

UNA PUESTA AL DÍA EN LA LEGISLACIÓN SOBRE ARBITRAJE EN LA ARGENTINA *

MÓNICA VIVIANA TEPFER

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo contemporáneo somos testigos y partícipes de una gran intensificación comercial tanto en el ámbito nacional como internacional que ha llevado a los países a perseguir nuevas formas de cooperación, integrándose a través de acuerdos internacionales y conformando nuevos espacios económicos que permitieron la industrialización de las zonas, la liberación comercial y la organización de mercados con amplios poderes de consumo ¹.

El incremento de las relaciones internacionales trajo aparejado un aumento de litigiosidad ².

La existencia del conflicto es natural a la esencia de toda sociedad e inevitable desde que éste supone afirmaciones contradictorias respecto de bienes limitados. El objetivo perseguido para alcanzar un mayor grado de orden social no es la eliminación total del conflicto, sino la búsqueda de formas de controlarlo para lograr un grado razonable de equilibrio en las relaciones entre los miembros de una comunidad ³.

La administración de justicia aparece así como una herramienta necesaria para dirimir los conflictos dentro de una sociedad y permitir la convivencia de sus miembros. No obstante, a mediados del siglo pasado una nueva realidad política económica ha interrumpido generando nuevas necesidades sociales que no encuentran respuestas satisfactorias en la ya clásica administración de justicia.

¹ DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, Quórum, Buenos Aires, 2005, p. 162.

² FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 12.

³ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje, Ad-Hoc*, Buenos Aires, p. 21.

* El presente trabajo ha obtenido el primer premio en el V Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” de Derecho Empresarial, organizado por *Lecciones y Ensayos*. La autora se ha hecho acreedora de 100 (cien) horas en cursos a su elección del Departamento de Posgrado de nuestra casa, libros del fondo editorial del Departamento de Publicaciones y la publicación de estas páginas.

En los tiempos modernos, el problema de mantener la paz social se agrava: la creciente concentración de población en grandes ciudades, el incesante avance en la tecnología, un profundo incremento en las relaciones comerciales internacionales y la generación de nuevas necesidades sociales han provocado un aumento de conflictividad que ha desbordado las estructuras que el Estado provee para dirimirlos.

Como reacción natural, los países han comenzado a admitir y hasta fomentar la utilización de medios alternativos de solución de conflictos como herramienta que permite descomprimir la congestión en el sistema judicial y a su vez asegurar a los ciudadanos el acceso a una justicia eficiente administrada por las mismas partes dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponibles ⁴.

II. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los métodos alternativos de solución de controversias tienen su fundamento en la autonomía de la voluntad, teoría jurídica que encuentra su origen en la Revolución Francesa y cuya expansión en el siglo XX determina que la doctrina moderna lo caracterizara como un principio general de la ciencia jurídica que se expresa en los diversos sectores del derecho privado ⁵. Así como se reconoce a un particular que en el marco de su libertad y autonomía de la voluntad renuncie a un derecho propio, más aún podrá éste someter sus derechos a quien le merezca mayor confianza. Admitir y desarrollar métodos alternativos de solución de controversias no es más que reconocer en los hechos la equiparación que tiene la autonomía de la voluntad de los particulares sobre sus derechos disponibles con la propia ley ⁶.

Los métodos alternativos de solución de disputas, también conocidos como ADR (siglas de su designación en inglés) son métodos más flexibles, rápidos y por lo general menos costosos, y están basados en el acuerdo entre las partes para resolver sus diferendos fuera de los tribunales ⁷. Esta posibilidad de elección implica que los particulares, en uso de las facultades conferidas por la ley, pueden sustraer sus litigios del Poder Judicial y resolverlos a través de los siguientes métodos ⁸: Mediación, Minitral, *Dispute Review Board* y, por último, el arbitraje, el cual será objeto de desarrollo con mayor extensión a lo largo del siguiente ensayo.

⁴ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 25.

⁵ DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, cit., p. 162.

⁶ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 24.

⁷ MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, Astrea, Buenos Aires, p. 333.

⁸ DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, cit., p. 162.

La mediación es un sistema de negociación asistida mediante el cual las partes que mantienen un diferendo recurren a un tercero neutral, quien actúa como conductor de la comunicación y los invita a una conciliación o transacción. La labor del mediador puede fracasar; en tal caso, las partes tienen expedita la vía judicial o arbitral para resolver el diferendo. En nuestro país existen dos sistemas de mediación, la voluntaria y la obligatoria, que se encuentra regulada en la ley 24.573 como paso previo a iniciar un juicio y en los supuestos expresamente establecidos por ella ⁹.

El minitral es un procedimiento contractual de origen estadounidense mediante el cual se lleva a cabo un proceso abreviado de mérito sobre las pruebas en que se fundan las pretensiones de las partes. Este sistema es dirigido por lo general por un juez retirado o un panel de expertos que emiten su opiniones en cuanto a quien le asiste la razón, y su fuerza dimana de la autoridad intelectual del panel o el juez que revisa el caso ¹⁰.

