

LA REGULACION DEL ARBITRAJE EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA  
NACIÓN

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Aludiendo a la prosapia histórica del arbitraje –sostiene Aguilar, con apoyo en destacada doctrina nacional y extranjera- que el arbitraje es una técnica que durante 2600 años de existencia documentada, en países con las más diversas culturas jurídicas, ha probado su utilidad para resolver de forma pacífica los conflictos entre partes independientes, generalmente dotados de contenido patrimonial, o cuando se trata de conflictos internacionales que involucran a partes domiciliadas en distintos países, incluyendo los casos en los que un Estado nacional u otra entidad de derecho público es, al menos, una de las partes en la discrepancia<sup>1</sup>.

A su vez, en el viejo derecho romano durante la primera época y ya avanzada la República, los juicios podían ser resueltos por iudex (jueces) o arbiter (árbitros, que no son los árbitros que provienen del compromiso de las partes), solo que los primeros aplicaban rigurosamente el derecho, mientras que los otros podían morigerar la aplicación de la ley<sup>2</sup>.

Esta circunstancia da cuenta de una marcada similitud entre lo que se conoce actualmente entre el arbitraje iuris y la amigable composición, aunque será entonces una mera coincidencia para la concepción contractualista en la que se ha embarcado el proyecto de código civil y comercial unificado.

Pero además destaca Scialoja, que en la Ley de las XII Tablas se alude especialmente a los árbitros y -añade el romanista- “constituyen precisamente una de las categorías de jueces entendidos en sentido lato”<sup>3</sup>.

Desde allí la evolución del instituto ha dado inmensidad de productos, todos relacionados o vinculados, pues desde una simple cuestión de hecho, como la que pretendían resolver los mercaderes en el medioevo, convocando a uno de sus pares, que resultaba digno de confianza a esos fines, pasando por el desarrollo posterior, hasta alcanzar la envergadura de resultar el método más utilizado a nivel mundial para resolver los conflictos que se suscitan, especialmente en el comercio, han llevado a algunos autores a considerar un desarrollo especial de la lex mercatoria

---

<sup>1</sup> Aguilar, Fernando; Ambiente, arbitraje y daños; Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, año 1, nro. 1, septiembre de 2010, p. 330.

<sup>2</sup> Scialoja, Vittorio, Procedimiento civil romano; Ed. E.J.E.A., 1954, p. 118 y ss. Y agrega Scialoja que además había una tercera variante que eran los recuperadores que consistiría en tribunales de índole internacional, para dirimir cuestiones internacionales o entre ciudadanos pertenecientes a diferentes estados o diferentes naciones.

<sup>3</sup> Scialoja, Vittorio; Ob. cit., p. 116.

interpretándola a la luz de los principios emergentes de los diversos tribunales arbitrales, como una línea de doctrina imposible de desconocer<sup>4</sup>.

No existen dudas entonces, que existen razones históricas que dan cuenta de la concepción del arbitraje como un método de solución de controversias, que se repite como tal en la República Argentina, cuyas fuentes de derecho abrevan en el derecho hispánico. Esa legislación española, a la sazón había reconocido el arbitraje a nivel constitucional, en el art. 280 de la Constitución de Cadiz del año 1812. Allí se señalaba que “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medios de jueces árbitros elegidos por ambas partes”.

Con lo cual se advierte el mantenimiento de las notas tipificantes de la figura analizada, una de las cuales –sino la principal- es la existencia de un conflicto, pues no se le puede atribuir otro significado al sintagma “terminar sus diferencias”. Esto es lograr un pronunciamiento que sirva de norma individual a las partes para finalizar sus disputas.

Pero es cierto también que son las propias partes quienes escogen al árbitro que pondrá fin a sus divergencias, con lo cual es evidente que la situación es claramente diferenciable, pues si bien existe un nacimiento que puede ser convencional (porque no siempre lo es), existe otro desarrollo que no es posible perderlo de vista, que precisamente no se desenvuelve como un acuerdo de voluntades, sino como etapas de un sistema que contiene y refleja las diferencias habidas entre las partes litigantes.

Pero no radica allí el origen de la legislación hispánica de la cual podría partirse para identificar al arbitraje en este país, ya que en el Virreinato del Río de la Plata, el Consulado local –creado el 30 de enero de 1794- aplicaba entre sus normas a las viejas Ordenanzas de Bilbao que datan del año 1737, en donde se establecía que los pleitos debían terminarse de forma simple y sencilla.

Ya en el derecho patrio se creó el Tribunal de Concordia en 1812, creación que se llevó a cabo en estas tierras antes que en España, que recién en su Constitución de 1812 se instituyeron los jueces árbitros con alguna semejanza al Tribunal de Concordia<sup>5</sup>.

Ese Tribunal fue considerado una creación sumamente importante porque cumplió una función pacificadora durante esos primeros años de derecho patrio. Sin embargo, en el año 1815 fue suprimido por el Estatuto de 1815, que sin embargo preveía a los fines que aquí importan, lo siguiente: “queda enteramente abolido y disuelto el Tribunal de

---

<sup>4</sup> En este aspecto se ha señalado que existe en la realidad un nuevo derecho uniforme y espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales al que se lo denominó precisamente nueva *lex mercatoria*, destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global (Galvano, Francesco; “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 41).

