

**EL CONTRATO DE ARBITRAJE:
ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS DESTACABLES DE LA REGULACIÓN DEL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Por Graciela Ritto

Fecha de recepción: 22 de enero de 2018

Fecha de aprobación: 27 de abril de 2018

Resumen

El Código Civil y Comercial de la Nación define al arbitraje como un contrato mediante el cual las partes someten las controversias que pudieran surgir o las ya surgidas de una relación jurídica existente entre ellas de derecho privado, no comprometidas por el orden público, a la decisión de uno o más árbitros.

Es decir que el contrato de arbitraje es aquel en que las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia.

La CSJN ha sostenido desde hace tiempo que la fuente de poder de los árbitros es el contrato por el cual las partes someten un conflicto existente o futuro a la decisión de aquéllos. (Fallos: 257:105, Fallos 250: 61).

El arbitraje tiene una extensa historia en el ámbito mercantil y en el internacional y es uno de los métodos alternativos más eficaces de resolución de conflictos.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación de los aspectos fundamentales de la base contractual del arbitraje que constituyen el bloque de juridicidad mínima para las legislaciones locales.

Abstract

The Civil and Commercial Code of the Nation defines arbitration as a contract through which the parties submit any disputes that may arise or those already arising from an existing legal relationship between private law, not committed by public order, to the decision of one or more arbitrators.

That is to say that the arbitration contract is one in which the parties are obliged to submit a dispute to arbitration.

The CSJN has long maintained that the source of power of the arbitrators is the contract by which the parties submit an existing or future dispute to the decision of the former. (Failures: 257: 105, Faults 250: 61).

Arbitration has an extensive history in the commercial and international arena and is one of the most effective alternative methods of conflict resolution.

The purpose of this paper is to analyze the regulation of the fundamental aspects of the contractual basis of arbitration that constitute the minimum legal block for local legislations.

Resumo

O Código Civil e Comercial da Nação define a arbitragem como um contrato através do qual as partes submetem as controvérsias que possam surgir ou as que já derivam de uma relação jurídica existente entre direito privado, não cometido por ordem pública, à decisão de um ou mais árbitros.

Ou seja, o contrato de arbitragem é aquele em que as partes são obrigadas a submeter uma disputa à arbitragem.

A CSJN há muito sustentou que a fonte de poder dos árbitros é o contrato pelo qual as partes submetem uma disputa existente ou futura à decisão do primeiro. (Falhas: 257: 105, Falhas 250: 61).

A arbitragem tem uma extensa história na arena comercial e internacional e é um dos métodos alternativos mais eficazes de resolução de conflitos. O objetivo deste trabalho é analisar a regulamentação dos aspectos fundamentais da base contratual da arbitragem que constituem o bloqueio jurídico mínimo para as legislações locais.

Palabras clave

Contrato de arbitraje, Autonomía, Clases de arbitraje, Laudo arbitral.

Keywords

Arbitration contract, Autonomy, Arbitration classes, Arbitration award.

Palavras chave

Contrato de arbitragem, Autonomia, Aulas de arbitragem, Prêmio arbitral.

1. El contrato de arbitraje

a) Concepto

Las normas relativas al arbitraje en la Argentina han estado históricamente contenidas en los códigos de procedimiento civil. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dedica el Libro VI al proceso arbitral (Título I: Juicio arbitral

para el arbitraje de derecho y Título II: Juicio de amigables compondores para el arbitraje de equidad). Esto obedeció a que se consideraba que se trataba de una cuestión procesal no delegada al Congreso de la Nación.

En primer lugar, la Constitución Nacional dispone en el segundo párrafo del artículo 14 bis que “queda garantizado a los gremios: recurrir a la conciliación y al arbitraje...”.

Asimismo la Argentina suscribió tratados internacionales que reconocen al arbitraje internacional como un instituto válido y eficaz para dar solución a divergencias que se pudieran suscitar. Entre ellos se encuentran: la Convención de Nueva York (Ley 23.619), la Convención de Panamá (Ley 24322), Tratados de Derecho Procesal de Montevideo (1889 y 1940), Convención de Montevideo de 1979, Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa (Ley 24.578) y varios tratados de Protección Recíproca de Inversiones.

