

LA REGULACION DEL ARBITRAJE COMO CONTRATO

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

El Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación el proyecto de Código Civil y Comercial unificado, señalando -con acertado criterio- que es necesaria una actualización de nuestra legislación sustancial, toda vez que las cuestiones que se presentan en el siglo XXI, o no están contempladas, o exceden los marcos que se habían previsto en esa legislación sustancial para otros tiempos.

En los fundamentos que acompañan al proyecto, se señala que para la unificación “se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas. Estos valores y principios están muy presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable” (sic).

Sin embargo, se ha presentado una novedad muy particular, por la atipicidad que refleja, pues se incluyó en esta propuesta de reforma, la regulación del arbitraje como un contrato. Es decir, contrariamente a lo que había sostenido tanto por el Poder Ejecutivo que propende a una actualización de la legislación, como en los fundamentos del propio proyecto, se retrocedió a una concepción del arbitraje prácticamente tan antigua como el arbitraje mismo.

Los arts. 1649 a 1665 contemplan este instituto dentro de la figura del contrato, lo que lleva a estas reflexiones a los fines de señalar algunas dudas sobre la conveniencia de esa regulación por la visión con la que se reflejó este instituto teniendo en cuenta que se recomendó un análisis amplio en el Congreso de la Nación que permita la apertura del debate que requiere una obra de la envergadura de la que se trata¹.

Para ello es necesario apuntar algunas razones que llevan al convencimiento de lo sostenido, pues como enseñaba Soler un código constituye un monumento a la experiencia y la sabiduría, sin embargo, en esta materia, se propone una reforma que resulta asistemática y además a-científica.

¹ La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, emitió un comunicado haciendo saber que la reforma que se pretende llevar a cabo se debe debatir sin apuro, pues juzgó apresurado el método de tratamiento que se propondría en el Congreso de la Nación, ya que siendo una tarea de tanta trascendencia porque se proyecta sobre la vida cotidiana de las personas, sería inconveniente sujetarla a plazos predeterminados que no respeten los tiempos que requiere un análisis y debate serio y exhaustivo en el Congreso Nacional, acorde con la envergadura de la materia que se pretende regular (Véase nota del diario La Nación, del 2 de agosto de 2012, p. 10).

2.- SOBRE LA LLAMADA NATURALEZA JURIDICA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL ARBITRAJE

Existe una antigua polémica “teórica” largamente superada, 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, pues consideran a dicho instituto como un contrato, mientras que otros consideran que el arbitraje resulta esencialmente jurisdiccional. Aunque es de destacar que se reconoce que el origen del arbitraje –en la mayoría de los casos- resulta convencional sin perjuicio de que su desarrollo tiene carácter jurisdiccional².

Por lo tanto, parecería que carece de sentido a esta altura del desarrollo que ha tenido el arbitraje, retrotraer el debate a una pretendida esencia contractual como surge del proyecto, pues dentro de su mixtura –que es su denominador común- surgen aspectos distintivos propios, que lo alejan de otras figuras pues sus particularidades distintivas le dan su propia identidad. De eso se trata también esta tarea, de que no se pierda de vista la identidad de un instituto como el arbitraje, pues tiene sus propios caracteres que lo distinguen de otros fenómenos del mundo jurídico³.

Enseñaba Carrió, conspicuo discípulo de Cossio, que 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, no existe⁴.

En su famosa polémica con Soler, destacaba Carrió, que no es cierto que las figuras jurídicas posean purísimos contornos indeformables⁵. Si la regulación propuesta fue concebida a partir de la realidad, que es lo que debería por lo menos presumirse, a los fines de cumplir con un postulado científico elemental, como es el de la verificabilidad de los presupuestos que se exponen, la directriz apagógica o reductio ad absurdum, resulta útil para advertir la proyección del intento legislativo de marras, pues en general a través de ella se descarta que la interpretación de las

² En esa línea se han expedido recientemente Rivera y Parodi, señalando que es universal el entendimiento de que la naturaleza del arbitraje es mixta, es decir –como fuera señalado- contractual y jurisdiccional. Sin embargo, allí mismo sostienen que el arbitraje “debe” (el énfasis es a los fines de destacar que la transcripción es textual) estar regulado en el Código Civil, pues supone la celebración de varios contratos (Rivera, Julio César y Parodi, Victor Gustavo; Contrato de arbitraje – Posibilidad de incorporarlo al Código Civil, diario La Ley del 28 de junio de 2012). Como se desprende del título del trabajo, los autores plantean la posibilidad de su incorporación al Código Civil, pero luego en el texto esa posibilidad se transforma en un imperativo, pues se enrolan directamente en la tesis contractualista y desde allí señalan el “deber” de su incorporación a dicho cuerpo legal.

³ Son principios universalmente reconocidos en materia arbitral, por ejemplo, el significado que posee “comprometer en árbitros”, sin cuya potestad no podría ejercerse ninguna postulación en nombre de otro en el ámbito de un proceso arbitral. Lo mismo sucede con el principio kompetenz-kompetenz que es de la esencia del arbitraje; o bien con el principio de disponibilidad de las formas, pues siempre existe como fundamento para ello la autonomía de la voluntad, en tanto se trate de un arbitraje voluntario; entre otros.

⁴ Carrió, Genaro R.; Notas Sobre Derecho y Lenguaje, Ed. Abeledo-Perrot, 1976, p. 75.

⁵ Carrió, Genaro R.; Ob. cit., p. 40.

leyes pueda conducir a un resultado absurdo. De este modo proponer la normativa en análisis, parte del presupuesto que lo que se procura descartar, por absurda, es la tesis opuesta a la que se considera acertada⁶.

Desde luego que esto no sería preocupante si se circunscribiera solo a una disquisición teórica que no se puede contrastar con la realidad. Pero en el caso del arbitraje, que sigue siendo el método más utilizado a nivel mundial para la resolución de conflictos⁷, por lo menos se genera una duda de considerable peso.

Al no distinguir el proyecto, entre las voces arbitraje y cláusula compromisoria, superponiéndola conceptualmente con lo que llama “contrato de arbitraje”, la vía de solución del conflicto parecería que resulta el contrato mismo. Es decir, desde el uso del lenguaje se volvería al siglo XVIII⁸.

Con lo cual, frente a la autonomía que se le reconoce al acuerdo arbitral, que es un principio tradicional y universalmente aceptado en materia arbitral⁹, más allá que las partes disientan sobre la eventual validez del contrato que las une, el acuerdo arbitral se mantendrá por su propia autonomía.

Por esta vía en el proyecto se lleva a cabo una red contractual a través de la cual las partes quedan vinculadas por el llamado “contrato de arbitraje”, con lo cual es sencillo colegir que no se trata ya de un simple contrato, sino que es evidente que se trata de una red compleja de la cual nacen diverso tipo de obligaciones que por ser de distinta índole, tendrán distinta regulación por los diferentes vínculos que surjan¹⁰.

⁶ Rabi-Baldi Cabanillas, Renato; Sobre la fundamentación de las decisiones judiciales: el paradigma de la “dogmática jurídica” según la jurisprudencia de la Corte Suprema, J.A. 2001-IV-1350.

⁷ Lorenzetti, Ricardo L.; Teoría de la Decisión Judicial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 37. En idéntico sentido Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández De La Gandara, El arbitraje comercial internacional, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 38; quienes señalan que se trata de un incremento paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países. Esta circunstancia por sí misma da cuenta de la inconveniencia de reducirlo a una mínima expresión dentro de un código civil unificado como se proyecta.

⁸ Ello se advierte al omitirse la distinción entre derecho sustancial y adjetivo, despejada a partir de la famosa polémica entre Winscheid y Müther sobre el sentido de la voz “acción”, acaecida a mediados del siglo XIX, puntualmente en 1856, que permitió luego de los avances de lo que se dio en llamar escuela científicista, con el desarrollo que hiciera von Büllow en el año 1868, al interpretar al proceso como una relación jurídica (tesis aceptada mayoritariamente) la escisión entre esas ramas del derecho, ya que se trata de dos tipos de vinculaciones diversas las que se construyen sobre una y otra variable.

⁹ Así lo han reconocido nuestros tribunales al decidir que “no altera la naturaleza de convención autónoma, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable, ni al juez dotado de jurisdicción para resolver una eventual controversia (CNCom., Sala E, L.L. 1989-E-304); con idéntico sentido se expidió ese mismo tribunal el 28/9/93, in re “El Diamante S.A. c/Arcor S.A.I.C. s/Ordinario, LD-Textos). En esa línea se ha interpretado a nivel internacional esta situación, así la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida como Convención de Viena, ratificada por nuestro país por ley 22.765, en su art. 81.1 dispone que la resolución del contrato no afectará las estipulaciones relativas a la solución de controversias; habiéndose entendido que se refiere a las cláusulas de selección del foro, entre las que se encuentra, sin dudas, el acuerdo arbitral.

Como se advierte, desde el punto de vista contractual, la situación que se plantea, frente a la simplicidad de las formas, que es un principio en materia arbitral, además de compleja, abre un interrogante que hace a la esencia del proceso arbitral, que el proyecto en la redacción de la normativa analizada llama así, para lo cual puede verse el art. 1657 y que consiste en determinar si por esta vía se respeta aquello que tiende a caracterizar al arbitraje, que consiste en el ahorro de tiempo y dinero, estándár éste siempre utilizado para demostrar la conveniencia de su utilización frente a la lentitud de la jurisdicción judicial.

