de mora: enero 1985.

B. Reclamo de Hidronor: Nulidad por laudo "extrapetita".

Sentencia de la CSJN.

La CSJN fijó el siguiente criterio:

1. La nulidad del laudo arbitral: Es nulo el laudo que transforma las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso.
2. La cláusula de renuncia a la apelación: No puede interpretarse que la renuncia a apelar un laudo se extienda a supuestos en que el laudo *contraría el orden público*. No es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. La apreciación de la aplicación regular del derecho es función de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones. El laudo podrá impugnarse judicialmente cuando sea *inconstitucional, ilegal o irrazonable*.
3. La nulidad del laudo por intereses abusivos: La aplicación de tasas que conducen a un resultado *desproporcionado e irrazonable* y que supera la pretensión del acreedor *y produce un inequívoco e injustificado despojo* al deudor, *lesivo de su derecho de propiedad*, alterando la relación entre el monto originariamente reclamado y la cuantía de la condena establecida en el laudo, con menoscabo de la verdad objetiva debido al *cómputo acumulativo de intereses* que aplican en forma exponencial tasas que incluyen la

actualización del capital, resultan un despojo del deudor, cuya obligación no puede exceder el crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de *la moral y las buenas costumbres*, en cuya observancia está interesado el *orden público*, que ha sido así vulnerado por la decisión arbitral en cuanto decidió la aplicación al caso de las tasas de interés referidas.

4. **Monto del reclamo:** Si se utilizan las pautas contractuales para el caso de mora la suma a reconocer a Cartelone se incrementaría, desde febrero de 1985 a abril de 1991, **8,0525** veces. Si se aplican en cambio las tasas de interés del Banco Nación -esto es, las que resultan del laudo- el factor de multiplicación asciende a **29,5580**.

Nuestro comentario.

Este precedente no sólo es importante por el peso específico del Tribunal que finalmente decidió la cuestión sino, porque ha sentado el criterio de que el pacto de *inapelabilidad* del laudo es relativo.

Presumimos que estamos ante un caso de arbitraje iuris en el que las partes (contratista y comitente) renunciaron expresamente al derecho de apelación. Siendo esto así el laudo arbitral se debería considerar definitivo.

A pesar del expreso pacto de inapelabilidad el ente comitente apeló pues consideró que el laudo dictado por el Tribunal Arbitral fue nulo. La discusión de fondo tuvo que ver con el costo de salida derivado de una ruptura incausada de un contrato de obra. Lo interesante es que el pacto de inapelabilidad estaba inserto en el contrato de obra pública que integraba el pliego de bases y condiciones de la licitación; con esto quiero decir que el propio ente comitente ofreció la inapelabilidad del laudo y a ese marco contractual se sometió el contratista. Producido el laudo el costo de salida no resultó aceptable para Hidronor y por lo tanto correspondía apelar. Alguien diría *borrar con el codo lo que escribió con la mano*.

Parece que esta expresión resulta un poco exagerada y fuera de lugar si consideramos que el Máximo Tribunal de la Nación le asignó la razón a Hidronor. Para la CSJN el laudo arbitral resultó nulo por haber fallado extrapetita y haber condenado al incumplidor del contrato a pagar un costo de salida exagerado, desorbitante y por lo tanto contrario a la moral y al orden público.

Lo cierto que lo inmoral y violatorio del orden público habría sido la actualización de la deuda aplicando tasas de interés fijadas por un banco estatal (BNA) y que las mismas llevaban a un despojo del deudor pues se capitalizaban. La fórmula de compensación respecto de la tasa aplicada más su capitalización habría derivado en la nulidad del laudo por vía de apelación.

El Máximo Tribunal de la Nación consideró dichas circunstancias como configurativas de un laudo nulo por arbitrario y por ende apelable, aún cuando las partes hayan pactado su inapelabilidad.

Nos importa destacar los efectos de este precedente respecto de los laudos de amigables componedores. Todos sabemos que este tipo de laudo es inapelable por ley pues dichas sentencias se dictan conforme a equidad o al leal saber y entender de los jueces árbitros. Esta la razón por la cual estos laudos sin –en esencia- inapelables.