En la Exposición de Motivos (p. 212), se señala que fueron antecedentes del capítulo de arbitraje, el Código Civil de Québec, la Ley Modelo CNUDMI (UNCITRAL) y la regulación francesa de enero del 2011, aunque aclaran que los principios que recogen son prácticamente universales.

El nuevo Código aprobado por la ley 26.994 destina un conjunto normativo específico, el capítulo 29 dentro de los Contratos en particular (arts. 1649 a 1665) para regular el Contrato de Arbitraje, limitándose a los aspectos fundamentales que deben ser respetados por las legislaciones locales y ello así porque el derecho de fondo es nacional.

La inclusión del Capítulo 29 del CCCN entre los contratos típicos o nominados es particular, ya que, generalmente, los países con idiosincracia jurídica análoga a la nuestra reglamentan esta institución a través de una ley especial.

Es esencial destacar la naturaleza mixta contractual y jurisdiccional del arbitraje y su relevancia en el mundo globalizado y en las contrataciones internacionales.

En este sentido cumple un rol paradigmático la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (la Convención de Nueva York).

Siguiendo esta línea de ideas, resaltamos que todos los contratos de préstamo con organismos multilaterales de crédito (Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) que suscribe nuestro país, establecen el Arbitraje como método de solución pacífica de controversias para los conflictos que surgieran en el marco de las contrataciones administrativas con financiamiento externo. Y consecuentemente los Documentos de Licitación incluyen a la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés (*United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*), como marco legal para la solución de controversias en el contexto de las contrataciones con financiamiento externo.

Y también es muy importante su desarrollo en el ámbito del derecho privado, pese a que el Código de Vélez no lo incluía como contrato, a través de la actividad de Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC) y los tribunales de arbitraje de asociaciones de profesionales, tales como el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, entre otros.

El CCyCN regula el contrato de arbitraje diciendo:

Art. 1649.- Definición. 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, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

El art. 1649 tiene su fuente en el art. 7.1 de la Ley Modelo UNCITRAL, en la cual se prevé que el contrato de arbitraje es el acuerdo en virtud del cual las partes se obligan a someter determinadas controversias a arbitraje

El citado artículo de la Ley Modelo UNCITRAL agrega que el contrato de arbitraje puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente.

Detalla Parodi (2015), que en el primer caso —cláusula compromisoria— el acuerdo de arbitraje se incluye dentro del contrato base o principal como mecanismo de resolución de controversias, asumiendo entonces la forma de una cláusula contractual.

Y en el segundo supuesto, esto es, cuando el conflicto ya existe, el acuerdo arbitral asume la forma de un instrumento separado llamado compromiso arbitral, el cual puede o no tener su origen en una cláusula arbitral ya existente.

Cabe señalar que la doctrina arbitral hace tiempo ha dejado de lado esta distinción para considerar y llamar a ambos bajo la misma denominación, esto es acuerdos arbitrales.

Es importante puntualizar que el acuerdo de voluntades por el cual una controversia actual o futura se sujeta a la decisión de árbitros, es un contrato y esta ha sido la jurisprudencia de la CSJN.

La CSJN reconoció el origen convencional del arbitraje (CSJN, 11/11/1997, Fallos: 320 :2379 y CSJN, 31/5/1999, Fallos: 322:1100).

Coincidimos con Parodi (2015) en que el arbitraje implica un triple vínculo contractual: El contrato de arbitraje celebrado entre las partes, el contrato entre las

partes y los árbitros, que se concreta cuando estos últimos aceptan la designación, el contrato entre las partes y la institución administradora del arbitraje, aunque sólo nos referiremos al primero que es el que regula el CCyC.

