

EL ACCESO AL ARBITRAJE

Por Jorge A. Rojas

I.- INTRODUCCION

El desarrollo que ha tenido el arbitraje a nivel mundial, permite reconocer, sin ningún tipo de dudas, que se ha convertido en el mecanismo alternativo de solución de controversias más utilizado¹.

Sin embargo, existe un aspecto que, por lo menos en ámbitos en donde su desarrollo se podría considerar aún incipiente, resulta un freno para ello, que consiste en la forma a través de la cual las partes interesadas deciden establecer su compromiso a esos fines, con las proyecciones e implicancias que dicho pacto tiene.

En este sentido aparecen algunas confusiones porque existen superposiciones conceptuales, entre las voces compromiso, cláusula compromisoria, transacción, materia transigible, conceptos todos que si bien se vinculan, tienen connotaciones e implicancias diferentes, que nos llevan a distinguirlos para permitir así un adecuado acceso al proceso arbitral.

Sucede que el origen del arbitraje, si bien se remonta a las antiguas prácticas comerciales de la Edad Media, su fuerte influjo ha coadyuvado al desenvolvimiento de la *lex mercatoria*, y a partir de entonces la doctrina cuando comienza sus estudios lo considera un mecanismo de neto corte contractual, pues no existía ninguna duda sobre el origen del vínculo y la justicia generada a partir de aquél por los propios mercaderes.

Lo que se había obviado hasta entonces, era el sistema que se estaba desarrollando en forma paralela a la relación que originaba el arbitraje, y que era el que en definitiva estaba permitiendo superar las diferencias, o los conflictos, entre los comerciantes.

II.- EL PROCESO: ANTECEDENTES

¹ 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.

En el desarrollo del proceso judicial encontramos antiguas posturas doctrinarias, hoy ya casi olvidadas, que consideraban al proceso como un contrato, también como un cuasicontrato, hasta que irrumpió el avance de la corriente conocida como científicista del derecho procesal, que merced primero a la famosa polémica entre Winscheid y Müther de 1856, sobre la acción, y luego a la tesis desarrollada por Von Büllow en 1868, que interpretó al proceso como una nueva relación jurídica, permitió la autonomía de esta nueva rama del conocimiento constituida denominada derecho procesal, que diferencia ahora entre una relación sustancial y la nueva de carácter procesal, llevada a cabo ante un tercero imparcial, con reglas propias que la regulan y distinta a la anterior que es la que le da origen.

Estos dos aspectos de la relación habida entre las partes –con motivo del conflicto que se suscita entre ellas- es decir, el origen contractual del vínculo, y el sistema que ellas se dan a sí mismas para superar las controversias, es necesario diferenciarlos para interpretar y por ende desarrollar adecuadamente un proceso arbitral.

El primero se vincula con el origen contractual del arbitraje, pues es innegable, aún hoy en día, como sucedía en la antigüedad, que las partes pueden preordenar el sistema por medio del cual van a resolver las eventuales diferencias que surjan con motivo del vínculo que establecen; o bien, que decidan crear ese mecanismo una vez suscitado el conflicto.

Lo que debe quedar en claro, es que a esos fines, siempre la vía es convencional. Pero ello, a su vez no debe confundirse con el segundo aspecto, es decir el mecanismo que se implementa, toda vez que no se trata de un vínculo contractual el que se establece entre las partes y el tribunal arbitral, sino por el contrario, de aquél vínculo surge una función netamente jurisdiccional, que las partes le atribuyen a los árbitros que al efecto designan.

Porqué motivos conviene diferenciar estos aspectos. Es muy sencillo, pues la relación habida entre las partes, se debe ajustar a nuevas reglas, puestas por ellas mismas, en forma directa, o indirecta, a través de la delegación que hacen al efecto al tribunal arbitral, que le brindan precisamente –entre otras cosas- la independencia que ese órgano jurisdiccional requiere para desarrollar su cometido.

Allí radica uno de los pilares que hacen a la correcta viabilidad y desarrollo del proceso arbitral, por las confusiones en que muchas veces las partes incurren cuando deciden someter sus diferencias a un

tribunal privado, por lo cual uno de los aspectos centrales que debe despejarse es el concepto y alcance que tiene el compromiso que se lleva a cabo a esos fines.

III.- COMPROMISO Y CLAUSULA COMPROMISORIA

En principio, existen dos caminos o sendas a través de los cuáles se desemboca en un proceso arbitral, el compromiso y la cláusula compromisoria, aunque lo cierto es que no tienen el mismo alcance, ni menos aún idénticas proyecciones, a pesar de coincidir ambos en la apertura de la senda que va a conducir a la obtención de un laudo arbitral.

La distinción no conviene circunscribirla a cada uno de los conceptos en particular, sino apreciarla a la luz de algunas modalidades que tiene el proceso arbitral.

Ello se debe a que es posible que se intente un arbitraje ad hoc, esto es a partir de la conformación de un tribunal escogido directamente por las partes, quienes además de elegir a los árbitros, pueden haber pactado una elección indirecta –como sucede en muchos casos- a través del diferimiento de la elección del tercer árbitro por ejemplo, por cada uno de los que hayan elegido las partes.

Esta distinción cabe hacerla con relación al arbitraje de carácter institucional, en donde el tribunal ya está conformado por árbitros permanentes, que cuentan con un reglamento al cual ajustan sus procedimientos, extremo que no se da en el arbitraje ad hoc.

Por lo tanto, la característica que tiene el compromiso, en caso que el arbitraje sea ad hoc, es que una de las partes, por propia decisión, o bien por una disposición legal, habiéndose suscitado un determinado conflicto, persiga su solución por esa vía, motivo por el cual requiere que se lleve a cabo “el compromiso”, obligación de hacer que permite la conformación del Tribunal, por una parte y la delimitación de su campo de actuación por otra, a través del establecimiento de las cuestiones que se someterán a su decisión².

² En esa línea se expide Palacio, Lino E.; Derecho Procesal Civil, Ed. Lexis Nexis- Abeledo-Perrot; 2da. Ed., 2003, T. IX, p. 48; quien aclara además que el compromiso puede ser consecuencia no sólo de una cláusula compromisoria, o de una convención, sino de una prescripción legal que impone su otorgamiento.

Ello importa, no sólo transigir sobre un aspecto del conflicto, sino que el compromiso tiene un alcance más amplio, esto es la renuncia a la jurisdicción oficial, para someterse a una absolutamente privada, en tanto la materia objeto del conflicto sea susceptible de transacción³.

Las características más salientes de este compromiso, luego de la fundamental que importa la renuncia, es que como se advierte, surge con posterioridad al conflicto, y además las partes coadyuvan a estructurarlo en dos líneas.

La primera referente a la integración del Tribunal. La segunda con respecto al alcance que tendrá su tarea. Esto no es más que delimitar el contenido del laudo, pues importa señalar los puntos controvertidos que se van a abordar en aquél, al margen de todos aquellos aspectos que hagan al desarrollo del proceso en sí mismo.

Como se anticipó, esta convención se formaliza cuando el conflicto ya se suscitó, y las partes, o bien no tienen previsiones específicas respecto al trámite arbitral al cual quieren someterse, o bien si las tienen, ellas requieren de una integración, con tareas como las descriptas.

En otra línea, la cláusula compromisoria, que es la vía que hace suponer (todavía) un contenido contractual del arbitraje, por las previsiones que hacen las partes al contratar, podría hacer presumir que los caminos se unen pues existiría superposición entre el contenido del compromiso y el de la cláusula compromisoria.

Sin embargo ello no es así, y es más, la mayoría de las veces, los conflictos suscitados en materia de arbitraje, se originan en la defectuosa redacción dada a la cláusula compromisoria, la que goza de suficiente autonomía al efecto⁴, cometiéndose así infinidad de irregularidades en desmedro de un sistema, que por ser alternativo al judicial, pues puede suplirlo sin inconvenientes, con una mayor

³ Algunos autores lo llaman el efecto negativo del arbitraje, que importa la sustracción de las partes a la competencia de los tribunales oficiales (Lluís Caballol Angelats; El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, España, p. 37).

⁴ A tal punto se la considera autónoma a la cláusula compromisoria dentro de un contrato, que se interpreta que constituye un contrato dentro de otro, de tal suerte que la nulidad de éste, puede no traer aparejada la nulidad de la cláusula compromisoria (Calvo Caravaca y De la Gandara, op. cit., p. 93).

economía de costos y trabajo, se lo desnaturaliza afectándolo indebidamente con “judicializaciones”⁵ que no deben ser tales.

La elaboración de la cláusula compromisoria es clave para ello. Su deficiente regulación importará seguramente un demérito que pesará injustamente sobre el proceso arbitral.

Es necesario tener en cuenta en primer lugar, si los derechos que están involucrados en una determinada contratación, son disponibles, y por ende, ser objeto de transacción. Si así fuera, y las partes están contestes en someter sus eventuales diferencias a un arbitraje, convendrá que tengan en cuenta, quién será el Tribunal al que someterán la decisión del eventual conflicto que se suscite.

Aquí es donde conviene despejar el panorama para evitar conflictos adicionales a los que se planteen, toda vez que la opción conviene hacerla entre un Tribunal institucional, con árbitros permanentes y un reglamento que se puede conocer de antemano, o bien un tribunal conformado especialmente al efecto (ad hoc).

Si se diera esta última variante, la clave pasa por prever las conductas que deberán observar las partes para llevar a cabo ese arbitraje, los mecanismos sustitutos en caso de reticencias u omisiones, y además cómo se va a delimitar la materia que someterá a la decisión de los árbitros.

IV.- CONCLUSIONES

Estas cuestiones de carácter práctico, a tener en cuenta para la elaboración de la cláusula compromisoria, deberán completarse con el tipo de arbitraje que pretendan desarrollar las partes, su procedimiento, sistema probatorio, sistema cautelar, vías de impugnación, entre otros caracteres.

El arbitraje entonces podrá ser de derecho o de amigables componedores. Por cierto que existen diferencias entre ambos, pero lo esencial radica en la forma en que construirán su laudo los árbitros.

En el arbitraje de derecho los árbitros actúan al igual que los jueces, aplicando lisa y llanamente las normas del plexo jurídico positivo; mientras que en el arbitraje en el que actúan como “amicabilis compositor” (amigables componedores), su laudo podrá ser construido sobre pautas de equidad, lo que

⁵ Con ello significamos la intervención de la jurisdicción judicial en forma incorrecta, toda vez que por vía de cláusula compromisoria o de compromiso, el efecto negativo que importa el arbitraje consiste en la sustracción de las partes de la

no significa que sea dejando de lado el derecho positivo, sino adoptando la norma que resulte más equitativa para resolver la cuestión que se le somete, o bien morigerando la aplicación de la que corresponda⁶.

Lo cierto es que en ningún caso, pese a la existencia de frases que marcan una impronta que se considera muy particular en este arbitraje, como “ex aquo et bono” (conforme a equidad), o bien “a su leal saber y entender”, esto en ningún caso significa en contra del derecho, aspecto que conviene despejar por las dudas que todavía hoy en día se suscitan.

El origen contractual que tiene el arbitraje, se ve reflejado en la consagración de la cláusula compromisoria, sus proyecciones se reflejarán en el desarrollo que tendrá el proceso arbitral, por lo cual en su génesis debe ubicarse su correcto desarrollo, el cual le dará así contenido jurisdiccional a la actuación del Tribunal, pues no será otra que la creación de una norma individual, a través de un laudo al cual la ley lo ha equiparado al rango de la sentencia judicial.

órbita judicial del Estado.

⁶ Barrios de Angelis, señala en este sentido, como una de las acepciones válidas de la voz equidad la que significa: “dulcificación de la ley” (Barrios de Angelis, Dante; El juicio arbitral, Ed. Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 1956, R.O.U., p. 45).