Este fallo deja una enseñanza para nosotros relevante: un laudo *ex aequo et bono* no sería apelable en los términos del precedente Cartelone. La CSJN lo dice en forma expresa y contundente: *La apreciación de la aplicación regular del derecho es función de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones. El laudo podrá impugnarse judicialmente cuando sea **inconstitucional, ilegal o irrazonable**.*

Para nosotros este párrafo confirma la tesis de la inapelabilidad del laudo de amigable componedores pues éstos no están obligados a la aplicación regular del derecho sino, a dictar sus veredictos conforme a su leal saber y entender que puede ser incluso, contrario a derecho. Sostener lo contrario sería dejar en letra muerta el régimen de inapelabilidad de los laudos *cum amicae*.

Por último la mención a la razonabilidad del laudo no puede interpretarse como lo razonable según el sentido común sino, como la razonabilidad legal o jurídica, esto es lo no abusivo (art. 1071 C.c), *ergo* dicho *test* de razonabilidad no alcanza a los laudos de amigables componedores sino a los laudos de derecho.

III. El caso Monroe Americana (Sala C, 12 de junio 2009)

A. Los hechos.

- Se trata de una pericia arbitral dictada dentro del marco de un proceso judicial a pedido del juez *a quo*. La pericia arbitral tenía por misión determinar el monto de la condena y en etapa de ejecución de sentencia. El monto de la condena determinado por el perito árbitro fue de: \$4.305.955.
- Se corrió traslado de la pericia arbitral.
- La parte vencida apeló la pericia.
- El juez *a quo* no hizo lugar a la apelación. Invocó el artículo 771 del CPCCN: el laudo de los amigables componedores no es recurrible. Regla que entendió aplicable a la pericia arbitral por remisión del art. 773.

Criterio de la Sala.

La Sala fijó el siguiente criterio:

1. Admisión del recurso: Si bien es cierto que el régimen previsto en el CPCCN relativo a la pericia arbitral reenvía a las reglas del juicio de amigables componedores, entre las cuales se halla la de irrecurribilidad del laudo, también lo es que el legislador, en oportunidad de la sanción de la ley 22.434, modificó el régimen de la pericia arbitral derogando una disposición que impedía la apelación. Tal cambio legislativo, que pone de manifiesto una tendencia legislativa, es un indicador relevante a la hora de determinar si el decisorio de es apelable.-
2. La pericia arbitral (judicial): Aún cuando el art. 773 CPCCN reenvía al régimen del juicio de amigables componedores, no parece que sea indefectible aplicar a la pericia arbitral la integridad de sus disposiciones, puesto que uno y otro se diferencian por el hecho de derivar: (i) el primero de un acuerdo de partes, en tanto que (ii) el segundo es el resultado de una decisión judicial.
3. ¿Por qué un laudo de amigables componedores es inapelable? Al someterse al juicio de amigables componedores las partes asumieron de antemano la irrecurribilidad del laudo. Esto último sería congruente con el hecho de que el laudo de amigables componedores sólo puede fundarse en su saber y entender, lo cual explicaría la regla que veda su recurribilidad.
4. ¿Apelación del laudo o de una resolución judicial? La regla de la no apelación no se refiere a la decisión judicial que hubiese aprobado el laudo, sino al laudo mismo, lo que, en este caso particular adquiere particular relevancia. Aquí lo apelado por Monroe Americana ha sido un decisorio del juez *a quo*, en el cual, tras formular algunas consideraciones sobre el régimen de la pericia arbitral, fijó un monto determinado de deuda, haciendo suyo lo informado por el perito.
5. Se corrió traslado del informe pericial: Y es importante poner de relieve que del informe pericial se corrió traslado a las partes quienes la contestaron. Ello confirma que el decisorio estuvo llamado a resolver la cuestión suscitada tras una sustanciación del peritaje arbitral, de modo que cabe considerarlo apelable.
6. Si en todo caso se entendiera que nos hallamos ante una situación de duda, es claro que esta última debe despejarse en el sentido de admitir la apelación.