<sup>5</sup> Levene, Ricardo; Manual de Historia del Derecho Argentino, Ed. Depalma, 1969, p. 284.

Concordia, los jueces de primera instancia ante quienes se promuevan demandas deberán invitar a las partes a la transacción y conciliación de ellas por todos los medios posibles antes de entrar a conocer judicialmente”.

Como se puede advertir, la historia enseña que nuestro país desde sus orígenes, se empeñó en crear mecanismos adecuados para permitir a las partes enfrentadas en un conflicto, a superarlo antes de promover un litigio, pero además entre esas formas una de las que existió fue precisamente el arbitraje que siempre tuvo como materia prima al conflicto, nunca se limitó solo al acuerdo de voluntades, que solo se refleja en la decisión de las partes de someter sus divergencias a árbitros privados en lugar de hacerlo ante los estamentos oficiales de entonces.

Si se aprecia la antigüedad del instituto en estas tierras, mal se puede sostener que se trataba de un contrato, pues en todos los casos la vieja legislación hispana que data del siglo XVIII alude al conflicto –como se señalara- como materia prima a partir de la cual se puede someter a la decisión de árbitros las diferencias habidas entre las partes.

Esto hace que se puedan identificar claramente aquellos que se denominan históricamente como métodos alternativos de solución de conflictos, apreciando en el tiempo su desenvolvimiento, pues la alternatividad que generalmente se refleja en punto al proceso judicial, tomándolo como sistema por antonomasia para la dilucidación de conflictos, no resulta apropiada ya que históricamente el arbitraje nació con la humanidad misma, y fue esa su misión primordial, no la de demostrar un acuerdo de voluntades, por más que convencionalmente las partes decidan cómo superar sus controversias, lo contrario significaría mirar parcialmente una realidad que resulta incontestable.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación el anteproyecto de Código Civil unificado, señalando con acertado criterio, que es necesaria una actualización en nuestra legislación sustancial que data del siglo XIX, toda vez que las cuestiones que se presentan en el siglo XXI o no están contempladas o exceden los marcos que había previsto el legislador de entonces.

Y allí se ha presentado como novedad muy particular por cierto, la regulación del arbitraje como un contrato. Es decir, contrariamente a lo que había sostenido el Poder Ejecutivo, que propende a una actualización de la legislación, se retrocedió a una concepción del arbitraje tan antigua como el arbitraje mismo.

Los arts. 1649 a 1665 contemplan este instituto dentro de la figura del contrato, y en este aspecto es importante apuntar algunas razones que permiten demostrar la inconveniencia de esa regulación, que brinda desde la irrealidad, tejida por una concepción que no se compadece ni con las necesidades del país, ni menos aún con las circunstancias por las que atraviesa actualmente el desarrollo del arbitraje a nivel mundial, un producto que provocará más complicaciones que las soluciones a las que debe propender.

Esta introducción persigue, por un lado, mostrar la antigüedad que tiene el arbitraje, tanto fuera como dentro del país y, por otro, la regulación a abordar, que requiere desde luego una aclaración previa con relación a lo que se considera la naturaleza del instituto, que ha llevado a infructuosos debates que resultan insuficientes a los fines que esas tesis persiguen, que no es otra que la de encorsetar al instituto en cuestión.

## **2.- ACERCA DE LA LLAMADA NATURALEZA JURIDICA**

Genaro Carrió, conspicuo discípulo de Carlos Cossio -propendiendo a una mayor seguridad jurídica- señalaba que no resulta útil hablar de la naturaleza jurídica de tal o cual instituto, porque ello si bien contribuye a preservar la ilusión de que el orden jurídico es autosuficiente, lo hace al alto precio de proporcionar una guía inadecuada para la solución de los casos difíciles y una base poco fructífera de sistematización<sup>6</sup>.

Existe una polémica -desde luego teórica- que ahora parece reeditarse en Argentina, que empíricamente resulta irreal, pues versa sobre la naturaleza del arbitraje, ya que algunos se embanderan en una tesis que se denomina contractualista, considerando a dicho instituto como un contrato, mientras que otros consideran que el arbitraje resulta esencialmente jurisdiccional<sup>7</sup>.

La afanosa pesquisa en la que se embarcan los juristas tratando de develar la naturaleza jurídica de un determinado instituto está condenada irremisiblemente al fracaso, ya que lo que se busca tal como se busca, decía Carrió, no existe<sup>8</sup>.

Si la regulación propuesta fuera concebida a partir de la realidad, que es lo que debería por lo menos presumirse que se haría, a los fines de cumplir con un postulado científico elemental, como es el de la verificabilidad de los presupuestos que se exponen, en el caso del arbitraje, no podría concluirse que se trata de un contrato.

Al no distinguir el anteproyecto, la vía de solución del conflicto parecería que ésta resulta el contrato mismo, con lo cual se volvería a mediados del siglo XIX, puntualmente a 1856, antes de la famosa polémica entre Winscheid y Müther sobre el sentido de la voz “acción”, que luego del desarrollo de la teoría del proceso como relación jurídica

---

<sup>6</sup> Carrió, Genaro R.; *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, 1976, p. 76.

<sup>7</sup> Se distinguen en general una tesis contractualista, que apoya el desarrollo del arbitraje como contrato a partir de la autonomía de la voluntad; otra denominada jurisdiccional, que apoya el arbitraje en el rol jurisdiccional del desempeño de los árbitros, pues su respaldo lo encuentran en la letra de la ley. Otra tesis intermedia o mixta, que considera que el arbitraje nace convencionalmente pero su desarrollo es jurisdiccional; y finalmente una tesis denominada autónoma o transnacional, que constituye una reexpresión de la tesis contractualista, que considera al laudo arbitral como perteneciente a las necesidades del comercio, sin base en sistema jurídico alguno, lo que lleva a aludir a la deslocalización del arbitraje o a su carácter a-nacional.

<sup>8</sup> Carrió, Genaro R.; *Ob. cit.*, p. 75.

elaborada por von Büllow (en 1868), permitió la escisión entre el derecho sustancial y el adjetivo para advertir que se trata de dos tipos de vinculaciones diversas las que se construyen sobre una y otra variable.

Si bien en la actualidad la mayoría de la doctrina coincide que se trata de una mixtura de lo que refieren las tesis contractualista y jurisdiccionalista, ya que nace convencionalmente pero se desarrolla como un proceso, y además el laudo encuentra respaldo en la ley pues el Código Procesal Nacional lo asimila a la letra de una sentencia emanada de un juez (art. 499), no es menos cierto que el proyecto lo ha concebido dentro de la plana de los contratos, como si fuera uno más de ellos.

### **3.- ¿SE TRATA DE UN CONTRATO?**

Lo expuesto lleva al análisis –conforme lo sostenido- no de la naturaleza jurídica del instituto llamado arbitraje, para no caer en una tautología o perder de vista los principios lógicos de identidad y contradicción, sino a analizar empíricamente en qué consiste esta especie del mundo jurídico para corroborar si su conceptualización, tal como se pretende, se adecua a sus notas tipificantes que permiten dar cuenta de su sentido y esencia.

El actual Código Civil concibe al contrato como un acuerdo de voluntades y se apoya en el principio de la autonomía de la voluntad que consagra el art. 1197 del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, sin hacer distinciones entre la convención, que es interpretada por alguna línea como el género, y el contrato, que es interpretado como una especie, lo cierto es que el arbitraje tiene como apoyo liminar de su desarrollo este mismo principio de la autonomía de la voluntad.

Desde luego que ese principio –como el derecho mismo- no es absoluto, pues encuentra límites como el orden público o la moral y las buenas costumbres, entre otros (arts. 21, 953, etc. del Código Civil), y esos límites también existen en el arbitraje, ya que existe una zona vedada para las partes contratantes, pues se trata de derechos que resultan indisponibles, y por lo tanto, no pueden ser objeto de transacción, circunstancia que los excluye de ser sometidos a la vía arbitral (vgr. cuestiones de estado civil y capacidad de las personas, entre otras).

Con lo cual, no parece razonable que se pueda interpretar al arbitraje como un contrato con la regulación que surge de los arts. 957 y 1649 del proyecto. El primero señala que contrato “es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”; mientras que el otro indica –con referencia específica al arbitraje- que “hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual”.

Por lo tanto, se advierte sin mayor esfuerzo que el arbitraje no tiene como objeto en sí mismo ninguna relación jurídica patrimonial, por lo que no se trata de un contrato, sino que está supeditado a otro en donde nace (o existe) un determinado vínculo o relación, dentro del cual se acordó una cláusula por medio de la cual las partes deciden comprometer su voluntad para sustanciar sus eventuales divergencias por la vía arbitral.

Con lo cual, a través del lenguaje, en donde se superponen los términos: “contrato de arbitraje” y “acuerdo de arbitraje” con “cláusula compromisoria” (que se reconoce incluida en un contrato, o también puede surgir de un acuerdo independiente lo que resulta menos común en la praxis arbitral), como surge de los arts. 1649 y 1650 del proyecto, se advierte que no se trata de un contrato en los términos en que se desarrollan los contratos que consagra tradicionalmente el código –tanto civil como comercial- sino que se le pretende atribuir un cariz que no posee, por la sencilla razón, que si bien en muchos casos nace convencionalmente, en su desarrollo se advierte el desenvolvimiento de un proceso a través de una serie concatenada de actos que propenden a un objetivo determinado, que será distinto tanto para las partes como para el tribunal arbitral.

Mientras las primeras tratarán de acreditar los hechos constitutivos, o impeditivos, o extintivos, en los que fundan sus pretensiones, el tribunal actuará a través de un pronunciamiento dirimente, al que –como se señaló- es la ley el que le da la misma autoridad que una sentencia (art. 499 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Es decir, el acuerdo de voluntades por medio del cual las partes deciden someter a uno o más árbitros las controversias –tanto que hayan surgido como las que puedan eventualmente surgir- respecto de una determinada relación jurídica, no puede ser confundido con la vía que deciden transitar para dirimir ese conflicto.

Con lo cual aparece en escena un condimento esencial para la existencia del arbitraje, que justamente es lo contrario a un acuerdo de voluntades, es decir un distracto, que genera un conflicto, de ahí que no se pueda pasar por alto que el conflicto es la materia prima con la que se labora dentro del proceso arbitral, más allá de que haya existido un acuerdo de voluntades para transitar esa vía de solución llamada mundialmente “arbitraje”.

De ahí que no se pueda ver al instituto como un contrato, sino como un sistema de solución de conflictos, por la envergadura que le da la ley al pronunciamiento que emane del árbitro (al margen si es de derecho o amigable componedor), más allá que en la mayoría de los casos, son las partes quienes acuerdan transitarlo.

A esa concepción y por ende regulación, corresponde sumarle la superposición normativa que existe con el Código Procesal Nacional, ya que pueden señalarse a modo de ejemplo –entre otros- el art. 1651 cuando señala las

controversias excluidas se yuxtapone a las previsiones del art. 737 del ordenamiento adjetivo antes referido, que señala específicamente una zona distinta a la anteriormente indicada, pues en esos casos el arbitraje estaría prohibido.

Resulta redundante el proyecto en esta línea, aunque con la gravedad que importa superponer legislación local y nacional. Sin embargo, lo expuesto hasta aquí da cuenta de la existencia de dos zonas dentro del arbitraje, una de amplia libertad para la disposición de los derechos, de ahí la posibilidad del desarrollo de la vía arbitral, y otra, en donde el arbitraje está prohibido.

Pero más clara aún resulta la superposición en la regulación analizada, cuando se advierte el surgimiento de una tercera zona en donde existe una restricción a la autonomía de la voluntad, que es el pilar básico en el que la pretendida tesis contractualista sustenta su postura, que es la zona en donde el arbitraje se torna obligatorio por la propia letra de la ley.

Casos absolutamente claros en este sentido surgen de las previsiones, por ejemplo, del art. 516 del Código Procesal Nacional, cuando el juez dispone que por vía arbitral se encaren determinadas soluciones en etapa de ejecución de sentencia, o bien las previsiones de los arts. 1627 del Código Civil, ó 454 del Código de Comercio, ó el art. 5 de la ley 17.418 de seguros, ó el art. 6 de la ley 11.723 de propiedad intelectual, entre otras variantes de arbitraje obligatorio.

Por lo tanto, como se puede apreciar hasta aquí, caería con todo su peso uno de los pilares liminares en materia arbitral que sería el principio de autonomía de la voluntad, como sustento del arbitraje en la tesis contractualista en la que pretende embanderarse el proyecto de código unificado.

Sin embargo, como se desprende de lo expuesto hasta aquí, el arbitraje no solo no es un contrato, sino que es mucho más que eso que se pretende regular como contrato, pues más allá de las zonas prohibidas o necesarias u obligatorias que consagra la ley, es evidente que la figura analizada ha gestado a través de su historia muchos más productos que la simple mirada que se pretende observar a través de una concepción tan reducida como la del contrato.

Sirva como ejemplo la olvidada pericia arbitral, como la denominó el maestro Anaya<sup>9</sup>, que es una de las figuras arbitrales que consagran todas las legislaciones, por cierto que con distintas denominaciones, aunque con idéntica finalidad a la que contempla el art. 773 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en donde la aproximación al contrato se hace mucho más cercana, aunque paradójicamente no fue contemplada en este proyecto.

#### **4.- LA CLAUSULA COMPROMISORIA Y LAS NORMAS PROCESALES**

---

<sup>9</sup> Anaya, Jaime L.; La “olvidada” pericia arbitral, E.D. 134-605

Si el análisis se pormenoriza, se puede advertir no solo la influencia de la Ley Modelo de UNCITRAL, sino inclusive alguna línea tomada del derecho comparado como el francés. Sin embargo el Código Civil francés, solo en los arts. 2059 al 2061 regula lo que denomina “compromiso”, que es la posibilidad de que se admita la cláusula compromisoria, pues históricamente fue mirada con recelo desde su prohibición en 1843 a manos de la casación francesa.

Si bien el Código Civil le vino a dar legitimidad, permitiendo su inclusión en los contratos “como un compromiso de las partes de someterse a la vía arbitral”, esa “cláusula compromisoria” solo mereció tres artículos en esa legislación, toda vez que los franceses regularon pormenorizadamente el arbitraje en su Código Procesal.