Por su parte, en el llamado *Dispute Review Board* (DRB), las partes designan un panel de expertos *ad hoc* que se ocupan desde el inicio de supervisar tanto el proyecto como la negociación de las disputas que vayan surgiendo, con el fin de evitar la instancia posterior de conciliación o arbitraje. Por lo general, componen el panel *ad hoc* tres personal expertas en la materia objeto de la controversia y se involucran en el proyecto desde el inicio, lo que presenta la ventaja de inmediatez en la solución de conflictos, pero le agrega a su vez un factor de costo que sólo algunos proyectos pueden solventar.

Por ejemplo: las diferencias que surgieron durante la construcción del túnel que une a Francia con Inglaterra se realizaron a través de un DRB. Además, actualmente el Banco Mundial lo ha incorporado a su documentación al momento de tratar proyectos de gran infraestructura ¹¹.

III. EL ARBITRAJE. CONCEPTO

El arbitraje es, en una primera aproximación, un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a los particulares sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales ¹². Es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales ¹³.

⁹ MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, cit., p. 333.

¹⁰ DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, cit., p. 164.

¹¹ MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, cit., p. 335 y DABAH, Alejandro D., *El contrato internacional en el Mercosur*, cit., p. 164.

¹² FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El arbitraje*, cit., p. 12.

¹³ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 47.

En la doctrina nacional y extranjera se pueden encontrar diferentes definiciones de arbitraje.

Alvarado Velloso lo define como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y, en última instancia, acatar su decisión.

En un fallo se lo ha definido como "...un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tienen la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Poder Judicial, por un procedimiento en el que prevalece la libertad de las formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula compromisoria..."¹⁴.

Por su parte, la *American Arbitration Association* lo define como la remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria¹⁵.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Con el objetivo de establecer la naturaleza jurídica del arbitraje se han alzado diferentes voces que, a modo de síntesis, pueden ser agrupadas en tres teorías. Por un lado, los que sostienen la naturaleza contractual del arbitraje ponen el acento en el carácter privado del instituto, tanto con relación a su origen como a la calidad de los árbitros. Esta tesis encuentra su principal argumento en la autonomía de la voluntad de las partes; por eso es que la relación entre éstas y el árbitro es eminentemente contractual. Su actividad se fundamenta en que siendo las cuestiones que se someten a arbitraje originadas en derechos disponibles por las partes, el Estado no puede privarlos de la facultad de escoger el mejor método para resolverlas. Pero a su vez niegan que los árbitros ejerzan una función jurisdiccional, porque atento a su falta de *imperium*, la efectividad de sus decisiones arbitrales proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla, y no tiene, por ello, las características propias de una sentencia¹⁶.

Por último, señalan que el laudo arbitral obliga a las partes en la misma forma que lo haría un contrato, gozando de la protección jurídica inherente a este último, razón por la cual se ha llegado a sostener que el árbitro es un agente de las partes y a asimilar su actuación a la de un mandatario.

Por otro lado, se encuentran los seguidores de la tesis procesal, quienes sostienen que los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, la cual no sólo es atribuida por un acuerdo entre las partes, sino que es el propio Estado

¹⁴ C. Nac. Civ., sala G, 14/8/1990, LL 1990-E-148 y ED 141-121.

¹⁵ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 49.

¹⁶ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 95.

que a través de su ordenamiento jurídico reconoce a los árbitros su potestad jurisdiccional. De ello resulta que el arbitraje es un verdadero juicio y que el laudo tiene autoridad de cosa juzgada.

Por último, con la intención de armonizar ambas concepciones se han lanzado voces que reconocen en el arbitraje una fuente inmediata, el acuerdo de voluntad de las partes (teoría contractual), y que a su vez los inviste con una función jurisdiccional. Caivano sostiene que estamos frente a una jurisdicción instituida por un negocio particular ¹⁷.

Pero a la vez que se acepta la función jurisdiccional de los árbitros, se reconoce que ésta se encuentra limitada al sostener que los árbitros carecen de lo que se denomina *imperium*, concepto que resume la potestad de *coertio* (facultad de imponer forzosamente el cumplimiento de medidas ordenadas dentro del proceso) y la *executio* (facultad de compeler para el cumplimiento efectivo de los laudos arbitrales).

A modo de anticipo de lo que serán mis conclusiones finales, sostengo en concordancia con lo afirmado por Augusto Mario Morello, que los árbitros en lo suyo son jueces plenos.

V. CLASIFICACIÓN

Una primera clasificación la encontramos establecida en los diversos códigos procesales en nuestro país, los cuales distinguen entre *arbitro iuris* o amigables componedores.

El *arbitro iuris* actúa con sujeción a formas legales y decidirá las cuestiones litigiosas conforme lo manda el derecho positivo. En cambio, los amigables componedores, también conocidos como árbitros de equidad, fallan según su leal saber y entender.