Nuestro comentario.

Quizás uno de los institutos menos conocidos y por ende practicados es precisamente la pericia arbitral. Ésta puede ser de origen contractual o jurisdiccional. El propio CPCCN dispone que los peritos árbitros pueden ser elegidos como tribunal arbitral dentro de una cláusula contractual compromisoria, o elegidos por los jueces a los efectos de cuantificar montos y dictar sentencia. El caso que estamos tratando aquí analiza esta segunda opción.

Es cada vez más frecuente el uso de los jueces del foro a este recurso en particular en reclamos de indemnización por incumplimiento de contratos, en particular contratos muy complejos o sofisticados donde valorar un lucro cesante suele depender de factores económicos, financieros y comerciales que escapan al arte de los jueces. El CPCCN admite que los jueces estatales nombren peritos árbitros para este fin.

Estos jueces especiales tienen por única y exclusiva misión dictar laudos en materias de hecho. Son incompetentes para involucrarse en materias de derecho. Por ello estos jueces suelen ser técnicos en la materia objeto de arbitraje (vrg., ingenieros, arquitectos, valuadores, auditores, diseñadores, médicos, etc.).

El caso que estamos analizando resulta de sumo interés práctico pues trata sobre la apelabilidad de un laudo de perito árbitro nombrado en el ámbito jurisdiccional. El caso es trascendente en este aspecto.

Lo cierto es que el CPCCN expresamente dispone que los laudos de peritos árbitros son inapelables pues se someten a las mismas normas que las del arbitraje de amigables componedores; claro está salvo nulidad por laudo extrapetita.

La pregunta que uno debe formularse es la siguiente: ¿Es inapelable el laudo del perito árbitro nombrado por un juez en el marco de juicio? ¿Se apela el laudo o el fallo del juez?

El Tribunal responde de manera lúcida e inteligente. Lo que se apela en este caso no es laudo del árbitro sino una resolución judicial que hace suyo las conclusiones del arbitraje pericial. Incluso sostiene que de dicha pericia se corrió traslado a las partes, ergo dicho traslado tuvo por finalidad darle a las partes la posibilidad de impugnar dicha pericia arbitral.

Destaca al sala la diferencia entre este tipo de árbitros de aquellos otros nombrados dentro del marco de una cláusula compromisoria. Estos últimos sí son inapelables pues así lo dispone en forma expresa el CPCCN.

En síntesis, el caso Monroe Americana sienta un criterio razonable y sensato pues la realidad indica que los jueces utilizan los arbitrajes periciales como auxiliares de la justicia y no como jueces árbitros, función que no les está vedado.

Este caso deja dos enseñanzas bien concretas: (i) si los jueces recurren a los peritos árbitros para que éstos dicten laudo (y no como mero auxiliar de la justicia) dicho laudo debe ser inapelable y (ii) fortalece, consolida y afianza la figura del perito árbitro en el ámbito contractual como remedio eficaz para la solución de conflictos derivados de aspectos técnicos o de hecho.

IV. El caso Banco de Servicios & Transacciones (*Fideicomiso Financiero*), (Sala F, 15 de julio 2010)

A. Los hechos:

- Se solicita ante el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (TABCBA) – como tribunal arbitral – la traba de una cautelar dentro del marco de un juicio arbitral: "*Banco de Servicios y Transacciones SA c/ Appiani Jorge Humberto y otros s/ medida cautelar*"
- El Tribunal solicita ejecutar la cautelar solicitada por BST con auxilio del poder judicial.
- BST apela la resolución del juez a quo que rechazó la ejecución de la medida cautelar dictada por el TABCBA

Criterio de la Sala.