Allí regularon al arbitraje en dos fases claramente diferenciadas, por un lado el arbitraje doméstico y por otro lado el internacional, a los fines de brindar mayor claridad a los usuarios del sistema. A su vez en enero de 2011, introdujeron una última modificación a ese ordenamiento adjetivo, tomando una denominación que viene del derecho suizo, llamada “*judge d’appui* (juez de apoyo), esto es el juez que brinda la jurisdicción estatal para apoyar el desarrollo del arbitraje, a los fines de evitar -con celeridad- los conflictos que se pueden generar sobre todo con la conformación del tribunal y su competencia para entender en el caso.

Más claridad en el derecho comparado, que la señalada a los fines de concebir al arbitraje desde un punto de vista jurisdiccional, en punto a su desenvolvimiento, no hace falta y exime de todo otro comentario.

El proyecto de unificación tiene previsto en el art. 1650 que el arbitraje “debe” ser escrito y puede integrar como cláusula compromisoria un contrato o eventualmente un acuerdo independiente, lo destacable de esta norma que sigue parcialmente la Ley Modelo de UNCITRAL, es que se pretende que la cláusula compromisoria conste por escrito, lo que genera algunas dudas por la utilización de los medios electrónicos para las comunicaciones.

Sin perjuicio de ello, parecería que la forma para la acreditación sería su existencia por escrito y aquí aparece la duda generada dentro del mismo proyecto, por las previsiones de los arts. 1015 y ss. que se refieren a la forma de los contratos y concretamente en los arts. 1019 y 1020 que aluden a la prueba de esos contratos -materia netamente procesal- pues en estos últimos se superponen conceptos que tienen una significación determinada en el derecho procesal, que permite su distinción de otros institutos, como son las “fuentes de prueba”, los “medios de prueba”, la “sana crítica” y la “valoración de la prueba”, todos ellos contemplados dentro de estos últimos preceptos mencionados.



Con lo cual la asistematicidad de la reforma se puede advertir cuando el art. 1650 señala que el contrato de arbitraje debe ser por escrito y el art. 1019 señala que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos (¿cuáles son esos medios? Los que surgen del Código unificado o del Procesal?). Las normas mencionadas generan más incertidumbre que la certeza que debe obtenerse de aquellas que se atribuyen el carácter de derecho sustancial.

Y para refrendar esta divergencia interpretativa a su vez señala el art. 1019 en su parte final que “los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos”. Entonces ¿se pueden probar por otros medios?

Como se puede advertir de lo señalado, se genera una confusión desde el lenguaje utilizado, en lo atinente a la forma a través de la cual puede probarse el llamado “contrato de arbitraje”, pues lejos de la apertura que prevé la Ley Modelo de UNCITRAL, se ha gestado desde la redacción que se ha dado a este aspecto probatorio, que no es de la esencia de un Código Civil abordar, sino que resultaría más apropiado de uno procesal, un problema de futuro por la confusión que existe entre medios, fuentes y valoración de la prueba.

En esa misma línea a lo largo del desarrollo del articulado que pretende la regulación del “contrato de arbitraje”, es sencillo advertir que la mayoría de las normas, salvo las primeras que aluden a la cláusula compromisoria, son de neta índole procesal, circunstancia que por sí misma demuestra qué cosa es el arbitraje.

Desde la concepción del principio kompetenz-kompetenz, consagrado en el art. 1654, pasando por las clases de arbitraje que consagra el art. 1652, como la propia autonomía que le brinda el art. 1653 a la cláusula compromisoria aún poniéndose en tela de juicio la validez del contrato base que dio origen al arbitraje, pasando por las cláusulas facultativas que consagra el art. 1658, que aluden a la sede del arbitraje, al idioma, al procedimiento por el que pueden optar las partes, hasta la designación de los árbitros que contempla el art. 1659, el cual inadvertidamente cae en el mismo fiasco que siempre ha generado el arbitraje ad hoc que no es otro que la conformación del tribunal, no permitiéndose así que se supere ese escollo que significa la puesta en marcha del arbitraje, todas son normas de neto corte procesal, que en modo alguno justifican su contemplación en un código que debe regular derechos sustanciales.

Lo mismo sucede con el art. 1660 que alude a las calidades que deben reunir los árbitros, y con el afán de perseguir un “presunto modernismo” porque se adecua el proyecto a las legislaciones actuales, se permite que cualquier persona, solo siendo capaz civilmente, sea designada árbitro, sin advertir la importancia que tiene la conformación cultural de una determinada población para propender a un desarrollo de esa índole, por la exposición que ello importa, no solo para la persona designada, sino para la suerte misma del instituto.

En ese sentido la última reforma introducida en el año 2011 a la ley de arbitraje española<sup>10</sup> da cuenta de este aspecto esencial, y señala expresamente que para todo arbitraje de derecho se requiere que el árbitro designado sea un jurista, por cierto que deja al margen la cuestión atinente a la nacionalidad, y brinda apertura suficiente a los fines del arbitraje internacional, pero no pasa por alto el valor que se debe atribuir a la elaboración de un laudo.

Idéntica reacción causan normas como la retribución de los árbitros, el régimen de excusación y recusación, las obligaciones que asumen los árbitros, que contempla el art. 1662, o la extinción de su competencia, que si se analizan pormenorizadamente dan cuenta que se trata de normas de índole procesal, y por ende no justifican en modo alguno su inclusión en un ordenamiento civil y comercial de carácter sustancial.

### 5.- ¿QUE ES EL ARBITRAJE?

En general existe coincidencia en clasificar a los diversos sistemas de solución de conflictos a partir de la posición asumida por las partes. De ahí que se distinga entre métodos no-adversariales y su opuesto los adversariales.

Más allá de la existencia del conflicto, interpretado en la clásica conceptualización de Cossio como interferencia intersubjetiva de intereses, con el cual debe trabajar cotidianamente el abogado, las partes, mientras en los sistemas no-adversariales colaboran entre sí a través de un intercambio de propuestas que constituye una negociación, pueden acceder a una solución autocompositiva, esto es, generada por ellas mismas, lo que importará una transacción, también pueden no lograrlo y requerir el auxilio de un tercero que coadyuve con su labor, como en el caso del mediador (ley 26.589), o bien a través de un conciliador (ley 24.635).

El otro sistema que es posible transitar importa para las partes un enfrentamiento dialéctico, a través de un método que resulte racional y controlable, y allí se pueden advertir no sólo al proceso judicial, sino también al arbitraje en su figura más tradicional, que no es más que un sistema privado para componer el litigio a través de un pronunciamiento dirimente similar al que emana de la jurisdicción oficial, de ahí la equiparación que ha hecho la ley del laudo y la sentencia.

Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, existen dos aspectos fundamentales a tener en cuenta. El primero de ellos, que tanto históricamente como en la actualidad, el arbitraje no puede ser considerado como un contrato por la sencilla razón que no se dan las pautas que permitan subsumirlo dentro de esa figura, toda vez que resulta operativo como consecuencia de una relación jurídica previa que es la que le da origen, y en tanto en ella surja un conflicto, que como se ha señalado constituye la materia prima para su desarrollo.

---

<sup>10</sup> Ley 11/2011, publicada en BOE del 21 de mayo de 2011, reforma la Ley 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

El otro aspecto importante en esta línea es la forma en que puede actuar el abogado, cuando deba brindar su asesoramiento a los fines de una determinada contratación, frente a la opción que le presenta el arbitraje como un sistema de solución de conflictos, que es reconocido mundialmente como el más utilizado, sobre todo para la resolución de conflictos de índole comercial.

Este es el aspecto que más trascendencia va a tener en el futuro, pues si se presume que va a ser sancionado el nuevo código unificado, los operadores jurídicos se van a enfrentar con una doble serie de problemas. Por un lado, la necesidad de conocer el sistema arbitral por el que opten, pues si bien guardan similitudes en líneas generales, no es lo mismo someterse a la Ley Peruana de Arbitraje, que a la brasileña, es necesario advertir sus diferencias.

Pero por otro lado, si se quisiera ajustar la contratación a un sistema arbitral local, aparece en escena esta regulación difusa y confusa, pues existen tanto a nivel nacional las regulaciones previstas en los códigos procesales, y conforme las previsiones de los arts. 5, 121 y conc. de la Constitución Nacional, se trataría de facultades que las provincias no han delegado en el Gobierno Nacional, con lo cual, el primer escollo que se puede plantear con la “suerte” de esta regulación que se pretende para el arbitraje, será sortear este ápice –conforme la terminología utilizada por la propia Corte Suprema- que es de neto enfrentamiento entre las disposiciones de un derecho que pretende ser común, con las regulaciones contempladas dentro de las facultades no delegadas por las autonomías provinciales.

En consecuencia, la mejor previsión que podría tomarse para ejercitar esta facultad de acceder al arbitraje es tratar de utilizar la figura con la cautela que estos condicionamientos recomendarían.

Bien sabido es, que el vocablo arbitrar importa ejercer la función de árbitro; y el árbitro es –según el Diccionario de la Real Academia Española- quien resuelve de manera pacífica un conflicto entre partes. Por eso, el arbitraje no puede ser interpretado más que como un sistema, esto es un conjunto de partes, denominadas subsistemas, que están estructuradas de manera tal, de permitir la consecución de un objetivo común, que en el caso del arbitraje es precisamente lograr el pronunciamiento de mérito, que será la norma individual para las partes, que no es otra cosa que hacer actuar la voluntad de la ley sustancial, a la cual las partes decidieron someter su conflicto.

No obsta a ello, que el arbitraje sea acordado entre las partes para que el tribunal actúe como amigable componedor, pues esta vía de solución en ningún caso importa apartarse del derecho, sino por el contrario en la gráfica expresión de Barrios de Angelis importa “la dulcificación” de la letra de la ley, de modo de evitar su aplicación con toda rigurosidad, a los fines de su mejor adaptación a las circunstancias de cada caso en particular.

Por eso, es importante que cuando se decida transitar la vía arbitral para resolver una eventual disputa entre las partes contratantes, ello será contemplado en una cláusula compromisoria, generalmente inserta en un contrato, que constituye el contrato-base o la relación sustancial que vincula a las partes.