Como enseñaba Aristóteles, las cosas son por las formas que las representan, y no requiere mayor esfuerzo distinguir, un contrato de un sistema de solución de conflictos. Aquí se aprecia que sin perjuicio del nacimiento convencional del arbitraje, que se sostiene como estandarte, es útil señalar que ello acontece en el caso de que resulte voluntario, pues además es necesario tener en cuenta que no siempre es así.

En la tesis contractualista que se pretende sostener “a outrance”, solo por una cuestión que evidentemente persigue fines diversos a los que se puede esperar de un código civil y comercial, sin basamento empírico y por ende a-científica, se suprime la compulsa de la realidad, concentrando la tarea en la confusión entre lo que es legislación sustancial con legislación procesal.

Siguiendo la línea de Carrió, enseñaba el ilustre jurista, que el lenguaje constituye la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres¹¹, y conviene adicionar a ello que además es la herramienta de trabajo de esta disciplina, y desde luego reconocida su vaguedad e imprecisión o su polisemia, como notas fundamentales, no se debe pasar por alto que deben ser los propios operadores jurídicos quienes deben observar especial cuidado en su utilización.

Señala Alf Ross que si del estudio de la práctica –especialmente de los tribunales (aunque en este caso serían arbitrales)- pueden descubrirse ciertos principios, que de hecho guían a aquellos en su aplicación de reglas generales a casos específicos, esto podrían constituir predicciones, que indican cómo será aplicada una determinada regla por los tribunales, pero cuando la interpretación que se lleva a cabo no está basada en principios de interpretación vigentes, esto constituye política jurídica y no ciencia del derecho¹².

¹⁰ Uno sería el vínculo originario, otro si se partiera de la hipótesis que resulta adecuado el encuadre que se pretende para el arbitraje, sería el contrato de arbitraje (que seguidamente señalaremos el error en que se incurre), otro sería el vínculo con cada uno de los árbitros que designen las partes, otro –estando a la letra del art. 1659- sería el vínculo que exista con el tercer árbitro, todo ello al margen de la relación entre la parte y sus abogados, sus eventuales consultores y demás intervinientes.

¹¹ Carrió, Genaro R.; Ob. cit., p. 13

¹² Ross, Alf; Sobre el derecho y la justicia; Eudeba, 1974, p. 106

De ahí que haya señalado el filósofo danés la importancia de advertir la práctica, para tratar de descubrir los principios o reglas que guían los pronunciamientos, para transitar de la regla general a la particular, y esta actividad la identifica como “método jurídico”.

Por eso la razón que lleva a sostener la a-cientificidad de la reforma propuesta radica en que se ha transitado el camino inverso al señalado, pues lejos de reconocerse la realidad, se ha hecho una abstracción antimetódica de ella para construir un desarrollo equívoco -por ser inverso- que demuestra claramente que traslada la cuestión desde el ámbito científico al político creando un producto inadecuado o disvalioso sencillamente por ser irreal.

3.- CARACTERIZACION

Lo expuesto hasta aquí, permite superar la barrera del análisis 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, toda vez que esto por sí mismo no solo resulta insuficiente sino que además conduce a un resultado falaz.

Por ello lo que importa, sería analizar empíricamente en qué consiste esta especie del mundo jurídico para corroborar si su conceptualización, tal como se pretende, se adecua a las notas tipificantes que permiten dar cuenta de su sentido y esencia, de ahí que resultaría apropiado destacar algunos de sus caracteres y propiedades, que pueden considerarse como principios liminares en la materia para contrastarlos con la proyectada regulación.

Por lo tanto, resulta útil a los fines de analizar la regulación que se ha proyectado, tener en cuenta –ab initio- cómo ha concebido al arbitraje la más calificada doctrina nacional.

Caivano sostiene para conocer la identidad de este instituto y lograr así su caracterización, que “el arbitraje es un método, un sistema de resolución de conflictos” (sic).

Y agrega a continuación que se trata de un mecanismo mediante el cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales, pues sostiene que producido un conflicto, existen dos grandes líneas para superarlo, una consistente en el acuerdo entre las partes; y otra, que la solución la provea un tercero, considerando precisamente a esta segunda posibilidad como un típico método adversarial¹³.

Por su parte, Rivera¹⁴ sostiene que de todas las definiciones que se han dado del arbitraje la que considera más adecuada es la de Gonzalez de Cossio para quien el arbitraje es la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia.

¹³ Caivano, Roque J.; Arbitraje, Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 47.

¹⁴ Rivera, Julio C.; Arbitraje comercial –internacional y doméstico- Ed. Lexis-Nexis, p. 3.

Sin embargo, considera que esta definición se ha gestado desde la negativa, y entiende –con acierto- que no contiene los elementos caracterizantes de la institución los que de alguna manera –sostiene- aparecen en la definición que brinda Jaime Guasp, destacado procesalista español, para quien el arbitraje es la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente, agregando que tal decisión es final y obligatoria.

Abona su postura Rivera haciendo hincapié en el carácter jurisdiccional del arbitraje, al referir al reconocimiento que ha hecho la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación a la “jurisdicción arbitral”, todo ello desde luego sin desconocer el origen convencional que tiene el instituto¹⁵.

En este segundo aspecto, tanto el origen convencional del arbitraje –desde luego voluntario- como la autonomía que tiene la cláusula compromisoria, es destacado por Caivano –con apoyo en doctrina extranjera inclusive- señalando que la cláusula compromisoria es definida como un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros¹⁶.

Como se puede advertir sin mayor esfuerzo, la más calificada doctrina nacional reconoce que existen dos ámbitos claramente diferenciables dentro del arbitraje voluntario, uno sería la convención que importa el acuerdo arbitral corporizado en la cláusula compromisoria; y otro, el desarrollo del proceso que se observa a los fines del dictado del laudo que permitirá dirimir el conflicto por parte de los árbitros, que vale reiterar siempre se lo conoció como “arbitraje”.

Ese pronunciamiento dirimente está investido de la autoridad, que si bien no tiene las características que posee el imperium de la jurisdicción oficial, no resulta un mero dictamen, sino que participa de la obligatoriedad que caracteriza a los actos de autoridad, aspecto esencial que lo distingue de un negocio jurídico, pues ese pronunciamiento no emana de los árbitros en su calidad de partes de ese negocio sino de terceros a quienes el ordenamiento legal le reconoce esa potestad al punto de asimilar su decisión al carácter de una sentencia judicial¹⁷.

¹⁵ Rivera, Julio C.; Ob. cit., p. 65 y ss.

¹⁶ Caivano, Roque J.; La cláusula arbitral, evolución histórica y comparada; Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, p. 26.

¹⁷ En esa línea véase Palacio, Lino E.; Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot, 2011, T. IX, p. 15.

Si se tienen en cuenta estos presupuestos liminares que hacen a la existencia y operatividad del instituto analizado, se podrá advertir la inconveniencia de algunos aspectos que propugna la reforma para concebir al arbitraje como un contrato, que a continuación se destacarán sucintamente por el espacio que importa esta tarea.

3.1.- Contrato y conflicto

Como ya fuera señalado, mientras el contrato se apoya en un acuerdo de voluntades que tiene una meta en común, el arbitraje trabaja sobre una faceta opuesta, esto es, el desacuerdo de esas voluntades que da origen al conflicto.

Depurando el concepto de conflicto, un significado restrictivo lo vincula a una relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que son, pueden ser, o parecen ser para alguna de ellas, incompatibles o, con un criterio más estricto aún “una percibida divergencia de interés” o una “creencia de que las aspiraciones corrientes de las partes no pueden lograrse simultáneamente”¹⁸.

Por lo tanto, mientras en el contrato la materia prima a elaborar es el consentimiento, manifestado por las partes como acuerdo de voluntades luego de oferta y aceptación (conf. art. 971 y ss. del proyecto) que propende hacia un objetivo de futuro; en el arbitraje, la tarea que las partes tienen que cumplir se asienta en la interferencia intersubjetiva de intereses, esto es la clásica definición de Cossio sobre la voz “conflicto”.

Con ese criterio, parecería sin mayor esfuerzo, que los abogados de las partes tendrían que elaborar varios contratos hasta poder poner manos en el conflicto en sí mismo, lo que constituye un obstáculo a la simple o sencilla operatividad del arbitraje, con lo cual se está gestando una reforma a contrapelo de los fines que naturalmente siempre persiguió el instituto que es la agilidad en la implementación y desarrollo del arbitraje¹⁹.

Obsérvese que el proyecto cae en una incongruencia a partir de la utilización del lenguaje al definir al contrato en el art. 957 como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”; y el arbitraje no tiene en ningún caso como objeto ninguna relación jurídica patrimonial, sino que a partir de la existencia de un conflicto surgido de la relación jurídica sustancial en la que se lo concibe, persigue el desarrollo de una vía de solución de ese conflicto.

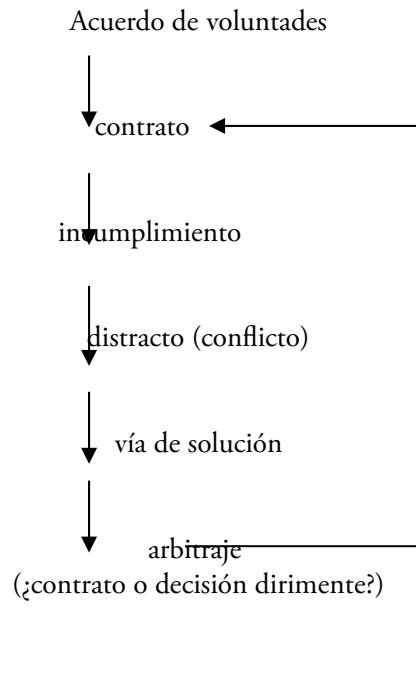
¹⁸ Highton, Elena I. y Alvarez, Gladis S.; Mediación para resolver conflictos, Ed. Ad-Hoc, 1995, p. 42.

¹⁹ Es importante destacar en este aspecto la trascendencia que tienen las formas que decidan observar las partes, o bien las no-formas que decidan transitar, pese a que algunas veces se la considera con un reduccionismo por cierto muy particular, como meramente intrascendentes, sin advertir que es a través de ellas como se transita el camino hacia una solución. Max Weber consideraba precisamente al arbitraje como la simiente de lo que luego se desarrolló como el derecho procesal (Oppetit, Bruno; Teoría del arbitraje, Ed. Legis, p. 46).

El contrato por sí solo puede existir y pervivir, y los derechos y obligaciones que las partes regulan resultan operativos. En cambio, el arbitraje en sí mismo solo carece de sentido, de ahí la incongruencia de lo señalado con las previsiones del art. 1649 que dice textualmente 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”.

Con lo cual es sencillo colegir que el arbitraje no es un contrato en sí mismo, sino que se lo supedita a una relación jurídica que es la que le puede dar vida o no. De ahí entonces que si no hay relación jurídica de base un acuerdo arbitral carecería de sentido²⁰.

Conforme el proyecto analizado graficar estas situaciones daría el siguiente resultado:



Conforme lo expuesto, resulta dificultoso interpretar que la vía de solución –si las partes deciden que sea el arbitraje– sea un contrato, de ahí entonces la cuestión de ¿cómo interpretar la caracterización que persigue este proyecto?

²⁰ Véase Falcón, Enrique M.; Comunicación en la Academia Nacional de Derecho; El Arbitraje en el Proyecto de Código Civil y Comercial (2012). En esa línea sostiene Falcón –en esa comunicación de la Academia– que no solo el arbitraje no es un contrato en ningún caso y su inclusión en los términos en que se propone presenta una inconsistencia en el sistema, pues no se trata de un contrato independiente, sino que se trata en realidad de una cláusula que se puede agregar a los contratos o a otros actos jurídicos, y desde luego es convencional, como son convencionales las cláusulas que contemplan intereses, o una cláusula penal o la compraventa con pacto de retroventa, y no se puede pensar que las mismas sean independientes del contrato que las contempla.

Ello obedece a no advertir que en la realidad de los hechos la estática del contrato, se opone totalmente a la dinámica del conflicto, que por esencia es así y que desde luego no permite una mirada como la que se propone, que sería algo así como pretender anular esa dinámica que resulta natural al conflicto.

Precisamente uno de los aspectos más importantes que presenta el instituto es que a través de su alejamiento de las formas públicas y la disposición con la que cuentan las partes sobre esas formas, resulta útil su compatibilización con los cambios de expectativas que genera la propia dinámica del conflicto.

A medida que se desarrolla el conflicto, van cambiando las percepciones de las partes y por ende sus actitudes, que los lleva inclusive a modificar sus conductas, o tomar nuevas decisiones estratégicas sobre el uso de los recursos que integran su poder y, a menudo, llegan a ampliar, reducir, separar o fusionar sus objetivos²¹.

Por lo tanto, cómo se puede pensar en la modernización de una institución sin tener en cuenta los parámetros esenciales que deben apuntar a resguardar el debido proceso legal, ni la esencia de la materia prima a elaborar a través del arbitraje, que no es otra que el conflicto, que resulta en sí mismo un proceso esencialmente dinámico, sujeto a permanentes transformaciones desde su nacimiento hasta su resolución²².

3.2.- El contrato entre “obligaciones” y “cargas”

Desde la conceptualización del contrato en el proyecto, se advierte que el arbitraje excede el marco de la norma analizada, ya que las partes pueden acordar la forma en que van a desarrollar un proceso arbitral, desde la demanda hasta el dictado del laudo, también es cierto que pueden adoptar un determinado reglamento cuando el arbitraje es institucional, que el proyecto se encarga de señalar en el art. 1657 que por el sólo hecho de haberlo decidido y adoptado las partes ese reglamento va a formar parte del que llama “contrato de arbitraje”.

Pero la cuestión que cae de maduro es ¿qué clase de contrato es el arbitraje que en lugar de trabajar sobre un acuerdo de voluntades trabaja sobre un conflicto?

Ni el arbitraje es un contrato porque las partes pacten el desarrollo de un proceso. Ni el arbitraje es un contrato porque las partes adopten un reglamento de un tribunal institucional. Ni el arbitraje será un contrato porque ahora la ley quiera imponer esa denominación. Y esto es sencillo de advertir pues ya en el seno del proceso que las partes acordaron llevar a cabo para resolver su conflicto, no aparecen obligaciones como efecto natural de todo contrato, sino cargas.

²¹ Entelman, Remo F.; Teoría de conflictos – Hacia un nuevo paradigma; Ed. Gedisa, p. 173.

²² Highton y Alvarez, Ob. cit., p. 53.

La obligación constituye un vínculo jurídico en virtud del cual el deudor está constreñido al cumplimiento de una determinada prestación a favor de su acreedor. Y en el proceso arbitral nadie tiene la obligación ni de presentar una demanda, ni tampoco de contestarla, por ende mal podrían resultar operativos los institutos naturales que hacen a la existencia de un vínculo contractual como es el caso del pacto comisorio, o la excepción de incumplimiento contractual, ni menos aún se podría denunciar un contrato por el vicio de lesión.

En un arbitraje, surgen cargas que pesan sobre las partes, que constituyen un imperativo en el propio interés de las propias partes interesadas, cuyo incumplimiento no traerá aparejada ninguna sanción, por oposición al incumplimiento de una obligación.

Las consecuencias de la inobservancia de las cargas que pesan sobre las partes se verán reflejadas en el proceso que desarrollen, pues los intereses que ahora las ocupan, son diversos, no son comunes, más allá que sea común su interés de resolverlo por la vía que representa el arbitraje.

Cuando a través de la valoración de la prueba rendida en el proceso las partes no hubieran acreditado aquello que conforme su pretensión representaba un hecho constitutivo o tal vez extintivo, la regla técnica que constituye para el árbitro hacer pesar esa omisión sobre aquél que tuviera que cumplir esa carga se va a ver reflejada en el laudo correspondiente.

Esa es una operación de fijación de los hechos que tiene que llevar alguien especializado en elaborar un pronunciamiento, y no como señala el proyecto, cualquier persona con capacidad civil, pues por ese camino, no sólo se puede acceder a la arbitrariedad, sino lo que es más grave aún, a la destrucción del arbitraje como sistema de solución de controversias.

3.3.- El arbitraje y la autonomía de la voluntad

Actualmente el 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. Por lo tanto, sin hacer distinciones entre la convención, que es interpretada por alguna línea como el género y el contrato como una especie, lo cierto es que el arbitraje tiene como apoyo liminar de su desarrollo este principio de 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, pues 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).

De ello se infiere que hay una zona en la cual el arbitraje se puede desarrollar sin inconvenientes y otra en la que está prohibido, aspecto que recoge la reforma en el art. 1651 que resulta sobreabundante conforme las previsiones del art. 737 del Código Procesal Nacional y que demuestra la inconveniencia de la superposición de la legislación en una misma materia.

Pero a su vez, existe una tercera zona en donde tampoco existe la posibilidad de disposición para las partes pues una norma de alcance general ha convertido en “obligatorio” al arbitraje, y paradójicamente no se trata de una simple contratación sino de un sistema para resolver conflictos.

Esto se puede apreciar –entre otras posibilidades- en un aspecto del arbitraje societario, que es el caso de las sociedades abiertas para las cuales el Gobierno Nacional impone obligatoriamente el arbitraje como vía de solución de los conflictos, más allá que resulta optativo para los accionistas en forma individual (conf. decreto 677/01)²³.

Con lo cual existe un ámbito en donde el arbitraje se desdibuja como contrato y demuestra una vez más lo inapropiado de la concepción que se pretende atribuirle, toda vez que la ley restringe la autonomía de la voluntad. Pero tampoco se puede presumir la posibilidad de que sea un contrato para el accionista, ya que si bien tiene la opción de la jurisdicción oficial o de la vía arbitral, en caso de optar por esta última la decisión de la Comisión Nacional de Valores²⁴ que estableció al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires como tribunal para intervenir en ese tipo de conflictos, crea un límite que impide una mera vinculación contractual como la que concibe el proyecto analizado.

²³ Desde luego que este no es el único ejemplo que se puede encontrar en la legislación sobre el arbitraje obligatorio pues también lo contempla el actual Código Civil en su art. 1627 ó el art. 1548 entre otros, el art. 456 del actual Cód. de Comercio, también entre otros, el art. 6 de la Ley 11.723 de propiedad intelectual, el art. 5 de la Ley de seguros 17.418, el art. 580 de la Ley de navegación 20.094 entre otras variantes, todas las cuales tienen como denominador común mostrar la inconveniencia de su caracterización como contrato, pues es evidente que se trata de un sistema de solución de conflictos.

²⁴ El H. Consejo Directivo de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, en cumplimiento de lo dispuesto en el decreto 677/01 y de la reglamentación que al respecto dictó la Comisión Nacional de Valores (Resolución 400/02, art. 18, capítulo XVIII de las Normas) en su reunión de fecha 28 de agosto de 2002 ratificó al Tribunal de Arbitraje General como el que debe entender en los asuntos o conflictos societarios planteados en virtud del decreto 677/01.

Ello al margen de las previsiones del art. 516 del Código Procesal que marca un límite también a esa disponibilidad que junto con las previsiones del art. 773 que alude a la pericia arbitral, que el proyecto no contempla, también señalan otra impronta de esta figura que el proyecto ha pasado por alto²⁵.

3.4.- Los árbitros y sus potestades

Si bien es cierto que el proyecto se apoya fundamentalmente en la Ley Modelo y trata de adoptar los criterios actuales vigentes en la materia, resulta por lo menos preocupante la posibilidad que brinda el art. 1660 del proyecto analizado, cuando señala que cualquier persona con plena capacidad civil puede actuar como árbitro, sobre todo cuando puedan aparecer involucrados en el conflicto temas vinculados a la posible inconstitucionalidad de una norma de alcance general, o bien cuando se deba observar el control de convencionalidad que también hace al debido proceso legal.

En esa línea no está demás tener en cuenta la última reforma que se introdujo a la Ley española de arbitraje en ese aspecto, pues se dispuso concretamente que en los arbitrajes de derecho, el árbitro deberá ostentar la condición de jurista. Esto hace al afianzamiento del principio de seguridad jurídica que cobrará toda su intensidad con el desarrollo del debido proceso legal, aún en la etapa decisoria que es el momento máximo de la jurisdicción arbitral²⁶.

La relación habida entre las partes y el tribunal arbitral es una relación diversa a la originaria, que no solo puede quedar inmersa en las previsiones contractuales, sino que además es la letra de la ley la que viene a darle el sustento suficiente para permitir precisamente el desarrollo del proceso arbitral.

Son ejemplos elocuentes de este aspecto la letra de los arts. 17 y ss. ó 499 del Código Procesal. El primero tiene que ver con la remisión que hace el propio art. 1663 del proyecto al derecho sede del arbitraje, si se toma a la Ciudad de Buenos Aires, a modo de ejemplo, y el otro porque asimila el laudo arbitral a la sentencia, con lo cual esa relación habida entre las partes y el tribunal arbitral, consistiría un simplismo reducirla a una relación contractual, toda vez que la independencia que tiene el tribunal respecto a las partes para el desarrollo de la función jurisdiccional que se

²⁵ Anaya, Jaime L.; “La olvidada pericia arbitral”, E.D. 134-605. El énfasis se ha consignado a los fines de advertir un aspecto de fundamental importancia que consiste precisamente en la inadecuada preparación del operador jurídico sobre esta temática al punto de llegar a la no utilización de una figura como la señalada, que no sólo resulta útil y ágil, y permite advertir que el arbitraje es mucho más que una simple figura, por lo que corresponde tener en cuenta que existen otras variables que permiten determinar precisamente la dinámica que caracteriza al instituto.

²⁶ El día 21 de mayo se publicó en el BOE la Ley 11/2011, del 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, siendo su entrada en vigor a los veinte días de su publicación y pudiendo consultarse su texto en el siguiente enlace: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/05/21/pdfs/BOE-A-2011-8847.pdf>.

les encomienda, no sólo permite desarrollar ese proceso con el auxilio de la jurisdicción judicial, sino que ello encuentra además respaldo en la letra de la ley.

Si se parte de la base de la relación convencional de la cual nace el arbitraje, se puede advertir sin mayor esfuerzo, que al surgir el conflicto, se transforma esa relación bipartita en una relación tripartita, en donde el tribunal (más allá de su carácter unipersonal o colegiado, o su faceta ad hoc o institucional), nos permite advertir la vinculación entre las partes y ese tercero que es el que viene a dirimir el conflicto a través de una nueva normativa que será establecida por las partes o prefijada de antemano por la ley, o tal vez por una institución que brinda ese servicio.

Y conforme a esa normativa que regula ahora esta nueva relación, mientras las partes tenían en miras la convención de la que se trate, ahora enfocan sus esfuerzos hacia el reconocimiento del derecho que pretenden; mientras que el tercero que viene a dirimir el conflicto tiene en mira otro tipo de pautas que no son las mismas de las partes, pues es de su incumbencia desarrollar el proceso del que se trate en la forma más prístina posible, para respetar los parámetros del debido proceso legal, a cuyo efecto estará obligado a observar otras pautas que apuntan precisamente a mantener la igualdad de las partes en el proceso.

Esto se puede apreciar con toda claridad en caso de que existan incumplimientos de quien resulta vencido y fuera renuente a observar las prescripciones del laudo, toda vez que en ese caso resultaría procedente la ejecución procesal forzada del laudo, para lo cual es la ley estatal la que pone al laudo arbitral en el mismo rango que una sentencia judicial, esto no es el resultado de un contrato, más allá que el origen del vínculo haya resultado convencional.

3.5.- Las normas de neto corte procesal

El proyecto contiene 17 normas para regular lo que denomina “contrato de arbitraje”. Sin embargo, solamente algunas de las primeras podrían interpretarse como alusivas a un contrato, porque su sentido apunte a la regulación de derechos de índole sustancial, ya que más allá que desde el lenguaje se intenta caracterizar el instituto, no resulta apropiada su pretendida “definición”, pues se advierte su integración con normas de neto contenido procesal, circunstancia que por sí misma lo aleja de la conceptualización pretendida.

Por ejemplo, las controversias que se excluyen están contempladas también en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con lo cual resulta sobreabundante su identificación. Las clases de arbitraje que existen en nada aportan para delinear el instituto pues aluden al procedimiento elegido por las partes, que esta visto que

inexplicablemente se considera algo menor, y la autonomía de la cláusula compromisoria constituye un principio de carácter universal.

Aunque esa regulación no sólo resulta asistemática por la superposición que existe con algunas normas del Código Procesal Nacional, vgr. entre el art. 1652 del proyecto con el art. 766 del referido ordenamiento procesal, desde luego que lo mismo se repite con los códigos provinciales que contemplan situaciones similares a la del art. 766.

Otro ejemplo se puede advertir en que no se señalan las consecuencias de la falta de acuerdo entre las partes con relación al idioma en que se desarrollará el arbitraje; o bien como se contempla la situación que se genera con motivo de la renuncia de un árbitro ¿qué normativa se aplica para superar esta cuestión? ¿Será el Código Procesal Nacional, o tal vez la Ley Modelo? Los mecanismos son diversos según cada uno de esos ordenamientos, pero el proyecto nada dice salvo que se infiera que conforme el art. 1659 toda vez que el tribunal debe estar conformado por un número impar de miembros se deba suspender el procedimiento. Estos aspectos son también reveladores de la asistematicidad denunciada en el proyecto.

Tampoco cabe otra interpretación frente a las previsiones que aluden a la designación de los árbitros, o sus calidades. Más evidente aún resultan los arts. 1663 que alude a la recusación de los árbitros, o el 1664 que contempla su retribución, o el 1665 que contempla la extinción de su competencia. En verdad, no es difícil concluir que son todas disposiciones de índole procesal, que no permiten justificar en modo alguno ni el posible avasallamiento de las autonomías provinciales, ni menos aún la desvirtuación de un sistema como el arbitraje.

Si bien existe una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la cual se ha señalado que las facultades de las provincias para legislar en materia procesal deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso con el fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo²⁷, es evidente el exceso en que se ha incurrido en este caso.

Ello es así, pues solo de la simple compulsa del número de normas surge con toda evidencia la existencia de pautas para la regulación de un proceso más que a un contrato, con lo cual la cuestión que surge sería si ¿se puede hacer perder –por esta vía- la identidad a un instituto como el arbitraje?

²⁷ Fallos 136:154; 138:157.

Es evidente que desde el lenguaje por sí solo no se puede “transformar” en un contrato a un instituto diverso como es el arbitraje, pues más allá que nazca en la mayoría de los casos de un acuerdo entre las partes, no es menos cierto que es mucho más que eso.

La desvirtuación de una figura clásica como un contrato, a la luz de las previsiones que se adoptaron, que resultan claramente procesales da la pauta de qué cosa es el arbitraje, pues es evidente que todos los aspectos que se han tenido en cuenta a los fines de una contratación, resultan todos claramente procesales, que por sí mismos no solo no justifican su incorporación a una normativa de índole sustancial, sino además dan la pauta de qué es el arbitraje.

Sin embargo, parece que ésta ha sido una constante en el proyecto en cuestión, pues no solo en materia de arbitraje se ve reflejada esta incorporación de normativa de neto corte procesal, pues por ejemplo se puede advertir también en los arts. 1019 y 1020 que aluden a la forma en que se prueban los contratos, normas atinentes también a un ordenamiento adjetivo.

Cabe destacar otro aspecto vinculado a la asistematicidad denunciada, pues en el art. 1650 se alude a la forma que debe adoptar el llamado “contrato de arbitraje”, se señala que debe ser escrito y que se puede encontrar en el mismo contrato que suscribieron las partes a través de la incorporación de una cláusula compromisoria, como en otro acuerdo independiente, o estatuto o reglamento.

Sin embargo el art. 1019 del proyecto señala que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos (¿cuáles son esos medios aptos los que consagra el Código Procesal?), y sigue diciendo la norma: “para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial”, y finaliza el precepto señalando que: los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos.

Como se puede advertir existe una verdadera confusión en lo que respecta a la forma en que debe probarse un contrato de arbitraje, pues lejos de la apertura que permite la Ley Modelo de UNCITRAL, se ha gestado desde la confusa redacción que se le ha dado a este aspecto probatorio, que no es de la esencia de un código civil abordar, un problema de futuro que confunde los medios de prueba con las fuentes de prueba y además con su valoración.

Existe un ejemplo más contundente aún para advertir la inconveniencia de esa regulación. Obsérvese que se ha tomado como referencia el art. 17 de la Ley Modelo de CDNUMI, introducido por la reforma del año 2006, que contempla una construcción inexplicable –también por su confusión- entre aquello que se conocen como medidas preliminares, que son las que se requieren observar para desarrollar un proceso, cuando alguna de las

partes involucradas requiera de ellas para conformar o eventualmente resistir una pretensión, de lo que constituyen “medidas cautelares”, que también se las contempla parcialmente, sin advertir que constituyen subsistemas de carácter asegurativo o protectorio dentro del sistema que las partes decidan transitar para resolver su conflicto, pues éstas no solo apuntan al aseguramiento del futuro cumplimiento de un laudo, sino para el resguardo de pruebas, o bienes, o derechos, sin los cuales sería estéril el desarrollo de cualquier tipo de actuaciones.

En este punto se advierte de la simple lectura del art. 1655 la superposición conceptual, que si bien es mucho más oscura aún en el art. 17 en la última reforma introducida a la Ley Modelo, el proyecto la toma parcialmente, aunque sin superar esa confusión que aquella norma tiene entre dos institutos que deben tener una regulación independiente en el cuerpo legal pertinente y que lo único que logra es desvirtuar el funcionamiento que naturalmente deben tener ambos.

Sería muy extenso el análisis de cada una de las normas en particular en este tipo de trabajos, sin perjuicio de lo cual existe otro ejemplo que da cuenta del tránsito que se pretende a través de esta pretendida innovación, ya que hay un aspecto revelador en ese sentido que está reflejado en las llamadas cláusulas facultativas contempladas en el art. 1658.

Allí se señala que se pueden convenir entre otros aspectos, y se señala en primer lugar “la sede del arbitraje” pero en el tercer inciso se señala que si no hubiera acuerdo de partes sobre el procedimiento al que deberán ajustar los árbitros su cometido, el tribunal lo puede hacer del modo que considere apropiado; pero en el cuarto inciso referido también a aspectos que se vinculan con cuestiones procesales se señala que en su defecto se aplicará “el que establezca el derecho de la sede”.

Hay otros artículos vinculados a este aspecto central, por ejemplo el 1656 que contrariando una vieja jurisprudencia de la Corte Suprema señala que queda excluída la competencia de los tribunales judiciales excepto que el tribunal arbitral no esté conociendo aún de la controversia²⁸; o bien el art. 1664 que alude a la retribución de los árbitros y se remite a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados; o el 1655 que refiere a la extinción de la competencia del tribunal arbitral y refiere a las previsiones del derecho de la sede.

²⁸ En Fallos 311:2223 la Corte interpretando el art. 134 de la Ley de Concursos y Quiebras aludió a Tribunal “constituido” que resulta un concepto diverso al señalado.

En esa línea no se puede perder de vista que una cosa es la sede del arbitraje y otra el derecho que hayan elegido las partes para dirimir su controversia, pues esta es una cuestión de carácter sustancial, distinta a la legislación procesal a la que las partes decidan someterse, pues existen dos planos como antes se señalara que legislativamente vinculan a las partes.

Uno apunta al derecho sustancial, y otra al derecho adjetivo, por ellas escogido, o no, y allí es donde se pueden producir los conflictos, ya que el lugar puede ser uno y el derecho adjetivo escogido puede ser otro. Allí es donde se puede vislumbrar lo que se pretendería con una deslocalización del arbitraje, que es uno de los temas que existen en debate a nivel mundial y apunta a la posibilidad de ejecutar un laudo aún declarado nulo.

Esto lejos de brindar seguridad jurídica, expone al instituto a un vaivén que hoy resulta ajeno por la sencilla razón que no solo esa polémica se puede superar, sino que la teoría autónoma o supranacional, o la pretendida deslocalización del arbitraje que la sustenta constituye una especie de “revival” de la vieja teoría contractualista, pues con apoyo en ella, la reformula apoyada en la idea de que tanto el pacto arbitral como el laudo no obedecen a un reconocimiento y concesión de la ley estatal, sino que pertenece a las realidades que ofrecen las prácticas del comercio.

Por esa vía el carácter privado y consensual que se pretende del proceso arbitral debe ser llevado hasta sus últimas consecuencias, entonces las partes pueden elegir las reglas de procedimiento que quieran, así como el derecho aplicable al contrato que las vincula del cual surge la controversia y el carácter ilimitado de la autonomía privada implica la ausencia absoluta de asistencia y de control de legalidad sobre el pacto y el laudo arbitral por parte de las cortes del Estado sede del arbitraje²⁹.

Desde ese punto de vista también se puede ver la asistematicidad de la reforma, ahora a nivel internacional, toda vez que todo arbitraje requiere de un sistema jurídico de referencia, pues ello hace a su efectividad y a las expectativas que tienen sus intervinientes. Es precisamente el lugar del arbitraje el que determina la nacionalidad del laudo, así como el procedimiento y las causales de su eventual anulación.

Como se advierte, por esa vía y con apoyo en el art. VII de la Convención de Nueva York se le atribuye más importancia a la jurisdicción en donde tramite la ejecución del laudo, que el lugar sede del arbitraje, y se utiliza como apoyo a los defensores de esta postura, que ello permite una mayor certeza al carácter definitivo del laudo y por ende a la celeridad de su ejecución³⁰.

²⁹ Talero Rueda, Santiago; Arbitraje comercial internacional, Ed. Temis, Bogota, Colombia, 2008, p. 17.

³⁰ Talero Rueda, Santiago; Ob. Cit., p. 280.

Esta indefinición en el proyecto sobre un aspecto tan peculiar, generada por el propio lenguaje utilizado, pues no se señalan los efectos que provocaría la indeterminación de la sede, no surgen con claridad, en claro desmedro al debido proceso legal, pues se admite implícitamente que no existe una sede del arbitraje y que éste tenga la condición de deslocalizado o “a-nacional” (como también se lo reconoce), hipótesis incompatible con los postulados de la Ley Modelo y con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que remite a la Corte Internacional de Arbitraje la decisión en ausencia de ese acuerdo³¹.

4.- EL DERECHO COMPARADO

Para la configuración que se ha hecho, hubiera resultado útil tener en cuenta no sólo que internacionalmente esta presunta polémica entre contractualistas y jurisdiccionalistas se encuentra superada, aún en aquellos países que tienen algún tipo de regulación dentro del Código Civil -como es el caso de Francia- sino que además, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación brinda una referencia que resulta inexcusable observar a los fines de esta caracterización.

En el derecho comparado, puntualmente en el francés, se sancionó en 2011 una reforma a su código procesal³², que reconociendo la tarea de neto corte jurisdiccional que desarrolla un tribunal arbitral, a fin de agilizar los inconvenientes que se pudieran suscitar durante su desarrollo, han previsto el *judge d'appui* (el juez de apoyo)³³, que viene a colaborar con la tarea del tribunal para el caso de suscitarse algún conflicto y así resguardar el desarrollo del debido proceso legal³⁴.

³¹ Guaia, Carlos; *El Arbitraje en el Proyecto de Unificación Legislativa*; Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, p. 28/52

³² El pasado 13 de enero de 2011, fue publicado en el Diario Oficial francés el Decreto 2011-48, que consagra el nuevo régimen arbitral que rige en Francia. Fiel a su tradición, este decreto modifica el Código de Procedimiento Civil y mantiene un régimen dualista, es decir, diferente dependiendo del carácter nacional o internacional del arbitraje.

³³ Durante la primera semana de junio se llevó a cabo en nuestro país un Coloquio Internacional de Derecho Procesal entre la Asociación Internacional de Derecho Procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Tuvimos oportunidad de compartir algunas charlas con distinguidos invitados extranjeros, entre ellos el actual Presidente de la Asociación Internacional mencionada, Loic Cadiet profesor Titular de la Sorbona de París, quien consultado sobre esta reforma que introduce la figura del juez de apoyo nos comentó que lo único que hizo la reforma fue cristalizar una práctica que ya se había convertido hace mucho tiempo habitual en Francia, en la inteligencia de brindar apoyo directo de la jurisdicción oficial al tribunal arbitral sobre todo por los conflictos que muchas veces se generan sobre la conformación del Tribunal, o sobre conflictos vinculados a la competencia, o bien a la efectivización de medidas cautelares. Quiere decir esto que la reforma no refleja otra cosa más que la realidad que se impone por su propia fuerza, o sea, todo lo contrario a lo que se pretende aquí.

³⁴ Por primera vez se utiliza la expresión (de origen suizo) de “juez de apoyo” del arbitraje, para denominar al juez competente para asistir al tribunal arbitral y a las partes y facilitar el desarrollo del arbitraje. La cuestión no es puramente semántica, pues traduce la voluntad del legislador de poner al juez al servicio del arbitraje. Así, el juez de apoyo rinde deferencia a los árbitros y a la aplicación de las normas (ad hoc o provenientes de un reglamento arbitral institucional) que rigen el procedimiento arbitral. Este juez solo intervendrá para colaborar con el desarrollo del procedimiento, pero sin cuestionar la preeminencia del tribunal arbitral, a menos de que aparezca flagrante y manifiesta la nulidad o ineficacia del

Es evidente entonces, que los intereses de las partes, más allá que el arbitraje nazca convencionalmente, cuando surge el conflicto, no son idénticos sino que están enfrentados, de ahí el método o la vía que deciden utilizar llamado “arbitraje”, no se puede confundir solo con la convención que le da origen, ya sea que se instrumente a través de una cláusula compromisoria o de un compromiso.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que, aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes³⁵.

Si la referencia para concebir al arbitraje como un contrato se presume que tiene apoyo en el derecho comparado, también conviene desvirtuarlo, pues conviene tener en cuenta algunos aspectos particulares. Por ejemplo, existe esa regulación en el Código Civil francés. Sin embargo, lo que no puede pasarse por alto es que esa regulación obedece a razones históricas diversas a las que aquí se podrían tener en cuenta, ya que en el viejo derecho francés originariamente la casación había prohibido someter una cuestión al juicio de árbitros³⁶, de ahí que la ley civil vino a poner un límite a esa prohibición, desarrollo histórico mediante, y no sólo el Código Civil francés contempla en tres artículos la cláusula compromisoria³⁷, sino que además los franceses tienen regulado

convenio arbitral. El juez podrá también asistir, con el acuerdo del tribunal arbitral, ordenando la aportación de pruebas en poder de terceros al arbitraje (Mantilla Serrano, Fernando; Ambitojuridico.com de Edit. Legis; La reforma del arbitraje en Francia; 28/3/12).

³⁵ Fallos 322:1100

³⁶ Opetit da cuenta que la Corte de Casación francesa en 1843 condenó la cláusula compromisoria pues se consideraba entonces que el arbitraje no respondía a la idea de justicia (Ob. cit., p. 55). En idéntico sentido se expide Caivano, señalando que uno de los aspectos por el cual se recelaba del arbitraje eran los abusos en ciertas categorías de contratos predispuestos por una de las partes (Ob. cit., p. 38)

³⁷ Ello esta previsto en los arts. 2059 a 2061 de ese cuerpo legal, disponiendo la primera de esas normas que: “todas las personas pueden comprometer sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición”. A su vez el art. 2060 dispone que: “No se pueden establecer compromisos sobre las cuestiones de estado y de capacidad de personas, sobre las relativas al divorcio y la separación de cuerpos o sobre las disputas que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y más generalmente en todas las materias que interesen al orden público. Sin embargo, determinadas categorías de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial pueden ser autorizadas por decreto a comprometer”. Mutatis mutandi esta disposición se trata de una norma similar a la prevista en el art. 737 del Código Procesal Nacional, que señala que no se pueden comprometer en árbitros aquellas cuestiones excluidas pues no pueden ser objeto de transacción, con lo cual se marca así un límite al objeto del proceso arbitral señalando cuál es la materia arbitrable. Finalmente con relación al último artículo, el 2061, debido a la evolución histórica que tuvo el arbitraje que tuvo un tiempo en que fue prohibido esa norma disponía que “la cláusula compromisoria es nula salvo los casos en que la ley dispone otra cosa”, y luego se morigeró la situación a partir de la ley nro. 2001-420 del 15 de mayo de 2001 que lo modificó y ahora dispone: “Con excepción de las disposiciones legislativas particulares, la cláusula compromisoria es válida en los contratos celebrados con motivo de la actividad profesional”.

específicamente el arbitraje en su Código Procesal en forma pormenorizada y en dos facetas claramente diferenciadas, por un lado el arbitraje doméstico y por otro el arbitraje internacional.

A su vez el Código Procesal Civil francés establece con relación al convenio arbitral (que así lo llama), lo siguiente (desde luego cualquier correlación que se pueda inferir con la redacción que se le ha impreso al proyecto de Código Civil es solo una mera coincidencia):

Art. 1442.- El convenio arbitral puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria o de un compromiso. La cláusula compromisoria es el convenio por el cual las partes de uno o varios contratos se comprometen a someter a arbitraje las controversias que puedan surgir respecto de ese o esos contratos. El compromiso es el convenio por el cual las partes de una controversia ya surgida resuelven someter la misma a arbitraje.

Art. 1443.- Bajo sanción de nulidad el convenio de arbitraje ha de celebrarse por escrito. Puede resultar de un intercambio de escritos o de un documento (separado) al cual se haga referencia en el convenio principal.

A su vez, la primera parte del art. 1449 de ese mismo Código Procesal francés, establece que: “La existencia de un convenio arbitral no impide, en tanto el tribunal arbitral no esté constituido, que cualquiera de las partes acuda a la jurisdicción del Estado al objeto de obtener la práctica de algún medio de prueba o de una medida cautelar”.

Esto por la sencilla razón, que se tiene en claro, qué cosa es un sistema de solución de conflictos, como en este caso el desarrollo del proceso arbitral, y qué cosa son cada uno de los subsistemas que lo integran, como en el artículo comentado los de índole asegurativa, que no solo permiten asegurar el futuro cumplimiento de un laudo, como usualmente se los interpreta, sino que tienen un alcance mucho más amplio, porque también se pueden cautelar fuentes de prueba, como un contrato que se celebró a los fines precisamente de un arbitraje, o medios de prueba para propender a la mayor eficacia del desarrollo del proceso, aspectos éstos que aparecen confusamente expuestos en los arts. 1019 y 1020 del proyecto.

Pero también es sabido que ha tenido un desarrollo importante el arbitraje en Perú a través de una legislación reciente³⁸, desprendiéndose de sus fundamentos que los objetivos perseguidos por la comisión a cargo de su elaboración –entre otros- fueron: a) reforzar la autonomía del arbitraje confiriendo una mayor independencia del poder judicial en el sentido de priorizar el control judicial posterior a la emisión del laudo mediante el recurso de anulación y evitando el empleo de recursos jurisdiccionales durante la etapa del arbitraje; b) potenciar la participación de las Cámaras de Comercio en la administración del arbitraje y el sistema de nombramientos de árbitros; c) mejorar la regulación de las medidas cautelares; d) frente a la dualidad normativa existente, se adoptó la tesis monista, regulando de manera unitaria el arbitraje internacional y el nacional.

³⁸ Decreto legislativo 1071 de junio de 2008 que sustituyó la Ley General de Arbitraje 26.572

Se agrega en esos fundamentos que es sabido que la necesidad de autonomía del arbitraje se apoya, fundamentalmente, en razones funcionales en el sentido de que la excesiva interferencia judicial socava su eficacia, con el riesgo, llegado al extremo, de que si se lo judicializa, se desnaturaliza y se pierden los beneficios que conlleva el instituto. No obstante, esta autonomía no puede ser total, sino que debe contar con algún grado de control judicial. *Así, la naturaleza jurisdiccional de las funciones arbitrales* y el efecto de cosa juzgada de los laudos justifica que el poder judicial se reserve una cuota de supervisión.

El énfasis destaca el sentido que se le da al arbitraje en Perú, y en la misma línea de trabajo, es decir a través de una legislación autónoma, el 12 de julio de 2012 se dictó en Colombia la ley 1563 a través de la cual se instrumentó en aquél país el sistema arbitral, diseñándose –como en casi todo el mundo- como un típico sistema de solución de conflictos.

El texto del primer artículo de esa ley en su primera parte, textualmente dispone: “Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.

5.- ¿QUÉ ES ENTONCES EL ARBITRAJE?

El mismo Carrió 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 sistematización³⁹.

El arbitraje tiene todos esos condimentos que señalaba Carrió y que precisamente hacen a su enriquecimiento constante y su desarrollo a niveles impensados para nuestro país. Sirva como ejemplo de lo expuesto, la tendencia existente hacia la combinación de la mediación y el arbitraje concentrando ambas tareas en la misma persona quien cumpliría así ambas funciones.

Fracasada su gestión como mediador, actuaría como árbitro y sobre esa construcción que se ha dado en llamar “dos sombreros (para una misma cabeza)”, se han generado los últimos debates en materia arbitral, advirtiendo que ni uno

³⁹ Carrió, Genaro R.; Ob. cit., p. 76.

ni otro entran en la quietud de lo que importa un contrato, sino que por el contrario transitan la dinámica del conflicto embarcándose en distintos sistemas para su solución⁴⁰.

Solo a modo de ejemplo es de destacar esta particularidad del tránsito del arbitraje -en este tiempo- a nivel mundial, y de la restricción en la que se ve envuelto en nuestro país a partir de polémicas ya largamente superadas, cuya reedición no hace más que involucionar respecto al instituto que se intenta regular.

Entonces la cuestión a dilucidar sería ¿qué es el arbitraje? al que con la directriz apagógica o *reductio ad absurdum* referida se señala que no consiste en un “mero” procedimiento que, a su vez, demuestra que existe, y además es necesario su tránsito para su desarrollo⁴¹, paradójicamente ello constituye hoy un derecho fundamental no solo en la República Argentina sino en todo el mundo, que no es otra cosa que el derecho a la jurisdicción del que goza toda persona.

El arbitraje es un poco de todo eso y algo más también, sobre todo cuando de arbitraje internacional se trata. De ahí que se haya aludido a un sistema de solución de conflictos, toda vez que un sistema es un conjunto de partes – identificadas como subsistemas- que interrelacionadas entre sí propenden a la consecución de un objetivo común⁴².

⁴⁰ Limbury, Alan L.; “Making med-arb work”, ADR Bulletin, volume 9, number 7, article 1-5-1-2007, p. 1 a 4. En la misma línea en el último Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL) en Heidelberg, Alemania, en julio de 2011, dos destacados profesores de la materia el inglés Neil Andrews y el francés Jacques Loquin, debatían precisamente esta tendencia admitiendo pese a las resistencias que puede generar por las restricciones que importa para las partes sobre su esfera de reserva o privacidad, la posibilidad de que una misma persona cumpla el doble rol de mediador primero y árbitro luego.

⁴¹ Véase el trabajo de Rivera y Parodi antes citado.

⁴² Grun, Ernesto; *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, 1995, conceptualiza técnicamente la noción de sistema señalando que consiste en una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad, gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico (p. 27). Esta concepción lejos de permitir la contemplación del arbitraje doméstico y el internacional, que es siempre una meta a tener en cuenta, a pesar de que se vuelca notablemente por una tesis monista la reforma (aunque no sabemos si es solo por omisión), permitiría no solo ello, sino además contemplar otras variantes que se conocen de arbitraje y sus posibles combinaciones. Y aquí no solo se puede aludir al conocido como “arbitraje béisbol” que se utiliza en la liga estadounidense para fijar el precio de la transferencia de un jugador de la liga entre dos entidades, dejando librado esa decisión a la opinión de un tercero, que como se apreciara resumiría el arbitraje a una simple consulta u opinión que no llega siquiera al grado de dictamen, que se acerca un poco a una pericia arbitral, según la letra de nuestro Código Procesal, sino que también se permitiría a las partes, disponer de las formas que estimen necesarias conforme la índole del conflicto a abordar. No es lo mismo un arbitraje desarrollado en el tribunal del Ciadi, que consiste en un arbitraje de inversión, que un arbitraje ad hoc, o uno institucional. Y menos aún la combinación entre la conciliación y el arbitraje, como ya contempló en nuestro país la ley de procedimiento laboral, o la combinación de la mediación y el arbitraje que es la novedad por la que transita el mundo en la actualidad. Como se ve, en todos los casos se trata de sistemas diversos, en todos los casos se trabaja sobre un conflicto, en todos los casos las partes pueden diseñar las formas que estimen corresponder, pero no se puede pensar siquiera remotamente que todos estos son contratos.

Es útil tener en cuenta que dentro de los distintos sistemas de solución de los conflictos que existen, unos son “no adversariales”, porque las partes no se enfrentan dialécticamente sino que colaboran entre sí, o bien auxiliadas por un tercero, a los fines de superar el conflicto.

Sirva como ejemplo, la negociación directa entre ellas que puede concluir con una transacción, o la asistida por un tercero, que en Argentina la legislación identifica como mediación o como conciliación, más allá de otras que contempla el derecho comparado⁴³.

Pero también existen otros métodos, que son “adversariales” porque importan el enfrentamiento dialéctico de dos posiciones sustentadas por cada una de las partes en conflicto, y allí nos encontramos con el proceso arbitral, más allá del judicial, pues la labor de los árbitros al igual que la de los jueces es dirimente, y para ello se valen de la demostración que hagan las partes reconstruyendo los hechos que desembocaron en el conflicto para justificar la viabilidad de su postura.

En esos casos, dejando de lado al proceso judicial, se puede también advertir la inconveniencia de la regulación del arbitraje como contrato a partir de la posición omisiva que eventualmente pueda asumir una de las partes frente al conflicto, o bien la situación generada por la intervención de terceros que no hayan suscripto la cláusula compromisoria y sea necesaria su convocatoria al proceso arbitral para su adecuada integración.

La intervención de terceros en un arbitraje, que siempre debe analizarse con carácter restrictivo, admite en algunas circunstancias su convocatoria, extremo que no solo devela la insuficiencia de las previsiones de los arts. 1025 a 1030 del proyecto, sino la omisión de contemplar la jurisprudencia que ha emanado en esa línea de los tribunales arbitrales, e inclusive del más Alto Tribunal de la Nación, circunstancias éstas que también permiten advertir la insuficiencia de la concepción del arbitraje como un contrato⁴⁴.

⁴³ Leyes 26.589 y 24.635. Otras en el derecho extranjero son el mini trial, o el tercero neutral (neutral listener), o el dictamen de expertos (expert neutral factfinding), que puede asimilarse a nuestra pericia arbitral, y que puede tener carácter vinculante o no para las partes según ellas mismas lo decidan, entre otros sistemas, todos del derecho americano (véase Cueto Rua, Julio C.; Nuevos procedimientos para la solución de disputas en Estados Unidos, L.L. 1991-B-785). En otros países, por ejemplo en Finlandia, en el año 2003, se introdujo un sistema de mediación jurisdiccional, copiando al sistema noruego, en virtud del cual el juez de primera instancia puede, con el consentimiento de las partes, someter el caso a mediación, supuesto en el cual el curso del proceso se suspendería. A su vez en los Países Bajos se está llevando adelante una experiencia similar, sometiendo a mediación los procesos en trámite. Del mismo modo en Suiza la etapa prejudicial más importante es la llamada Sünnerfahren (procedimiento de conciliación), que se lleva a cabo antes de la interposición de la demanda. Es un procedimiento oral e informal, y no es posible el desarrollo de la acción a menos que el intento conciliatorio haya tenido lugar. En el nuevo Código Procesal Suizo, es de destacar que la autoridad conciliatoria es competente para decidir sobre la materia si no se arriba a ningún acuerdo. En segundo lugar, ese funcionario puede proponer fórmulas conciliatorias y en tercer lugar, se puede intentar la mediación como una alternativa a la conciliación.

⁴⁴ Admitió la Corte que “los tribunales pueden descorrer el velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración y asimismo, admitir la invocación de la teoría del conjunto

La Ley de Sociedades Comerciales contempla expresamente esta posibilidad en el art. 54, al incorporar la figura del disregard of the legal entity, reconociendo la doctrina nacional la influencia de la doctrina alemana a partir de Serick y de la italiana a partir de los trabajos de Ascarelli, quienes marcan el hito de una corriente renovadora sobre la persona jurídica⁴⁵.

Esa es la posición que también han sustentado internacionalmente los tribunales arbitrales, pues partiendo del caso Dow Chemical resuelto por un tribunal CCI, pasando por la jurisprudencia francesa, alemana, inglesa y americana, parecería sin mayores dudas que se podría extender la cláusula arbitral levantando el velo societario cuando de grupos económicos se trata, aunque no es uniforme esa postura, ya que la jurisprudencia Suiza -por ejemplo- ha hecho sus reparos sobre el particular, atendiendo a que los “usos comerciales” a los que alude la Ley Modelo de la CNUDMI constituye un fundamento demasiado ambiguo para imponer un acuerdo arbitral a una parte no signataria⁴⁶.

En general, la doctrina coincide que se constituyó en una especie de leading case resuelto por un tribunal CCI⁴⁷ que luego dio pie a que interviniera la justicia francesa, conocido como el caso Dow Chemical antes mencionado, y en ese sentido rescata de esa decisión Suarez Anzorena, que el tribunal interviniente interpretó que “una cláusula arbitral expresamente aceptada por ciertas compañías del grupo debe considerarse vinculante para las otras compañías cuando, en razón de su rol en la suscripción, ejecución o terminación de los contratos conteniendo tales cláusulas y de conformidad con la intención común de las partes del procedimiento, aparecen como las verdaderas partes del contrato o como involucradas de manera principal por estos y las disputas que de estos resultan”⁴⁸.

En la misma línea refiere Caivano que la doctrina internacional ha interpretado que “no es la existencia de un grupo sino la intención de las partes –demostrada en este caso por la existencia de contratos interrelacionados- lo que

económico o sus equivalentes, ya que de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva” (Fallos 307:118).

⁴⁵ Gagliardo, Mariano; Superación de la personalidad jurídica; Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni; 2008-3-354.

⁴⁶ Ver Redfern, Alan y Hunter, Martin; Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional; 4ta. ed.; Ed. La Ley, p. 240 y ss.

⁴⁷ El mencionado leading case, ha sido avalado por la justicia francesa, pues fue ratificada esa decisión por la Cámara de Apelaciones de París el 21 de octubre de 1983, in re “Isover Saint Gobain v. Dow Chemical France, en Revue de l'Arbitrage, 1984, p. 98.

⁴⁸ Destaca ese autor que esa doctrina ha sido receptada en varios casos resueltos por tribunales CCI (es decir arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Internacional), vgr. los casos 1434, 2375, 4131, 4402, 5721, 5730, entre otros (ver Suarez Anzorena, C. Ignacio; “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, Revista Internacional de Arbitraje, enero-junio 2005, p. 55 y ss.).

justifica la extensión de la cláusula arbitral”, agregando finalmente que “la parte que aceptó los beneficios de un contrato que no firmó no puede desconocer la cláusula arbitral contenida en él”⁴⁹.

Cabe destacar que también esto ha sido receptado por legislaciones modernas, sirviendo como ejemplo de la nueva ley peruana de arbitraje del año 2008, que contempla en su art. 14 la posibilidad concreta de extender el convenio arbitral a aquellos que según el principio de buena fe, que aquí se ha observado con carácter primordial, hubieran tenido participación activa en la negociación, ejecución o eventualmente terminación de un contrato, nada de ello se ha contemplado en esta regulación que se persigue darle al arbitraje.

6.- A MODO DE CONCLUSIONES

Existen razones históricas que permiten considerar al arbitraje como un sistema de solución de conflictos, que como se señalara, son tan antiguas como la humanidad misma. Es útil tener presente la disputa entre Menelao y Antíloco que relata Homero en La Ilíada, que termina siendo resuelta por un tercero que no es más que un árbitro, pese a que se trataba de una cuestión de fuerza y destreza.

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 ley⁵⁰, es evidente que cualquier similitud entre el arbitraje iuris y la amigable composición será entonces una mera coincidencia para la concepción contractualista.

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”⁵¹.

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

⁴⁹ Caivano, Roque J.; “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”; Revista Lima Arbitration, nro. 1, 2006, p. 139.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Scialoja, Vittorio; Ob. cit., p. 116.

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 discrepancia⁵².

Desde allí la evolución del instituto ha dado inmensidad de productos, todos relacionados o vinculados, pues como se apuntara, 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* interpretándola a la luz de los principios emergentes de los diversos tribunales arbitrales, como una línea de doctrina imposible de desconocer⁵³.

Y este aspecto resulta insoslayable a tener en cuenta si lo que se pretende es la regulación de una figura que presenta las distintas variantes que presenta en la realidad. No es posible omitir la realidad para encorsetar –sin sentido sistémico ni científico alguno- un instituto que presenta tan variados perfiles.

En la actualidad, la posición asumida internacionalmente por la República Argentina no puede ser soslayada, pues cuando adhirió a la Convención de Nueva York⁵⁴, surge de su art. 1ro. que esa Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales. Y agrega el numeral 2 de ese primer artículo, que la expresión “sentencia arbitral” no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

A su vez en el numeral 2 del segundo artículo, la República Argentina reconoció que la expresión “acuerdo por escrito”, denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Pero además en el art. 4 de esa Convención se indican los elementos que se deben acreditar para obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, y en el artículo siguiente, las razones por las cuales se puede denegar ese reconocimiento y ejecución.

⁵² 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.

⁵³ 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 (Galgano, Francesco; “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 41).

⁵⁴ Por medio de la ley 23.619

Contrariamente a lo que contempla la regulación que se pretende para el arbitraje, se señalan como causales de esa denegatoria –entre otras- que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya podido ejercer su legítima defensa.

Agrega la propia Convención que el procedimiento desarrollado no haya sido el acordado entre las partes, y si no hubieran acordado nada al respecto que no se hubiera respetado el procedimiento conforme la ley del país en donde se haya desarrollado el arbitraje. Sin mayor esfuerzo interpretativo, cuando no existió un acuerdo entre las partes sobre el procedimiento a seguir, es sencillo colegir que eso tampoco es un contrato.

Tampoco se podrá obtener el reconocimiento ni la ejecución de una sentencia arbitral –aunque resulta obligatoria para las partes- si una autoridad competente hubiera dispuesto su anulación. También es sencillo colegir de todo ello que no se trata de un contrato.

Más contundente aún resulta el reconocimiento que ha hecho la República Argentina en el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y su extensión entre el Mercosur y las Repúblicas de Chile y Bolivia, pues allí se señala en su primer artículo que ese acuerdo tiene por objeto regular el arbitraje como “medio alternativo privado de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado”.

El énfasis del entrecomillado es al solo efecto de señalar que es transcripción fiel de ese precepto. Ello en razón de que en el art. 2 de ese Acuerdo sobre Arbitraje nuestro país ha sostenido que se entiende por “arbitraje”, el medio privado –institucional o ad hoc- para la solución de controversias.

Para evitar toda confusión ese Acuerdo en las definiciones que brinda su artículo segundo señala que “contrato base” es el acuerdo que origina las controversias sometidas a arbitraje y “convención arbitral” es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de relaciones contractuales. Y agrega a continuación que podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente⁵⁵.

⁵⁵ En esta línea es importante tener en cuenta la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal que ha resuelto que Existe cuestión federal suficiente, si se debate el alcance otorgado a dos leyes nacionales y se contraponen con lo normado en Instrumentos Internacionales, parte de los cuales poseen rango constitucional (Fallos 330:5294). Es que la Corte tiene interpretado que Lo atinente a la interpretación de tratados internacionales –Ley Suprema de la Nación (art. 31 de la Constitución Nacional)- suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de la habilitación de la vía del art. 14 de la ley 48. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-. (Fallos 330:2249; 330:1572, entre otros).

De ahí que no pueda reducirse la interpretación del arbitraje solo a la de un contrato. Nace convencionalmente solo cuando se trata de un arbitraje consensuado entre las partes, pero es innegable que también la ley lo consagra específicamente y lo impone a los eventuales contendientes en algunos supuestos, como se señaló.

Pero del mismo modo que nace convencionalmente se desarrolla jurisdiccionalmente porque consiste en un proceso. Por lo tanto, su desenvolvimiento no tiene otra característica más que una serie concatenada de actos –que pese a la férrea negación de aquellos que consideran a ultranza que se trata de un contrato- son procesales, porque se trabaja sobre hechos pasados y apuntan a la demostración de que la posición que se ha sustentado para asumir una controversia es la correcta y verdadera.

Para ello, no se puede pasar por alto que los caracteres que rodean esta relación jurídica llamada arbitraje excede el marco de un contrato, pues en relación con la capacidad de las partes, no puede obviarse la teoría de la legitimación que comprende no solo la legitimación sustancial sino además la procesal (*legitimatio ad processum*), cuando no la que se ha dado en llamar extraordinaria, cuando se alude a un proceso colectivo, aspecto que tampoco se contempla.

Por lo tanto, el contrato y el sistema de solución de conflictos llamado “arbitraje” se advierte que parten de plataformas fácticas diversas, más allá de que puedan nacer de una misma relación jurídica, su desenvolvimiento también es distinto, también lo son sus efectos como se ha visto y por ende el resultado esperado en ambos casos difiere.

Además al pronunciamiento del tribunal arbitral, es la ley la que le da la misma fuerza que una sentencia, pues para ello no alcanza solo la voluntad de las partes. No se puede negar que las partes disponen de sus derechos sometiéndose a la decisión de los árbitros, pero cuando el árbitro decide, sería una puerilidad pensar en la resolución de un contrato o en la consecución del objetivo común de un contrato, sino por el contrario la ley es la que le da la misma fuerza ejecutoria al laudo arbitral que la que tiene la sentencia pronunciada por la jurisdicción judicial.

La falta de cuidado en la utilización del lenguaje, cuando se alude al contrato de arbitraje y luego se hace referencia al proceso o a la jurisdicción arbitral, dan cuenta claramente que resulta por lo menos equívoca la incorporación del arbitraje a la plana de contratos que consagra el nuevo código unificado.

El acceso a la verdad en un proceso –sea arbitral o judicial- no es un objetivo final en sí mismo, ni una mera consecuencia colateral o efecto secundario, es solo una condición necesaria para una decisión apropiada, legítima y justa, dado que el proceso está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no se puede hacer a

un lado la verdad, como una condición de justicia⁵⁶, de ahí la índole jurisdiccional de la labor desarrollada por un tribunal arbitral.

Con lo cual, una mirada desde los principios lógicos más elementales –por tradicional o clásica- no permitiría inferir que se trate de una misma e idéntica cosa, ya que si el presupuesto esencial de todo conocimiento científico consiste en la verificabilidad de los presupuestos que se analizan, solo basta advertir de lo expuesto aspectos claramente disímiles que deben ser merituados, categorizados e interpretados de modo diverso al que en el proyecto en cuestión se lo ha hecho pues sus propias particularidades así lo imponen.

Y a la vez, para todo ello, cualquier propuesta para importar una reforma procedente de otra sociedad, debería requerir por lo menos un contraste cultural, que es evidente aquí se ha pasado por alto⁵⁷.

En este sentido señalaba 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. Para 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”⁵⁸.

El pretendido avance que propende el ejecutivo a través de esta especie de “transformación” del arbitraje, no es más que su desvirtuación, por su achatamiento a una significación inapropiada para contemplar las distintas variantes que ofrece, lo que demuestra la finalidad política perseguida, que disloca y lesiona una figura que bien utilizada, porque se la difunda desde los centros de enseñanza en los niveles que corresponde, llevaría a obtener los frutos que deberían perseguirse, esto es, que sirva como un sistema más para resolver conflictos, propendiendo así al afianzamiento de la justicia meta de nuestra Ley Fundamental.

⁵⁶ Taruffo, Michele; La Prueba, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 23.

⁵⁷ Véase Chase, Oscar G.; Derecho, cultura y ritual; Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 76; este profesor de la Universidad de Nueva York destaca en este aspecto que aquellos procesos que funcionan a satisfacción en un lugar pueden fracasar en otra sociedad cuando no concuerdan con los valores inherentes a la misma.

⁵⁸ Morello, Augusto M.; El Arbitraje – Sus desafíos; Ed. Lajouane, 2005, p. 206.