La Sala fijó el siguiente criterio:

Se trata de determinar si corresponde que el juez disponga las notificaciones requeridas a fin de efectivizar la medida cautelar dispuesta en el marco de las actuaciones que tramitara por ante el TABCBA. Las normas a considerar son:

Art. 33 TABCBA: "*El Tribunal podrá disponer medidas cautelares (bajo responsabilidad y otorgamiento de contracautela por el solicitante, y a satisfacción de aquél), **si las partes no han excluido tal facultad en el convenio de arbitraje.** Su cumplimiento se requerirá judicialmente. Las partes podrán igualmente solicitar (judicialmente) las medidas cautelares, sin que ello implique contravenir el convenio de arbitraje*".

Art. 753 CPCCN: “*Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral*”.

1. La cláusula compromisoria del contrato de Fideicomiso Financiero: Se desprende que las partes habrían establecido en la cláusula 18.12 del contrato de fideicomiso financiero de fecha 26 de agosto de 2008, la competencia del TABCBA, quien dictó una medida cautelar como consecuencia de las cláusulas arbitrales mencionadas y en los términos del art. 33 del R.O.T.A.
2. Autonomía de la voluntad y pacto de arbitraje: El principio de la autonomía de la voluntad tiene fundamento de fuerza obligatoria de los contratos (art. 1197 Cód. Civil). Es que la libertad de las personas - físicas o jurídicas- no debe ser coartada sino por su propia voluntad, de modo que el contrato es el instrumento para regular las relaciones jurídicas entre los contratantes. Como es una regla que ambas partes han querido libremente, es necesariamente justo, y en el plano económico, constituye el mejor remedio.
3. La competencia de los jueces árbitros para dictar cautelares: No desconoce esta Sala que cierta doctrina postula la exorbitancia de la petición cautelar en los procesos arbitrales. La regla general de que los árbitros no pueden decretar medidas compulsorias ni de ejecución (art. 753 CPCCN), 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.
4. La colisión entre dos dispositivos normativos: El art. 33 del ROTA nos dice que el TABCBA *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 CPCCN, *niega a los árbitros la posibilidad de disponer medidas cautelares*, atribución que se puede establecer expresamente; pero que también puede resultar implícita por la remisión a un reglamento de arbitraje que así lo tenga establecido.
5. La fórmula del artículo 33 del ROTA: No impide que las partes excluyan esta atribución *suprimiéndola expresamente* en el convenio de arbitraje. La existencia de esta posibilidad de disponer medidas cautelares, no excluye, sin embargo, que las partes opten por requerirlas judicialmente.
6. Se debe hacer lugar a la ejecución de la cautelar: La resolución será revocada toda vez que, en definitiva, el objeto de las presentes es el auxilio de la jurisdicción a los fines de efectivizar la medida cautelar dictada por el TABCBA.

Nuestro comentario.

La posibilidad de obtener medidas cautelares dentro del ámbito de los juicios arbitrales es quizás una de las flaquezas del sistema. La incertidumbre que genera la imposibilidad de lograr una cautelar en esta instancia de justicia privada desalienta a los operadores del mercado optar por la alternativa arbitral. Es preferible, en el pensar de muchos, dirimir los pleitos ante los tribunales estatales antes que elegir la salida arbitral si ésta no ofrece las garantías suficientes para tornarlo eficaz como proceso privado de administración de justicia. De nada sirve elegir tribunales arbitrales eficientes en la administración de justicia si los derechos en juego pueden verse seriamente lesionados por imposibilidad de trabar cautelares frente al peligro en la demora. Esto torna al sistema ineficaz aún cuando sea eficiente.

El caso que tratamos resulta relevante precisamente porque da en el clavo. Lo atractivo de este precedente es que además se da dentro del contexto de un contrato de fideicomiso financiero, negocio contractual dinámico y bursátil donde los operadores buscan dirimir sus controversias ante tribunales eficientes y eficaces. Para eso eligen el método arbitral. El fallo BST confirma la eficacia del sistema ratificando lo que está dicho en la letra del contrato, en la letra del reglamento de la bolsa y en la letra de la ley. Por todo ello el fallo es sumamente atractivo.