Y a través de esa cláusula compromisoria<sup>11</sup>, lo que se puede advertir es que hay un contrato principal que vincula a las partes en el negocio que llevarán a cabo, y dentro suyo se inserta esa cláusula, como una más que integra esa contratación, como puede haber una cláusula referente al pacto comisorio si es expreso, o como puede haber una cláusula penal, entre otras.

De ahí que la autonomía que el proyecto contempla en el art. 1653, que hace a la independencia del instituto, como asimismo a la potestad a la que se sujetan las partes para decidir el propio tribunal arbitral aquellas cuestiones que hacen a su competencia, como asimismo a la decisión que deba adoptar el tribunal para dirimir el conflicto, importa el compromiso de las partes de sustraerse por esa vía al conocimiento de su controversia por la jurisdicción judicial, para ajustarse únicamente a la arbitral.

Estos aspectos que como se advierten son todos de índole procesal, pues aluden especialmente a la decisión de las partes de prorrogar la potestad de la jurisdicción oficial en “jueces privados”, que son los árbitros, importa un efecto natural del instituto analizado.

Esa cláusula compromisoria que genera un efecto negativo por el cual las partes se sustraen a la competencia de la jurisdicción judicial, pues es su decisión someter sus eventuales divergencias a la jurisdicción arbitral, les abre la posibilidad de distintas opciones que consisten en un arbitraje ad hoc, a través del cual son ellas mismas las que designan a los árbitros y eventualmente siguen el procedimiento previsto en el art. 1659 del proyecto, que no está demás destacar que se superpone con las previsiones del art. 743 del Código Procesal Nacional y desde luego con los provinciales que siguen una idéntica línea.

O bien, pueden optar por la designación de una institución determinada, como las Bolsas de Comercio que cuentan con tribunales arbitrales, como la de Buenos Aires, o Rosario, o Mendoza o Córdoba; o en su caso, optar por

---

<sup>11</sup> A modo de ejemplo se puede tomar como modelo la que propone el Reglamento Orgánico del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que es el tribunal arbitral más antiguo que existe en el país. Allí se propone que: “Toda controversia que se suscite entre las partes con relación a este contrato, su existencia, validez, calificación, interpretación, alcance, cumplimiento o resolución, se resolverá definitivamente por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires de acuerdo con la reglamentación vigente para el arbitraje ... que las partes conocen y aceptan”. El espacio en blanco se deberá completar si se opta por el arbitraje de derecho o por el de amigable componedores. Así de simple es como se accede a un tribunal arbitral, en este caso institucional.

instituciones que brindan ese mismo servicio, por ejemplo, a nivel internacional se puede señalar a la Cámara de Comercio Internacional, que cuenta con una Corte Internacional de Arbitraje, con sede en París, cuya creada en 1921, y reconocida como uno de los centros más afamados en materia arbitral, que brinda sus servicios prácticamente en todo el mundo.

Como ese organismo existen la Asociación Americana de Arbitraje, conocida bajo la sigla A.A.A., creada en 1926; también la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, conocida bajo la sigla LCIA. En el país existen también otras organizaciones que brindan idéntico tipo de servicios en materia arbitral como la Cámara Argentina de Comercio, entre otros.

En todos estos casos, a diferencia del arbitraje ad hoc, en donde las partes son las que se dan su propia organización para el desarrollo del arbitraje, en estos casos se trataría del arbitraje denominado “institucional” o “administrado”, a través del cual las partes someten directamente su controversia al desarrollo que proponen los reglamentos que ya tienen preestablecidos esas organizaciones, de ahí la denominación de “arbitraje institucional o administrado”, pues las partes se ajustan a las pautas fijadas por esas instituciones.

En verdad, el desarrollo del arbitraje en el mundo ha recibido un marcado impulso de la mano del llamado “arbitraje institucional”, pues facilita a las partes la regulación de lo que constituye un verdadero proceso, y eso no solo agiliza la tarea y el esfuerzo que representa llevar adelante un proceso, sino además el tiempo que consume la preparación y organización del arbitraje ad hoc, a cuyo respecto no se puede sostener que no se practique, sino que no existen estadísticas que permitan conocer su desarrollo, como en los otros casos que se indican.

De ahí que la opción que se le presenta al operador jurídico como una especie de paso previo para el acceso al arbitraje, es que luego de tomada la decisión de resolver las eventuales disputas por vía arbitral, acordar el sometimiento de ellas a un tribunal ad hoc, o uno institucional, aspectos que surgen de la correlación de los arts. 1652 y 1657 de este proyecto.