Advierte Aguilar (s.f.) que este rostro bifronte del arbitraje –de un lado, acuerdo entre privados; del otro, jurisdicción para establecer los derechos de las partes en conflicto que las leyes de ordinario confían a los jueces estatales– resulta desconcertante para ciertos juristas acostumbrados a los silogismos de la lógica formal y a distinguir, en forma tajante y absoluta, el ordenamiento jurídico vigente en las esferas de lo público y de lo privado, como si fueran ámbitos estancos. De allí los esfuerzos de benevolentes comentaristas para introducir el arbitraje en el estrecho molde de los contratos, o el de sus contrincantes, que pretenden adjudicarle al arbitraje un rol de función jurisdiccional que consideran propio de la administración pública. (<http://www.revista-notariado.org.ar>).

Pero tal como explica Parodi (2015), el primer paso para despejar algunas dudas y corregir ciertos errores propios de una visión parcial, exclusivamente procesalista, es resaltar el origen claramente contractual del arbitraje. Dentro del ámbito comercial -y especialmente internacional- si no hay un acuerdo de voluntades, no hay arbitraje (sólo excepcionalmente el arbitraje doméstico podría tener su origen en una disposición legal,) siendo casos puntuales y de escaso significado económico comparativo.

Deseamos enfatizar que las modernas tendencias basadas en una extensa cultura arbitral sostienen en forma prácticamente unánime que la naturaleza del arbitraje es mixta, contractual y jurisdiccional, ya que supone un acuerdo de voluntades entre las partes de una controversia en virtud del cual le encomiendan a un tercero la misión jurisdiccional de resolverla.

El Código Civil y Comercial de la Nación no regula el arbitraje público y tampoco se ocupa del arbitraje de inversión del CIADI. Además, son excluidos el arbitraje laboral y el arbitraje de consumo, porque tienen legislación específica

propia.

b) Forma

El CCyC prescribe la forma del acuerdo arbitral de manera amplia y coincidente con las fuentes en las que está basada la regulación.

El art.1650 dispone que:

El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento.

La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Las fuentes del artículo son la Ley Modelo UNCITRAL 1985- 2006, art. 7, el Código Civil de Quebec, arts. 2638 y 2640, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (la Convención de Nueva York), art. II que se refieren al requerimiento de la forma escrita.

Es importante puntualizar que el CPCCN prescribe que el compromiso arbitral deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado o por acta ante el juez de la causa, por lo que pensamos que la simplificación de las formas que introduce el CCCN es de relevancia.

FORMA DEL COMPROMISO en el CPCCN: “Art. 739. - El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento”.

c) Las cuestiones excluidas

Tal como señala Lorenzetti (2015), el artículo 1651, prohíbe una serie de materias que no pueden ser objeto del contrato de arbitraje, por tratarse de cuestiones de orden público que exceden los derechos de contenido patrimonial, disponibles por las partes.

Dispone el art. 1651:

Controversias excluidas. Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

- a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- b) las cuestiones de familia;
- c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;
- e) las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

Es lógico que los derechos personalísimos estén excluidos y en el mismo sentido las cuestiones de familia aunque es oportuno recordar que el Anteproyecto preveía la exclusión sólo de las cuestiones de familia no patrimoniales y que fue la Comisión Bicameral Permanente la que modificó la redacción original.

En lo relativo a las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores debemos realizar algunas consideraciones:

La ley 24.240 que es de orden público regla el arbitraje en el art. 59:

Art. 59.- Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables compondores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las

competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias.

Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.

Consideramos que en este supuesto debemos recurrir a la prelación normativa que establece el art. 963 del CCyC:

Art. 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

- normas indisponibles de la ley especial y de este Código
- normas particulares del contrato
- normas supletorias de la ley especial
- normas supletorias de este Código.

En este caso, la prelación normativa es la que prevé el 963. inc a), es decir el art. 59 de la ley especial que es de orden público, en concordancia con la interpretación más favorable al consumidor del art. 1094 del CCyC.

Pero nos parece una exclusión como mínimo contradictoria frente a los principios tuitivos que rigen en materia de consumo.

Tal como explica Lorenzetti (2015) la exclusión de los contratos de adhesión encuentra su fundamento en la ausencia de libertad de negociación y la de las cuestiones laborales en que el trabajador tiene un fuero especial que le otorga el art. 24 bis de la CN. Asimismo señala que con respecto al Estado debiera ser el derecho administrativo el que regule esta alternativa de resolución de conflictos.

En lo que al Estado se refiere, es menester resaltar que los Contratos de Préstamo con organismos multilaterales de préstamo que son Tratados de Derecho

Internacional Público, de conformidad con los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, incluyen una cláusula compromisoria para la solución de toda controversia que se derive del contrato.

Y las Políticas del BID y las Regulaciones de Adquisiciones para Prestatarios en Proyectos de Inversión del BIRF incluyen el arbitraje como método alternativo de resolución de controversias. Va de suyo, entonces que el Estado participa en arbitraje en contrataciones administrativas con financiamiento externo.

No podemos ignorar además que el CPCCN también trata la materia y sólo excluye de la arbitrabilidad a aquellas cuestiones que no sean susceptibles de transacción.

CPCCN: Cuestiones excluidas. “Art. 737.- No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”.

Clases de arbitraje:

Art. 1652.- Clases de arbitraje. Pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho.

Explica Parodi (2015) que este artículo conserva la distinción tradicional entre arbitrajes de derecho y de equidad. En la primera de estas categorías, los árbitros deben decidir la controversia aplicando el derecho, conforme a la ley que resulte aplicable. En la segunda, esto es el llamado arbitraje de amigables componedores o arbitradores, los árbitros deben resolver en equidad, según su leal saber y entender

Además la norma sigue la tendencia internacional ya que si nada se estipula el arbitraje debe entenderse de derecho.

En este sentido, el Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR dispone: “Por disposición de las partes, el arbitraje podrá ser de derecho o de equidad. En ausencia de disposición será de derecho” (art. 9).

Asimismo Lorenzetti (2016) señala que aunque la norma no lo alude expresamente, el modo de elección de los árbitros nos ubica frente a dos categorías perfectamente diferenciadas: libre o *ad hoc*, en donde las partes designan a la persona del árbitro e institucional, reglada en el 1657.

2. Aspectos destacables de la regulación

a) El principio de la autonomía del acuerdo arbitral:

Este principio se aplicaba en materia arbitral pero no tenía regulación legal en el derecho argentino y lo consagra expresamente el artículo 1653.

Art. 1653.- Autonomía. El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.

Se establece así que el contrato de arbitraje es autónomo del contrato con el que se vincula y consecuentemente la nulidad de este último no afecta la competencia de los árbitros para dirimir las cuestiones que se susciten.

La fuente del artículo es el Arbitraje Internacional del Mercosur, art. 7º Autonomía de la convención arbitral y el art. 16 de la Ley UNCITRAL.

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur textualmente establece en el artículo precitado que: La convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral.

Y asimismo el artículo 8º dispone que: Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal Arbitral, de oficio o a solicitud de las partes.

La autonomía también está establecida en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Es oportuno mencionar que lo habitual es que las partes incluyan la llamada cláusula compromisoria o pacto arbitral para resolver sus conflictos pero como bien expresa Lorenzetti el contrato de arbitraje no es una cláusula más dentro del otro contrato. La cláusula compromisoria está destinada a atribuir jurisdicción. (Lorenzetti, 2016)

La autonomía del acuerdo arbitral había sido consagrada por nuestra jurisprudencia.

La cláusula arbitral puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia (CNACom., sala E, 26/9/1988, AP nro. 1103/17750 y AP nro. 1103/006669).

b) El principio de competencia de la competencia.

Parodi (2015) expone que el art. 1654 contiene lo que doctrinaria y universalmente ha sido conocido como el principio Kompetenz-Kompetenz, esto es, competencia de la competencia, conforme al cual será el mismo tribunal arbitral el que juzgue sobre su propia competencia y la validez de la jurisdicción arbitral elegida.

Art. 1654.- Competencia. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Es el principio de competencia de la competencia por el cual el tribunal arbitral tiene facultad para decidir sobre su propia competencia, inclusive cuando se planteen excepciones referidas a la validez del convenio arbitral o cualquier otra que impida analizar el fondo de la controversia. Cabe destacar que dicha decisión puede estar sujeta a posterior revisión judicial.

Este principio también ha sido reconocido expresamente en el Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR, el cual -bajo el título Competencia para conocer sobre la existencia y validez de la convención arbitral- prevé: Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de partes (art. 8).

Asimismo la Ley UNCITRAL en su artículo 16 también recepta este principio al disponer: Facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su competencia: 1) El Tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

Consideramos como bien desarrolla Lorenzetti (2016) que la relevancia jurídica que tiene la voluntad de las partes en la admisión del sistema arbitral, como alternativa para la resolución de conflictos, le otorga a este tipo de contrato su propia fuerza vinculante.

En definitiva, el poder de los árbitros para administrar justicia tiene su fuente en la ley que les otorga potestad para resolver los conflictos que pudieran surgir e inclusive los relativos a su propia competencia para intervenir.

c) La potestad de dictar medidas cautelares

Art. 1655.- Dictado de medidas previas. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias

respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.

La norma establece la facultad de los árbitros de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que consideren necesarias referidas al objeto del litigio, salvo disposición en contrario. La ejecución de dichas medidas se hace por el juez y también se prevé que las partes soliciten dichas medidas al magistrado judicial. Además dichas medidas son recurribles si vulneran derechos constitucionales o son arbitrarias.

Es importante recordar que tal como dice Rodríguez Juárez (1998) las medidas cautelares han sido conceptualizadas como las resoluciones judiciales que tienen como fin garantizar el resultado del proceso o anticipar la probable resolución que pueda dictarse al resolverse la cuestión principal.

Esta norma denota la diferencia esencial entre el árbitro y el juez, dado que el primero carece de ejecutivo.

Comenta Caputo (2015) que la norma es precisa al destacar las dos etapas involucradas: el árbitro puede dictar la medida cautelar y puede exigir que se preste la cautela que estime procedente, sin embargo la medida debe ser ejecutada por la justicia.

Es preciso recordar que el art. 753 del CPCCN se refiere con carácter prohibitivo a las medidas compulsorias y de ejecución.

Medidas de ejecución: “Art. 753. 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.”

Finalmente coincidimos con Parodi (2015) que manifiesta que en este punto el nuevo código recepta la posición correcta reconocida en numerosos instrumentos internacionales. En efecto, la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser dictadas indistintamente por los tribunales judiciales o arbitrales, sin menoscabo alguno en la competencia de los árbitros acordada en el contrato arbitral, constituye una regla ampliamente aceptada en la comunidad arbitral internacional.

Sin embargo, no podemos desconocer que el último párrafo del artículo al habilitar la impugnación judicial de las medidas cautelares cuando violen derechos constitucionales o sean arbitrarias vulnera el principio de autonomía del procedimiento arbitral.

d) La fuerza vinculante del laudo arbitral

Art. 1656.- Efectos. Revisión de los laudos arbitrales. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

El artículo reconoce la fuerza vinculante del laudo arbitral que se basa en el acuerdo de las partes y que en el arbitraje de derecho deberá respetar el ordenamiento jurídico y en el de amigables componedores el principio de la equidad.

Esa obligación tenía su fuente en nuestro derecho en el art. II.3 de la Convención de Nueva York, que prescribe:

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (art. II.3).

Tal como explica Parodi (2015) la intervención judicial tiene carácter excepcional y está limitada a los supuestos de asistencia y apoyo del arbitraje y al control judicial del laudo que se dicte en consecuencia.

El segundo párrafo del art. 1656 del nuevo código prevé una como norma interpretativa del contrato arbitral, la regla *favor arbitri*

Explica Rivera (2012) que con ello se deja claramente atrás la interpretación restrictiva del contrato de arbitraje, invocada reiteradamente en el pasado por cierta corriente jurisprudencial y fuertemente criticada por la doctrina.

El último párrafo del art. 1656 del nuevo Código trata lo atinente a la revisión judicial de los laudos arbitrales, cuestión que no se encontraba regulada en el Anteproyecto por tratarse de una materia claramente atinente a las legislaciones de forma.

Pensamos como dice Parodi (2015) que dicha incorporación es altamente reprochable, ya que implícitamente desconoce los convenios internacionales ratificados por Argentina, y da por tierra con una de las principales ventajas que ofrece el arbitraje.

Y nos formulamos una pregunta retórica preguntándonos si es viable que el laudo arbitral sea contrario al ordenamiento jurídico, ya que en ese caso estaríamos ante un laudo nulo en los términos del 761 del CPCCN.

e) El arbitraje institucional

Art. 1657.- Arbitraje institucional. Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

Las fuentes del artículo son el Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR, arts. 11 y 12 y la Ley Modelo UNCITRAL 1985- 2006, art. 2.d. y 2.e.

Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje a un tribunal o de una institución arbitral, nacional (como el CEMA, el Tribunal Permanente de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o Rosario) o internacional (como el de la Cámara de Comercio Internacional o de la *London Court of International Arbitration*, o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en el caso de las contrataciones con financiamiento externo de las que el Estado argentino es parte.

La intervención de estas instituciones se efectúa conforme a sus propias normas, es decir, Reglamentos de Arbitraje y pueden designar a los árbitros de su propio listado de expertos y por ello el carácter institucional de la función.

Explica Parodi (2015) que los arbitrajes institucionales se oponen a los ad hoc, en los cuales el proceso no está supervisado por ninguna entidad y las partes eligen las normas procesales, ya sea adoptando las de determinados reglamentos (v.gr. UNCITRAL) o elaborándolas directamente.

Esta clase de arbitrajes tienen la desventaja de que, en caso de producirse situaciones procesales no regladas y falta de acuerdo entre las partes, generalmente se recurrirá a los tribunales judiciales para definir dichas diferencias.

3. Los aspectos operativos

a) Cláusulas facultativas:

Art. 1658.- Cláusulas facultativas. Se puede convenir:

- a) la sede del arbitraje;
- b) el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento;
- c) el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado;
- d) el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede;
- e) la confidencialidad del arbitraje;
- f) el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.

En lo relativo al contrato de arbitraje regulado en el nuevo código, hemos analizado ya que su art. 1649 hace referencia a los elementos esenciales (alcance o ámbito de aplicación) mientras que la norma objeto del presente comentario contiene las llamadas cláusulas “facultativas”.

Cabe destacar que la mayoría de estos elementos (sede, idioma, procedimiento, plazo para laudar, confidencialidad y distribución de costos) se encuentran ya determinados o resultan determinables mediante el propio reglamento arbitral elegido (especialmente si se trata de un arbitraje institucional).

Y como enfatiza Parodi (2015), su elección por las partes está íntimamente ligado a la fuente contractual del arbitraje por lo que perfectamente constituye materia propia del Código Civil sin afectar las facultades reservadas de las Provincias.

b) Designación de los árbitros

Art. 1659.- Designación de los árbitros. El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

A falta de tal acuerdo:

- a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial ;
- b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Cuando la controversia implica más de dos partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros.

Se impone nuevamente la autonomía de la voluntad, tanto en lo referido al número de árbitros como en lo concerniente a la forma de designación en este art. 1659 del nuevo código, el cual resultará aplicable en todos aquellos casos en que las partes no hayan acordado (directa o indirectamente a través de la elección de un reglamento arbitral) pautas diferentes.

Como dice Parodi (2015) lo usual ante temas complejos o que envuelven grandes sumas en disputa, es un tribunal de tres árbitros cuyo presidente o tercer árbitro es generalmente designado por la institución arbitral elegida (salvo que se pacte otro mecanismo, tal como la elección de común acuerdo por parte de los otros dos árbitros— solución recogida en el presente artículo— o se trate de un arbitraje *ad hoc* que prevea una regla distinta.

En caso de que dichas cuestiones no hayan sido pactadas por las partes -en forma expresa en el contrato de arbitraje o implícita mediante la elección de un reglamento arbitral que lo prevea-, la normativa prevista en el nuevo código lo regula adecuadamente.

c) Calidades de los árbitros

“Art. 1660.- Calidades de los árbitros. Puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil. Las partes pueden estipular que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia”.

Las Fuentes de este artículo son el Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR, art. 16.1 y la Ley Modelo UNCITRAL, art. 16.1.

El Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR recepta la regla general afirmando:

"Podrá ser árbitro cualquier persona legalmente capaz y que goce de la confianza de las partes" (art. 16.1).

Sostiene Parodi (2015) que contraria a esta posición, alguna doctrina minoritaria postuló la inclusión de una exigencia específica profesional, requiriendo que los árbitros debían ser abogados. Ello, si bien podría tener algún fundamento en ciertos arbitrajes de derecho, olvida completamente dos situaciones: (i) los arbitrajes de equidad ante tribunales arbitrales propios de determinada profesión o actividad (tales como el tribunal arbitral del Consejo Profesional de Ciencias Económicas o de la Cámara de Cereales, etc.), en cuyo caso la inclusión de semejante exigencia supondría un golpe mortal a la continuidad de dichos tribunales; y (ii) ciertos arbitrajes que requieren un alto nivel de especialización técnica en determinadas materias específicas.

Esta previsión encuentra su fuente en la Ley Modelo UNCITRAL 1985- 2006 que -bajo el acápite “Nombramiento de los árbitros”- específicamente dispone:

"Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro"(art. 11.1).

“Art. 1661.- Nulidad. Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros”.

El fundamento de esta norma es que el arbitraje goce de neutralidad ya que cualquier privilegio en la designación alteraría el equilibrio y vulneraría la imparcialidad requerida.

Asimismo, y como otra manifestación de este principio, el Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR específicamente dispone:

En el arbitraje *ad hoc* con más de un árbitro, el tribunal no podrá estar compuesto únicamente por los árbitros de la nacionalidad de una de las partes, salvo acuerdo expreso de éstas, en el que se manifiesten las razones de dicha selección, que podrán constar en la convención arbitral o en otro documento (art. 16.4. in fine).

d) Obligaciones de los árbitros

Art. 1662.- Obligaciones de los árbitros. El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a:

- a) revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;
- b) permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia;
- c) respetar la confidencialidad del procedimiento;
- d) disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;
- e) participar personalmente de las audiencias;
- f) deliberar con los demás árbitros;
- g) dictar el laudo motivado y en el plazo establecido.

En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

Las Fuentes de este artículo son: la Ley Modelo UNCITRAL 1985- 2006, art. 12.1., 12.2., 18., el Reglamento CCI 2012, art. 11.1., 11.2, 11.3., 14.1., 22.4. y el Acuerdo sobre Arbitraje del Mercosur, art. 16.3.

En lo relativo a las obligaciones, el presente artículo contiene una enumeración no taxativa que, desde una perspectiva conceptual, se asimila a lo contemplado en el Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR:

"En el desempeño de su función, el árbitro podrá proceder con probidad, imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción" (art. 16.3).

Pero también esta enumeración del artículo 1662 es más completa dado que agrega garantías procesales.

En síntesis, los árbitros deberán cumplimentar: Obligación de independencia e imparcialidad, Obligación de dirección y diligencia y Obligación de observancia del debido proceso.

Art. 1663.- Recusación de los árbitros. Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. La recusación es resuelta por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial. Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por los otros árbitros.

Las Fuentes del art. 1663 son: Ley Modelo UNCITRAL, art. 12., el Reglamento CCI, art. 14, el Reglamento UNCITRAL 2010, arts. 12 y 13.

En lo referido a las causales de recusación, las mismas están usualmente vinculadas en forma estrecha con la independencia e imparcialidad exigida a los árbitros, tal como regula el artículo anterior. De allí que la Ley Modelo UNCITRAL 1985- 2006 prevea:

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ello, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación (art. 12, en similar sentido a lo previsto por el Reglamento CIAC, art. 10).

e) Retribución de los árbitros:

Art. 1664.- Retribución de los árbitros. Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos o el modo de determinarlos. Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.

El art. 1664 prevé una solución basada en la autonomía de la voluntad imperante en el arbitraje, de tal modo que las partes podrán pactar dichos honorarios, ya sea expresamente o en forma indirecta al elegir un determinado reglamento arbitral cuyas normas prevean pautas específicas al respecto.

f) Extinción de la competencia de los árbitros:

Art. 1665.- Extinción de la competencia de los árbitros. La competencia atribuida a los árbitros por el contrato de arbitraje se extingue con el dictado del laudo definitivo, excepto para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias conforme a lo que las partes hayan estipulado o a las previsiones del derecho de la sede.

Las Fuentes del 1665 son: Ley Modelo UNCITRAL 1985- 2006, art. 32.3 y art. 5. Acuerdo sobre Arbitraje del MERCOSUR, art. 21. Reglamento CCI 2012, art. 35. Reglamento UNCITRAL 2010, arts. 37 y 38.

El arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, de tal modo que éstas pueden desplazar la jurisdicción judicial en favor de la arbitral para resolver las controversias que surjan o hayan surgido en virtud de una relación contractual o extracontractual, lógicamente la competencia de los árbitros se mantendrá durante todo el proceso arbitral y cesará a la finalización del mismo, con el dictado del laudo final.

4. Algunas consideraciones finales

La CSJN ha sostenido desde hace tiempo que la fuente de poder de los árbitros es el contrato y de allí la trascendencia de la regulación del contrato de arbitraje en el CCyCN.

Ya señalamos que lo habitual es que las partes incluyan la llamada cláusula compromisoria o pacto arbitral para resolver sus conflictos pero como bien expresa Lorenzetti el contrato de arbitraje no es una cláusula más dentro del otro contrato. La

cláusula compromisoria está destinada a atribuir jurisdicción. (Lorenzetti, pag 1654,2015).

En tal sentido, la relevancia jurídica que tiene la voluntad de las partes en la admisión del sistema arbitral, como alternativa para la resolución de conflictos, le otorga a este tipo de contrato su propia fuerza vinculante y es por ende la autonomía de la voluntad decisiva, por lo que el contrato se incluye en la categoría de los contratos discrecionales.

El arbitraje implica el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para someter sus diferencias privadas a personas distintas de los magistrados.

El principio de la autonomía del acuerdo arbitral es uno de los rasgos relevantes de la regulación que incorpora el art. 1653 y no menos importante lo es la simplificación de las formas y la posibilidad de dictar medidas cautelares.

Así el CCyC incorpora al derecho de fondo un medio alternativo de resolución de conflictos, consagrando la normativa sobre el contrato de arbitraje que carecía de legislación en nuestro derecho, dado que el arbitraje sólo tenía regulación en las legislaciones procesales de las provincias y en el CPCCN.

5. Bibliografía

Aguilar, F. (s.f.). Recuperado de <http://www.revista-notariado.org.ar>.

Lorenzetti, R. (2016). Arbitraje. En *Código Civil y Comercial comentado* (pp. 1649-1665). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Parodi, G. (2015). Arbitraje. En J. Rivera, y G. Medina (dir.). *CCyCN Comentado* (pp. 849- 895). Buenos Aires: La Ley.

Rivera, J., y Parodi G. (2012). Arbitraje. En J. Rivera (dir.). AA.VV, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 763-800). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Rodríguez Juárez, M. (1998). *Cuestiones procesales*. Córdoba: Alveroni.