Una vez más los Tribunales del foro ponen de relieve un dato que se viene repitiendo en muchos casos de arbitraje: debemos respetar la autonomía de la voluntad (*sic*). Esto sí es muy saludable. Hacemos nuestro el sentir de la Sala: *El principio de la autonomía de la voluntad tiene fundamento de fuerza obligatoria de los*

contratos (art. 1197 Cód. Civil). Es que la libertad de las personas -físicas o jurídicas- no debe ser coartada sino por su propia voluntad, de modo que el contrato es el instrumento para regular las relaciones jurídicas entre los contratantes. Como es una regla que ambas partes han querido libremente, es necesariamente justo, y en el plano económico, constituye el mejor remedio.

Este párrafo es de una riqueza conceptual profunda pues sintetiza la eficiencia económica del contrato entendido como la técnica destinada a reglar derechos y obligaciones *maximizando* los beneficios de las partes involucradas y *minimizando* aquellas conductas oportunistas que pueden provocar la expropiación indebida de beneficios.

Sin duda la justicia privada ha sido una opción elegida por las partes integrantes del contrato de fideicomiso financiero. Esa libertad de opción debe ser respetada por los jueces estatales, incluso para la traba de medidas cautelares.

En este caso se plantea la colisión de tres normas: 1) la norma contractual derivada de la cláusula compromisoria, 2) el Reglamento Operativo del Tribunal Arbitral (ROTA) y 3) el CPCCN. La sala no duda en darle prevalencia al pacto arbitral y a las normas del reglamento operativo. Ahora bien, si miramos detenidamente el nudo del problema observaremos que dicha colisión normativa no sería tal; lo cierto es que los tribunales arbitrales puede dictar la cautelar más no pueden ejecutarla. Para ello es necesario e indispensable el auxilio de la justicia estatal. El sistema de nuestro CPCCN (art. 735) le quita a los árbitros el poder de coacción en el sentido de impedirles trabar la cautelar, pero eso no impide que los jueces árbitros puedan ordenar la medida si se dan los requisitos legales para ello: (i) verosimilitud en el derecho y (ii) peligro en la demora.

El artículo 33 del ROTA propone una fórmula imprecisa. Por un lado fija –como regla general- que para romper la eficacia cautelar del sistema arbitral, las partes deben preverlo en forma expresa. O sea funciona la operatividad de la cautelar arbitral, salvo *pacto en contrario*. Ahora bien, si las partes nada pactaron (o sea funciona el sistema arbitral) ellas pueden recurrir a la justicia para solicitar la cautelar “*sin que ello implique violar lo pactado*”.

La verdad es que el problema de fondo radica en esta norma reglamentaria donde aún pactándose el sistema de cautelar (arbitral), cualquiera de las partes puede desoír lo pactado y recurrir a la cautelar (judicial).

En nuestra opinión, para que funcione la cautelar (arbitral) sería prudente que las partes renuncien expresamente al cautelar (judicial).

El precedente BST es un excelente fallo que fortalece la eficiencia y eficacia del sistema de justicia arbitral reconociéndole a los jueces árbitros la facultad de decretar cautelares. Un dato no menor a la hora de evaluar al arbitraje como opción eficaz de justicia privada.

V. El caso Envases EP (Sala C, 19 de octubre 2010).

A. Los hechos:

- Contrato de transferencia de acciones.
- Saldo de precio garantizado mediante una fianza comercial.
- Pacto arbitral previsto en el contrato de transferencia de acciones.
- Saldo de precio sin pagar. El acreedor ejecuta la fianza ante los tribunales estatales.
- El fiador opone excepción de falta de competencia: debe aplicarse la prórroga de competencia en el tribunal arbitral según lo pactado en el contrato de transferencia.
- El juez *a quo* hizo lugar a la excepción de incompetencia planteada por el fiador codemandado.

- El acreedor invocó que la cláusula arbitral es inoponible al fiador por ser un pacto celebrado entre comprador y vendedor como “partes principales” y no por el “garante”. Para éste el pacto de arbitraje es *res inter alios*.