Los recaudos que corresponde observar para optar por una u otra vía, se pueden inferir de lo expuesto precedentemente, por lo tanto la tarea a desarrollar deberá tener en cuenta, además del tribunal a escoger, su integración, en base a las calidades de los árbitros, entre otros aspectos, como la sede, el procedimiento, los plazos, la confidencialidad, como se soportarán los costos que representan para el cliente cada uno de esos tribunales, todo ello a modo de ejemplo a los fines de facilitar la toma de una decisión<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Solo para tomar a modo de ejemplo la importancia que tiene escoger uno u otro tribunal, desde el punto de vista económico, se puede citar lo que insumiría como costos de acceso a un tribunal someter un pleito por valor de \$ 3.000.000 a la justicia oficial, en ese caso, la tasa de justicia a tributar sería de \$ 90.000 en esta Ciudad de Buenos

Es así como aparece en escena una nueva relación jurídica al suscitarse el conflicto, que es la relación jurídica procesal habida entre las partes, para la cual, ellas mismas escogerán a que ley someterla, que podrá ser la *lex arbitri*, es decir la de la sede del arbitraje, o bien cualquier otra, o en su caso dejarla librada a criterio del tribunal como señala específicamente el art. 1658 del proyecto analizado. Esto permite distinguir como fuera referido al comienzo entre derecho sustancial y adjetivo.

En este caso, es importante que se defina con claridad la cuestión atinente a este aspecto tan trascendental para el desarrollo del futuro proceso arbitral, si las partes lo acordaran expresamente en la cláusula compromisoria, aspecto que no siempre surge con claridad, pues se suelen remitir a la *lex arbitri*, pues de ello se desprende el sistema judicial al que reportará ese proceso arbitral, para el eventual contralor por vía de impugnación, ya que es de la esencia del arbitraje que resultan irrenunciables los recursos de aclaratoria y nulidad.

El desarrollo del arbitraje consistirá entonces en el desarrollo de un proceso, como antes fuera señalado, que permite distinguir las etapas básicas de todo proceso, es decir la postulatoria, en donde las partes sustentarán sus pretensiones; la probatoria, a través de la cual propenderán a la acreditación de los hechos fundantes de sus pretensiones, y finalmente la decisoria en la cual, más allá de los alegatos, se lleva a cabo la labor máxima del tribunal que consiste en la emisión del laudo correspondiente.

Todo ello al margen de dos eventuales etapas más, como serían la recursiva y la de ejecución, que conviene tenerlas en cuenta para el caso de optar por esta vía y por la ley a la que se ajustará el desarrollo del procedimiento.

Para todo ello juegan dos aspectos importantes a tener en cuenta, por un lado, si lo que importa es la actualización de la legislación por la actualización misma, en la creencia que desde el camino inverso al que corresponde a toda elaboración científica puede cambiarse una realidad preexistente; o bien, adaptar la normativa existente, o en su caso actualizarla, pero conforme las pautas que pueden modernizar el funcionamiento del instituto según las necesidades de una sociedad, que no sólo no está imbuida de ese sistema, sino que en muchos casos la sola mención del instituto genera rechazo.

---

Aires; si ese pleito se somete a un tribunal de la C.C.I. solo de gastos administrativos se deberían aportar \$ 50.400 para iniciar la acción, sin perjuicio de los demás gastos que genere la retribución de los árbitros más adelante; y si el pleito se somete al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, y se tratara de un arbitraje de derecho se deberían oblar en concepto de tasa arbitral \$ 35.500 (sería más económico si el arbitraje fuera de amigable componedores -\$30.950-), y no se debería tributar ninguna suma en concepto de honorarios del tribunal. Este ejemplo es elocuente para marcar diferencias que pueden coadyuvar a la toma de una decisión, solo desde luego mirando el aspecto económico del proceso arbitral.

Para ello, es evidente que el camino a transitar debe ser inverso, eso importa seguir un determinado método de trabajo, con un enfoque científico que permite comprobar en la realidad la verificabilidad de los presupuestos que se proponen, para construir así un esquema de trabajo que resulte adecuado a las necesidades de una sociedad.

Ese enfoque sistémico que sería dable observar, pues permitiría ampliar la mirada mostrando todos los frentes que presenta el objeto de análisis, requiere en forma concomitante –entre otras cosas- la preparación adecuada del operador jurídico para manejar el sistema, pues flaco favor se le haría a la creación de un sistema que no se pueda manejar, sea por su complejidad, o sea por su ineficacia, o las complicaciones que presenta.

Lamentablemente lo que trasluce el proyecto analizado, más que seguridades son incertidumbres que siembran un espacio difícil de componer por el enfrentamiento normativo que seguramente va a producirse, y eso apunta contrariamente a los fines que se persiguen, es decir a una mayor inseguridad jurídica.

**Enseñaba Morello: “sin prejuicios ni cargas desvirtuadoras, con realismo y en su justa medida y proporcionalidad, pieza esencial del elenco de técnicas que contribuyen a afirmar la paz social con justicia, sin espejos deformantes y con limpia y generosa práctica. Ello requiere que el arbitraje sea mejor comprendido, que sus operadores reciban una formación responsable y que la gente –el usuario de los servicios de la justicia- lo sienta como un dúctil y confiable camino alternativo. Una opción válida, funcional y de resultados óptimos a la necesidad de hacer justicia a través de un proceso justo”<sup>13</sup>.**

---

<sup>13</sup> Morello, Augusto M.; El arbitraje – sus desafíos; Ed. Lajouane, 2005, p. 206.