Tanto el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como el Código Procesal de la provincia de Buenos Aires ¹⁸ establecieron el principio de que si nada se hubiera estipulado al pactar el arbitraje, éste se entiende que es de amigables componedores.

La segunda clasificación resulta de distinguir según el arbitraje sea forzoso o voluntario.

En el primero de los casos, es el propio legislador quien dispone quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndola a los árbitros con carácter excluyente ¹⁹. Ejemplos presentes en nuestro ordenamiento jurídico son las situaciones enmarcadas en los art. 1627, CCiv., y art. 491, CCom., entre otros.

¹⁷ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 97.

¹⁸ Arts. 766, párr. 2º, CPCCN, y 804, CPCCBA.

¹⁹ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 83.

El arbitraje voluntario o convencional tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes eligen la vía arbitral para la solución de sus conflictos. El límite a la autonomía de la voluntad lo señala nuestro ordenamiento jurídico al establecer que no podrán someterse a decisión arbitral las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

El arbitraje se puede clasificar a su vez en nacional o internacional, según si los elementos que lo componen tienen relación con un solo Estado o lo vinculan con más de uno.

Si bien no existe unanimidad acerca de cuáles son los puntos de conexión que permitirían identificar cuándo se está en presencia de un arbitraje internacional, algunas convenciones que regulan la materia delimitan su ámbito de aplicación según el lugar donde se haya dictado el laudo arbitral, domicilio o nacionalidad de las partes, entre otros.

Esta clasificación resulta obsoleta para aquellos ordenamientos jurídicos que mantienen una única legislación tanto para arbitrajes nacionales como internacionales. Tanto Canadá como la provincia de Québec han seguido la recomendación de la CNUDMI al aprobar la Ley Modelo ²⁰ e incorporarla tanto para arbitrajes internacionales como domésticos.

Por último, el arbitraje puede clasificarse en arbitraje *ad hoc* o institucional.

El arbitraje *ad hoc*, también conocido como arbitraje personal, es aquel en que la elección del árbitro se centra en sus características personales. No existe ninguna institución que administre el sistema, ni está sometido a ningún procedimiento predeterminado; por eso es aconsejable que en caso de pactar un árbitro *ad hoc*, el acuerdo arbitral se encuentre lo más minuciosamente detallado posible.

El arbitraje *ad hoc* corre con las ventajas de ser menos oneroso y otorga a las partes mayor flexibilidad y libertad al momento de designar al árbitro y su procedimiento a seguir. Cuando la cláusula arbitral se encuentra minuciosamente detallada, además otorga la ventaja de constituirse en un traje a medida para las partes, quienes pueden armar un procedimiento pensado específicamente para ese litigio, utilizando los mecanismos más idóneos que se adapten a las particularidades del caso.

Por otro lado, al no contar con una institución que administre el sistema ni con una infraestructura que garantice el cumplimiento del procedimiento arbitral, se requerirá de una constante cooperación entre las partes o, de lo contrario, perderá sus bondades, debiendo en su caso recurrirse a la instancia judicial.

En el arbitraje institucionalizado, a diferencia de lo que sucede en el *ad hoc*, existe una entidad especializada que administra y organiza el procedi-

²⁰ La sigla CNUDMI significa Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional. El 21/7/1985 adoptó la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional. En lo sucesivo, cuando se haga alusión a ella se abreviará como la Ley Modelo.

miento, y presta a su vez una variedad de servicios útiles para lograr una mayor eficacia ²¹.

Las entidades dedicadas al arbitraje aportan su organización, la infraestructura, los profesionales y normas de procedimiento ²².

Las ventajas que presenta esta institución son varias pero pueden resumirse en los siguientes postulados:

— El centro de arbitraje cuenta con profesionales especializados, con experiencia y prestigio.

— El centro de arbitraje, a su vez, cumple con la prestación de una serie de servicios tales como: recibir la demanda, notificar, seleccionar a los árbitros, correr traslados, desarrollar políticas de seguimiento del procedimiento. Todas ellas hacen a la seguridad y garantizan la marcha del proceso arbitral.

Por otro lado, corren con la desventaja de ser utilizadas muchas veces como cláusulas predisuestas generando riesgos al consumidor que ignorase su alcance.

Ejemplo de esto último encontramos en la Ley de Defensa del Consumir, 182 de Nicaragua que, en su art. 101, inc. e), enuncia entre las cláusulas que no son válidas, la imposición de cláusulas de arbitraje. Por su parte, Paraguay también en su respectiva ley 1334 de Defensa del Consumidor y del Usuario estableció en su art. 28 que resultan abusivas y nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan la utilización obligatoria del arbitraje.

Si bien en nuestra Ley de Defensa del Consumidor no está expresamente prohibido la estipulación de una cláusula arbitral en los contratos de adhesión con relación a los consumidores (art. 37, ley 24.240); nada obsta a que puedan ser atacadas como cláusulas abusivas, en el caso de que restrinjan el derecho constitucional de defensa del consumidor (arts. 18, 42 y 43, CN) ²³.

En el plano internacional, entre los principales centros de arbitraje se encuentra la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, conocida por las siglas CCI. También podemos mencionar la American Arbitration Association y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

En el plano nacional encontramos varias instituciones privadas, tales como la Cámara de Comercio, la Bolsa de Comercio, la Bolsa de Cereales, el Colegio de Escribanos, que administran sistemas arbitrales. Cada una de estas instituciones cuenta con un Centro de Arbitraje que posee un reglamento que regula su procedimiento y asegura su funcionamiento.

²¹ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 68.

²² FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara - LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El arbitraje*, cit., p. 15.

²³ NAHID CUOMO, María de los Á. - RODRÍGUEZ GIAVARINI, María de las M., “La prórroga de jurisdicción en árbitros en contratos internacionales: el supuesto de los contratos de adhesión”, ED 206-1007.

VI. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL ARBITRAJE EN LA ARGENTINA

El sistema legal a través del cual se regula el arbitraje en la Argentina parte de la noción de considerarlo un “procedimiento especial” y por ello se lo legisla en cada uno de los códigos procesales locales. Recordemos que la Argentina es un país federal, en el que coexisten jurisdicciones federales y provinciales. Según manda nuestra Constitución Nacional, tanto el gobierno nacional como provincial tienen la potestad de legislar en materia procesal dentro de sus propias jurisdicciones; en consecuencia, tanto el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como las legislaciones provinciales contienen normas sobre arbitraje y reconocimiento y ejecuciones de sentencias extranjeras.

En el ámbito internacional existen numerosas convenciones que regulan específicamente la materia arbitraje y otras que regulan el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros. La Argentina forma parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias e Inversiones (CIADI), por ley 24.353. También ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) de 1975 por ley 24.322.

En el marco del Mercosur existen varios instrumentos elaborados que se refieren a la solución de controversias. A saber: el protocolo de Basilea para la solución de controversias, firmado el 17/12/1991 y su reglamento aprobado el 10/12/1998. También encontramos el Anexo sobre procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, del protocolo de Ouro Preto, del 17/12/1994. Lo particular de estas convenciones es que regulan las controversias entre Estados parte ²⁴.

En 1998, el Mercosur aprueba el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, suscripto en Buenos Aires, el 25/7/1998, y sucesivamente se firma el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile. Ambos acuerdos se refieren exclusivamente al arbitraje entre particulares y fueron aprobados por la Argentina por la ley 25.223 y ratificados el 30/3/2000.

Además, existen otras dos convenciones que, si bien no tratan directamente el arbitraje, otorgan validez y reconocimiento a los laudos arbitrales extranjeros, como el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, suscripto en Buenos Aires el 5/8/1994, y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscripta en Nueva York el 10/6/1958 y que fue aprobada por la Argentina mediante la ley 23.619.

Desde fines de la Primera Guerra Mundial, el arbitraje se ha convertido en el instrumento principal en las relaciones económicas internacionales, al ser considerado como un método de solución de controversias caracterizado por la

²⁴ NOODT TAQUELA, María B., *Arbitraje en el Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 21.

ausencia de rigorismos procesales, celeridad en los resultados e idoneidad en quienes tiene la misión de decidir, se ha constituido por excelencia²⁵ en el método de solución de controversias en el ámbito internacional.

Actualmente, la legislación procesal específica en materia de arbitraje en la Argentina no es de las más adecuadas, no incorpora las más modernas reglas recibidas en materia de arbitraje comercial internacional consagradas en el derecho comparado, como por ejemplo: el principio de competencia de la competencia, la autonomía del acuerdo arbitral, potestades explícitas de disponer medidas cautelares y no contiene previsiones sobre arbitraje comercial internacional.

En 1985, la Comisión de la Naciones Unidas sobre el Derecho Internacional Mercantil aprobó una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional que se convirtió en uno de los instrumentos más desarrollados e influyentes en la historia reciente del arbitraje comercial internacional.

La Ley Modelo presenta numerosas ventajas porque ha sido elaborada en el seno de las Naciones Unidas por especialistas que representan los principales sistemas jurídicos.

El objetivo de la CNUDMI no fue alcanzar uniformidad absoluta en las legislaciones en materia de arbitraje comercial internacional; su propósito más bien es asegurar que ciertos principios específicos que facilitan el funcionamiento eficaz del arbitraje sean claramente aceptados en todo el mundo sobre la base de ciertas ideas compartidas.

Debido a su influjo numerosos países reformaron sus legislaciones en materia de arbitraje; algunas de ellas adoptando en su totalidad las disposiciones de la Ley Modelo; otras en cambio incorporaron tan sólo algunas de sus soluciones concretas. Entre ellas podemos nombrar, la reforma de la ley española y el estado de California (EE.UU.) que adoptó la Ley Modelo con mínimos cambios.

En América latina encontramos que han modificado su legislación en función de los principios establecidos por la Ley Modelo: Brasil, Paraguay, Venezuela, México, Guatemala y Costa Rica.

Si bien es cierto que nuestro país no se sustrajo a esta tendencia reformista y como consecuencia de ello han aflorado varios proyectos de ley, todos ellos hasta el presente han perdido estado parlamentario. Pero por su importancia como antecedentes para lograr un cambio en la política legislativa en materia de arbitraje, a continuación enunciaré algunas de sus principales características.

El primer proyecto de ley fue remitido por primera vez al Congreso Nacional en 1991 para su aprobación, éste restringía su ámbito de aplicación a los arbitrajes internacionales y conflictos cuyo juzgamiento correspondería a los jueces nacionales en caso de ausencia de una cláusula arbitral.

²⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, "Los beneficios del arbitraje comercial internacional", LL 1998-F-1019.

El segundo proyecto se presentó a debate en 1998, y pretendía sustituir las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por último, un tercer proyecto de ley se presentó a debate el 30/1/2002, el cual recepta hasta tal punto las disposiciones de la Ley Modelo que mantiene la misma numeración de artículos. Este último proyecto mereció media sanción de los senadores al 28/11/2000, mas no fue tratado por la Cámara de Diputados, con lo cual al igual que sus antecesores ha perdido estado parlamentario. Su ámbito de aplicación es más amplio que los anteriores proyectos, comprende: a) arbitrajes internacionales que tengan su sede en territorio de la República Argentina, b) arbitrajes de controversias cuya resolución, en ausencia de acuerdo arbitral, correspondería a la justicia nacional con competencia federal, reconocimiento y ejecución en la República Argentina de laudos dictados en territorio extranjero, y c) arbitrajes cuya sede se encuentre en la Ciudad de Buenos Aires.

En virtud de la existencia de abundante literatura acerca de la Ley Modelo, no se analizarán a continuación todas sus disposiciones, sino aquellas soluciones que resulten convenientes para ser receptadas por nuestro ordenamiento jurídico a fin de adecuar la legislación argentina a los estándares mínimos, ya altamente reconocidos por el derecho comparado.

Si bien comparto la opinión de Grigera Naón en cuanto a que "...la adopción por la Argentina de la Ley Modelo o de sus principales soluciones tendrá el doble efecto de hacer más atrayente para partes extranjeras la realización de arbitrajes en Argentina y disminuir obstáculos o desconfianzas que dificulten el reconocimiento y ejecución en el exterior de acuerdos arbitrales localizados en el territorio argentino"²⁶. Considero, no obstante, hacer algunas salvedades respecto de ciertos temas que en principio se encontrarían, en mi opinión, mejor regulados por nuestro Código Procesal u obtuvieron mejor recepción en el último proyecto de ley.

En primer lugar, cabría interrogarse sobre la posibilidad de adoptar la Ley Modelo para arbitrajes internacionales tanto a nivel federal como provincial²⁷. Teniendo en cuenta que el arbitraje comercial internacional compromete cuestiones referentes a políticas exteriores y a las relaciones internacionales de la Argentina en materia de cooperación económica internacional, se llega a la conclusión de que estamos frente a potestades que según nuestra Constitución Nacional quedan comprendidas entre las facultades explícitas del Congreso Nacional²⁸, con lo cual el gobierno federal puede incorporar la Ley Modelo en todo el país a través de una ley nacional uniforme excluyente de toda legisla-

²⁶ GRIGERA NAÓN, Horacio, "La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y el derecho argentino", LL 989-A-1021.

²⁷ GRIGERA NAÓN, Horacio, "La Ley Modelo...", cit., p. 1021.

²⁸ Art. 75, inc. 8° e inc. 13, CN.

ción provincial en la materia, siempre y cuando nos estemos refiriendo al arbitraje internacional, no así para regular el arbitraje nacional, donde, en principio, serían competentes las legislaturas provinciales.

La segunda problemática que se infiere directamente de lo anterior plantea el interrogante de la conveniencia o no de adoptar una única Ley de Arbitraje aplicable a nivel nacional como internacional.

Las Naciones Unidas, al momento de aprobar la Ley Modelo, recomendaron a los países que la aplicaran tanto para arbitrajes internacionales como domésticos, y así encontramos países como Canadá y el Estado de Québec que la aplican indistintamente. Pero reconocida doctrina se mantiene renuente a esta recomendación y así hayamos autores como Caivano que sostienen la conveniencia de regular de manera diferenciada el arbitraje interno del internacional atento a que cada uno de ellos regularían situaciones de hecho y de derecho diferentes ²⁹.

Asimismo, Piaggi sostiene: "...La carencia de normas diferenciadas para el arbitraje internacional frena el desarrollo del arbitraje, porque si bien en el arbitraje doméstico y en el internacional los objetivos son los mismos, las necesidades, la estructura y la organización de los juicios arbitrales son muy diferentes. Esto se debe, esencialmente, a la complejidad de las operaciones comerciales internacionales y a la indeterminación de la nacionalidad, localización, costumbres y sistemas jurídicos de las partes que eventualmente pueden intervenir en un juicio arbitral internacional".

Tal como se indicó anteriormente, es posible incorporar en forma genérica la Ley Modelo o sólo incorporar algunas disposiciones, porque podría ocurrir que determinados aspectos del arbitraje se encuentren mejor regulados en nuestro sistema. Un ejemplo de esto último resultaría de aplicar la Ley Modelo sólo a arbitrajes calificados como "comerciales" ³⁰. Nuestro actual derecho procesal no limita la materia arbitral a cuestiones consideradas comerciales, sino que establece un principio más amplio al disponer que podrá comprometerse en árbitro toda cuestión que pueda ser objeto de transacción ³¹.

El proyecto aclara mejor la cuestión al disponer qué se entiende por materia objeto de transacción y así, en su art. 9º, dispone: "1. Podrá someterse a arbitraje toda cuestión relativa a derechos disponibles, sean contractuales, comerciales o litigiosas, o no lo sean, y sean existentes o futuras". En el párr. 2º especifica cuáles son las controversias que quedarían incluidas ³².

²⁹ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 321.

³⁰ Art. 1º, Ley Modelo.

³¹ Art. 737, CPCCN.

³² Art. 9º, Proyecto de Ley de Arbitraje presentado el 30/1/2002 en el párr. 2º dispone: 2. Se consideran incluidas:

a) las controversias entre sociedades, asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas y sus miembros, socios o asociados, y las de éstos entre sí relativas a sus acuerdos particulares, al cumplimiento de los estatutos o contratos sociales, nulidad de sus acuerdos, resoluciones o asambleas, o re-

A pesar de que la Ley de Ratificación de la Convención de Nueva York de 1958 ha realizado la reserva de aplicación de dicha convención a cuestiones estrictamente comerciales y aun cuando en el marco del Mercosur los acuerdos celebrados ³³ también tuvieren un ámbito de aplicación restringido a contratos comerciales internacionales ³⁴, considero más conveniente mantener la disposición de nuestra actual legislación al considerar que existen cuestiones de naturaleza patrimonial, sean comerciales o no, que pueden ser solucionadas a través del arbitraje ³⁵.

En tercer lugar, debería receptarse en nuestro ordenamiento jurídico los principios de autonomía de la cláusula arbitral y el principio conocido en el derecho comparado como “Kompetenz-Kompetenz”.

Según el art. 16, Ley Modelo, el acuerdo arbitral es autónomo del contrato o relación jurídica en el cual se encuentra incorporado; de esta manera, la eficacia del arbitraje no se vería afectada por aquellas causales en virtud de las cuales puede controvertirse la validez del contrato. Este principio supera la concepción clásica de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Siguiendo la misma postura, el proyecto, en su art. 7º, establecía que el acuerdo arbitral es independiente del contrato en el que está inserto y subsiste a la nulidad o extinción por cualquier motivo de ese contrato.

Actualmente, el ordenamiento legal argentino no contiene una norma expresa que acepte la autonomía del acuerdo arbitral y, asimismo, la jurisprudencia en nuestro país no ha mantenido una posición unánime ni uniforme en la materia ³⁶; no obstante lo cual la práctica obligó a que las instituciones dedicadas al arbitraje recepten este principio en sus reglamentos.

El principio de autonomía de la cláusula arbitral ha sido recogido de manera expresa en varias legislaciones, entre ellas la actual ley brasilera que siguiendo los lineamientos fijados por la Uncitral ³⁷ dispone: “La cláusula arbitral es autónoma en relación con el contrato en que estuviera inserta, de tal

lacionadas con las actividades, fines u objetos sociales. Se exceptúan las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones. El acuerdo arbitral podrá estar contenido en los estatutos o en el contrato social;

b) las controversias entre herederos, sucesores o legatarios, cuando el causante haya dispuesto el arbitraje por cláusula testamentaria.

³³ Cuando hago referencia a los acuerdos en el marco del Mercosur, me refiero a los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur, y el acuerdo de arbitraje comercial internacional entre el Mercosur y la República de Paraguay y Bolivia.

³⁴ Art. 1º de ambos acuerdos.

³⁵ NOODT TAQUELA, María B., “¿Como regular el arbitraje entre particulares en el Mercosur?”, *Revista de Derecho del Mercosur*, año 2, nro. 3, junio 1998, ps. 198/204.

³⁶ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 162.

³⁷ FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara, “La nueva ley brasilera tomando como punto de referencia las disposiciones de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional”.

suerte que la nulidad de éste no implicara necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria”³⁸.

Este planteo trae aparejada otra cuestión conexas y me refiero a otro de los principios receptados por el derecho comparado conocido como “competencia de la competencia”. Éste se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ha sido cuestionada.

Conforme a la Ley Modelo, los árbitros deciden acerca de su propia jurisdicción no sólo cuando la validez o existencia del contrato donde está incorporada la cláusula arbitral ha sido cuestionada, sino además cuando la validez o existencia de la misma cláusula arbitral es atacada o la arbitralidad del litigio es cuestionada. Aunque en la Argentina existen decisiones judiciales que favorecen la “competencia de la competencia”³⁹, la cuestión no está totalmente definida aún. Nuestra legislación procesal mantiene la distinción entre compromiso arbitral y cláusula arbitral, con lo cual exige la suscripción de ambos documentos para iniciar el procedimiento arbitral. El requisito de suscribir el compromiso arbitral importa un límite al principio de competencia de la competencia, ya que si alguna de las partes se niega a suscribirlo, deberá recurrirse a la instancia judicial y en este caso el proceso arbitral ni siquiera tiene proceso de iniciación.

Por ello considero que resulta conveniente seguir la orientación de las modernas legislaciones que dejan de lado la distinción entre cláusula compromisoria y acuerdo arbitral, limitándose a indicar solamente aquellos aspectos esenciales sobre los cuales deberá recaer el acuerdo arbitral⁴⁰.

El compromiso arbitral, como exigencia adicional y posterior a la cláusula compromisoria, ha sido erradicada en los acuerdos del Mercosur, así como también ya había sido eliminada al ratificarse la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá. Además, la Ley de Brasil 9307 y la Ley de Bolivia dejaron de lado el compromiso arbitral⁴¹.

Los Acuerdos del Mercosur se refieren únicamente al acuerdo arbitral al que denominaron “convención arbitral” y lo definieron como “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.

³⁸ Art. 8º, ley 9307 (nueva ley de Brasil sobre arbitraje).

³⁹ La C. Com. Capital Federal, 29/10/1926, “Romero v. Romero y Cía.”, JA XXII-1926-1177, sentenció “...no es a la autoridad judicial a la que corresponde apreciar si las cuestiones que motivan la incidencia deben excluirse del compromiso, porque una decisión sobre el punto importaba invadir la competencia arbitral que en su plenitud comprende la facultad de conocer por sí misma sobre su propia jurisdicción”. GRIGERA NAÓN, Horacio, “La Ley Modelo...”, cit., p. 1021.

⁴⁰ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 57.

⁴¹ NOODT TAQUELA, María B., *Arbitraje en el Mercosur*, cit., p. 65.

Podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente”⁴².

Cabe recordar que el proyecto disponía al igual que lo establece la Ley Modelo la exigencia de celebrar un único acuerdo arbitral, eliminando de esta manera el doble juego de acuerdos.

Otra de las disposiciones que me parece conveniente introducir en nuestro ordenamiento jurídico es la posibilidad de celebrar el acuerdo arbitral por intercambio de télex o telefaxes o como sostiene el art. 7º, Proyecto por Intercambio de Correo Electrónicos, atento a que sería una solución compatible con la prevista en la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías de 1980.

Y por último, no puede dejar de contemplarse el reconocimiento y facultad de los árbitros para disponer medidas cautelares.

Sobre la base de una errónea interpretación de la falta de *imperium* de los árbitros, se llegó a la conclusión de que los árbitros no pueden dictar medidas cautelares. Y como apoyo legal se invocó el art. 753, CPCCN, que establece “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

Si bien como en el inicio de la investigación señalamos que los árbitros carecen de *imperium*, gozan del *iudicium* al igual que los jueces, o sea, la jurisdicción suficiente para sustanciar y decidir la causas litigiosas⁴³. Como establece el principio general de quien puede lo más puede lo menos, adhiero a quienes sostienen⁴⁴ que si los árbitros son competentes para resolver sobre el fondo de la cuestión, más aun podrán hacerlo respecto de la adopción de una medida cautelar.

Los arts. 753, CPCCN, y 791, CPCCBA, no pueden producir el efecto de vedar a los árbitros la posibilidad de decretar medidas cautelares, teniendo en cuenta que éstas no son medidas compulsorias, ya que antes de su ejecución requieren de un proceso intelectual de decisión en nada compulsorio⁴⁵; sin perjuicio de que en ciertos casos sea necesaria la intervención judicial a los fines de ejecución de la medida cautelar. Por ejemplo, si la medida cautelar se decreta en contra de una de las partes del proceso arbitral, en principio no habría inconveniente en que sea el propio árbitro el que notifique de ésta a las partes (teniendo en cuenta que no siempre es necesaria la compulsión); no obstante, habría que plantear el interrogante de si en caso de incumplimiento, se podría aplicar la sanción del art. 239, CPen., atento a que la orden no emana de un funcionario público.

⁴² Art. 2º, inc. e), Acuerdos del Mercosur.

⁴³ MARCHESINI GUALTERIO, Martín, “Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial”, ponencia presentada en el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, 1º, 11 y 12/5/2006.

⁴⁴ Son partidarios de la postura que acepta la potestad de los árbitros de decretar medidas cautelares autores como Morello, Caivano, Arazi y Rojas, entre otros.

⁴⁵ MARCHESINI GUALTERIO, Martín, “Las medidas cautelares...”, cit.

En cambio, cuando la medida cautelar va dirigida contra un tercero ajeno en principio al proceso arbitral, caben dos posibilidades atentas a que en este caso la medida afectaría aun tercero que es ajeno a la jurisdicción arbitral. Por un lado, puede ser posible el cumplimiento en forma espontánea, pero frente a su negativa deberá solicitarse la ejecución forzada mediante una orden judicial ⁴⁶.

La Ley Modelo autoriza en su art. 17 al tribunal arbitral a decretar medida conservatorias y en su art. 9º permite que las partes requieran las medidas cautelares directamente al juez, aunque exista un acuerdo arbitral, sin que ello implique renuncia a la jurisdicción arbitral. En nuestro derecho también existe esa posibilidad ⁴⁷, atento a la excepción que habilita el párr. 2º del art. 196, CPCCN. Además, reciente jurisprudencia ha establecido que el pedido de una medida cautelar en sede judicial no significa desconocer la cláusula compromisoria pactada respecto de la competencia del Tribunal Arbitral elegido, dejando sentado que la demanda por el fondo de la cuestión debe ser ventilada ante el mismo tribunal arbitral ⁴⁸.

También los Acuerdos del Mercosur establecen la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser decretadas por los árbitros o por los tribunales judiciales ⁴⁹.

Finalmente, destacamos que no existen diferencias en cuanto a los recaudos de las medidas cautelares (dictadas *inaudita et altera par*, verosimilitud en el derecho, peligro en la demora, contracautela), se trate de un proceso arbitral o de un proceso judicial.

VII. CONCLUSIÓN

Entre los distintos sistemas de solución de controversias, el arbitraje configura un sistema que ofrece muchas ventajas; sus características intrínsecas (celeridad, menor costos, confidencialidad, neutralidad, flexibilidad) y sus ventajas comparativas frente a la jurisdicción estatal hacen al arbitraje un sistema que puede brindar una solución más eficiente.

En suma, para que el arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, cumpla eficazmente su función, deberá desterrarse el mito de que la jurisdicción es potestad monopólica del Estado. Si se comprende al arbitraje como una herramienta que asume una función social en la comunidad, no sólo se estaría dando a los justiciables métodos eficaces de solución sino también se aliviaría la sobrecarga del Poder Judicial, con lo que éste podría a la vez mejorar su prestación. Es por ello que cuando sostengo la necesidad de estimular el desarrollo de nuevos métodos de

⁴⁶ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 242.

⁴⁷ MARCHESINI GUALTERIO, Martín, “Las medidas cautelares...”, cit.

⁴⁸ C. Nac. Com., sala B, 16/12/2005, “Dong Won SA v. Compañía petrolera Petroleoum SA s/medidas precautorias”, causa 72.932/04.

⁴⁹ Art. 19, 1ª parte, Acuerdos del Mercosur.

solución de controversias, no pretendo reemplazar la actividad de los jueces ni menoscabar su labor; muy por el contrario, es preciso que exista una armónica coexistencia entre ambos sistemas para garantizar el efectivo acceso a los litigantes a fórmulas que le permitan resolver pacíficamente sus conflictos.

Por último, es bien conocido que el sistema estatal de administración de justicia en la Argentina está atravesando una de sus peores crisis, está “colapsado”, saturado de expedientes, con ritualismos procesales que originan desgastes en los abogados, funcionarios y partes, es lento y caro; y como consecuencia de ello, el Poder Judicial está perdiendo prestigio ante la comunidad. Si bien el derecho es la herramienta necesaria para mantener el equilibrio y el orden social, éste debe garantizar para ello estructuras eficaces que satisfagan los requerimientos de los particulares con respuestas rápidas y justas, pues de lo contrario y como afirma Roque Caivano: “Una función tardía del conflicto equivaldría a una denegatoria de justicia...”.

Para ello, considero de vital importancia que se revaloricen la utilización sin trabas de otras formas de solución de conflictos, para no dejar al ciudadano en una situación de indefensión. En este sentido, el arbitraje resulta ser la fórmula por excelencia, a través de la cual se asegura a los ciudadanos el acceso a una justicia eficiente, administrada por las mismas partes dentro de su esfera de libertad ⁵⁰.

Por ello, comparto las opiniones de quienes sostienen la necesidad de una puesta al día de la legislación procesal sobre arbitraje, a fin de garantizar a los operadores comerciales normas modernas y apropiadas que remuevan los obstáculos que generalmente conlleva el arbitraje y generen un marco idóneo para un funcionamiento eficaz ⁵¹.

Resulta ya una necesidad imperiosa establecer un marco legal idóneo sobre arbitraje en nuestro país. Cuando ya son altamente conocidos los beneficios que causaron las modificaciones legales en los demás países en materia de arbitraje, no se comprende por qué el nuestro se mantiene renuente. Me parece imposible consolidar una herramienta tan eficaz para la solución de conflictos y mantenimiento del orden social sin una adecuada legislación que le permita cumplir sus efectos propios.

⁵⁰ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, cit., p. 23.

⁵¹ CAIVANO, Roque J., *El arbitraje: nociones introductorias*.