La cláusula compromisoria rezaba: *"toda controversia que se suscite entre las partes con relación a este contrato, su existencia, validez, calificación, interpretación, alcance, cumplimiento o resolución, será resuelta mediante los procesos de negociación mediación y arbitraje establecidos en la cláusula 9.1"*

El criterio de la Sala.

1. La autonomía de la voluntad y el pacto de prórroga: Si se conviene el sometimiento de toda discusión emergente del contrato a la decisión de arbitradores, dicha cláusula constituye un acuerdo contractual al que corresponde acatar. Lo pactado debe ser considerado como una prórroga de la jurisdicción con alcance normativo para las partes, tornando procedente el desplazamiento de la "competencia.

2. El fiador como codemandado: No se desconce que en dicha cláusula se consignó que las divergencias entre “las partes” del contrato de compraventa serían aquéllas que habilitarían la prórroga de competencia.

Aquí existe efectivamente una controversia entre las partes: la vendedora también ha sido demandada en autos con base en dicho convenio. ¿Puede el fiador invocar dicha cláusula arbitral teniendo particularmente en cuenta que no se lo excluyó de esa prerrogativa y que también es sujeto demandado en autos?

3. El fiador puede oponer al acreedor las mismas excepciones que el deudor: El fiador puede oponer al acreedor todas las defensas y excepciones propias y las que podría haberle opuesto el deudor principal (cfr. art. 2020, Código Civil). No caben dudas de que el afianzamiento íntegro de un contrato por parte del fiador, sin exclusión de la comentada cláusula de prórroga de competencia lo habilita sustancial y procesalmente a invocarla, aunque el deudor principal nada hubiere dicho al respecto.

El razonamiento contrario implicaría un grave perjuicio a su derecho de defensa, pues aquél afianzó un contrato determinado, en el entendimiento de que sus controversias se decidirían por un tribunal arbitral. Por ende desconocer esa opción resultaría ajeno al principio según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse, y ajustarse de buena fe, de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Nuestro comentario.

Una vez más se confirma el criterio de la supremacía de la autonomía de la voluntad a la hora de pactar la prórroga de jurisdicción y competencia en jueces arbitradores.

El caso que analizamos es de profundo interés práctico y académico. Hacer oponible al fiador codeudor solidario, liso, llano y principal pagador la competencia arbitral pactada en el contrato afianzado.

El fallo habla por sí sólo. Nos queda decir que compartimos plenamente por los fundamentos jurídicos expuestos la doctrina del caso Envases EP.

C. Conclusión.

Los casos analizados nos llevan a las siguientes conclusiones:

Los Tribunales estatales reconocen competencia a los tribunales arbitrales para dictar cautelares.

Los Tribunales estatales confirman la autonomía de la voluntad a los efectos de pactar la prórroga de competencia y jurisdicción en jueces ámbitos.

Los Tribunales estatales confirman la autonomía de la voluntad a los efectos de hacer efectiva la cláusula compromisoria y el sometimiento de las partes a la decisión final de los jueces ámbitos y a este sistema privado contractual de solución de conflictos.

Los Tribunales estatales admiten la apelación de un laudo arbitral – aún cuando se haya pactado la renuncia expresa a la apelación – cuando el laudo pueda ser atacado por inconstitucional, ilegal o irrazonable; salvo

los laudos de amigables componedores que son inapelable por expresa disposición legal con excepción del laudo extrapetita.

Los Tribunales estatales admiten la apelación de resoluciones judiciales que contengan laudos de peritos árbitros cuando éstos actúan como auxiliares de la justicia; a salvo el laudo del perito árbitro como sentencia autónoma en cuyo caso de inapelabilidad nos viene de la ley.

Los Tribunales estatales admiten al fiador codeudor solidario, liso, llano y principal pagador oponer la cláusula arbitral aún cuando aquel sea res inter alios respecto del pacto.

Los Tribunales estatales afianzan, fortalecen y consolidan la justicia arbitral como sistema contractual de solución de conflictos *ya que es la regla a la que ambas partes han querido libremente someterse, siendo por lo tanto necesariamente justo, y en el plano económico, aquel constituye el mejor remedio.*

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen