

El arbitraje y la incorporación del contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial de la Nación

Arbitration and the incorporation of arbitration clauses in the Civil and Commercial Code of the Nation

Verónica Gabriela Naput*

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es examinar la situación actual del arbitraje dentro de nuestro país. Este es un medio alternativo de resolución de conflictos de antigua data y, en la actualidad, ha ganado importancia y atención pública gracias a la gran reforma legislativa que, a través del Código Civil y Comercial de la Nación, incorporó el contrato de arbitraje en este cuerpo normativo. El abordaje partirá de un examen global del instituto y, también, se estudiará la doble regulación de esta materia, tanto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en las legislaciones procesales locales, como en el citado Código Civil y Comercial de la Nación. Por último, la autora expondrá sus propias conclusiones, en el intento de brindar un aporte que favorezca su difusión como un medio eficiente para la resolución de conflictos.

PALABRAS CLAVE: resolución alternativa de conflictos, contrato de arbitraje, reforma legislativa, normas procesales, Código Civil y Comercial de la Nación

ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine the current state of arbitration within our country. It is an ancient alternative dispute resolution method that has gained

* Abogada (UADE). Especialista en Derecho Procesal (USAL). Jefa de Despacho en la Asesoría Jurídica de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

importance and public attention today thanks to the significant legislative reform that, through the Civil and Commercial Code of the Nation, incorporated the arbitration agreement into this legal framework. The approach will begin with a comprehensive examination of the institution, and will also study the dual regulation of this matter, both in the Civil and Commercial Procedural Code of the Nation and in local procedural legislations, as well as in the aforementioned Civil and Commercial Code of the Nation. Finally, the author will present her own conclusions, aiming to contribute to its dissemination as an efficient means for conflict resolution.

KEYWORDS: *Alternative dispute resolution, arbitration agreement, legislative reform, procedural rules, Civil and Commercial Code of the Nation*

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la situación actual del arbitraje doméstico o interno de nuestro país. Si bien se trata de un medio alternativo de resolución de conflictos de antigua data, en la actualidad ha adquirido relevancia jurídica y notoriedad pública, en virtud de la última gran reforma legislativa que incorporó el “contrato de arbitraje” al Código Civil y Comercial de la Nación¹.

La legislación argentina en la materia necesitaba actualizar su régimen vigente, pero no había consenso sobre cuál era la mejor manera de llevarla a cabo, pues se encuentra regulado por un amplio plexo normativo.

En primer lugar, el arbitraje posee normas de carácter internacional, a través de numerosos tratados que nuestro país ha celebrado con diferentes países y que han sido incorporados a nuestro derecho interno. En segundo lugar, y en virtud de que el arbitraje es un instituto del derecho procesal, su normativa constituye materia no delegada en el

¹ Aprobado por la Ley 26994 (B.O 08.10.2014), entró en vigencia el 01/08/2015, por la Ley 27077.

gobierno federal, por lo que las provincias detentan la facultad de dictar sus propias normas sobre arbitraje; mientras que para la jurisdicción federal y nacional, rige el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 75, inciso 12, Constitución Nacional).

Por otro lado, a lo largo de los años se efectuaron varios proyectos para la creación de una ley nacional de arbitraje, sin que ninguno llegara a sancionarse. Ante dicho panorama, el Congreso de la Nación introdujo el “contrato de arbitraje” (artículos 1649 y siguientes del Capítulo 29, del Título IV, Contratos en particular, del Libro Tercero) en el Código Civil y Comercial de la Nación; incorporación que receptó aspectos contractuales e importantes cuestiones de índole procesal, lo que ha generado dudas y opiniones encontradas en la doctrina nacional.

Fundamentalmente, resultó novedoso y hasta llegó a tildarse de inconstitucional, que una ley de fondo haya regulado ciertas cuestiones del procedimiento arbitral, pues dicha atribución, como se señaló, corresponde a las provincias en virtud de la competencia no delegada al gobierno nacional. En dicho contexto resulta interesante examinar cómo ha quedado configurado el arbitraje doméstico, con su doble regulación: el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN) y demás legislaciones procesales locales, por un lado, y el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), por el otro.

Por lo expuesto, comenzaré realizando un examen global del instituto, basándome en las disposiciones del CPCCN, al que se han adherido la mayoría de los ordenamientos provinciales. Continuaré el desarrollo del trabajo con el contrato de arbitraje, la constitucionalidad de su inclusión en el CCC, el sistema recursivo y control judicial del laudo arbitral. Finalmente expondré mis conclusiones intentado brindar un

aporte que contribuya con su difusión como un medio eficiente para la resolución de conflictos.

II. El conflicto y los medios alternativos de solución del conflicto

El conflicto es inherente al ser humano, y en la búsqueda de encontrar la paz social y una convivencia armónica entre sus miembros, se encuentra la administración de justicia impartida por el Estado, como instrumento necesario para lograr ese fin.

Sin perjuicio de ello, en tiempos modernos el problema de mantener la paz social se agrava: la concentración de población en las ciudades, el avance de la tecnología, el incremento en las relaciones comerciales internacionales y la generación de nuevas necesidades sociales han provocado un aumento de la conflictividad que ha desbordado las estructuras que el estado posee para dirimirlos (Tepfer, 2008).

Como reacción natural, los estados han comenzado a admitir y hasta fomentar la utilización de medios alternativos de solución de conflictos como herramienta que permita descomprimir la gestión 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 (Caivano, 2000, p. 25). Varias son las ventajas que presentan los medios alternativos frente al proceso judicial como sostiene Landi (2004):

- a) Minimizan los costos físicos, emocionales y económicos de un conflicto; b) rápidos: pueden terminar con el problema en horas o semanas; c) económicos frente a los altos costos de un proceso judicial; d) flexibles: tienen la capacidad de adaptarse a las necesidades de los participantes, la naturaleza del conflicto y las exigencias de la sociedad actual; e) autodeterminación de las partes al permitirles mantener el control sobre el resultado; f) promueven una

comunicación eficiente reduciendo las hostilidades y educando en una cultura de convivencia pacífica.

En consecuencia, es en ese contexto donde se vislumbran los beneficios de recurrir, cuando resulte posible, a los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos, como pueden ser la negociación, la mediación, la conciliación, y el arbitraje.

III. El arbitraje

1. Concepto

Se puede decir que el arbitraje constituye una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, para la cual se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejantes a las de aquellos en orden a la resolución de un caso concreto (Caivano, 2000, p. 49).

El arbitraje importa la prórroga o la sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían los tribunales del Poder Judicial que es transferida a jueces particulares que sustanciaran y decidirán las contiendas que se someten a su consideración. (CSJN, 17/11/1994, fallos: 317:1527)

Toda contienda sometida a proceso arbitral puede caracterizarse diciendo que, de la misma manera que las partes pueden transigir o conciliar sus conflictos, también pueden encomendarlos a la decisión de árbitros o amigables componedores, es decir a “jueces privados”. Ello es manifestación lógica y consecuencia de la autonomía negocial. (CSJN, 29/04/1997, fallos: 320:700)

A mayor abundamiento, me permito incluir en este punto los elementos que caracterizan al arbitraje, como lo menciona el Dr. Rivera (2014), a saber:

que es un método adversarial de resolución de conflictos; alternativo a los tribunales estatales; al cual las partes se someten voluntariamente; defiriendo la solución a un tercero; tercero que las partes eligen libremente y que no forma parte de ningún poder u órgano del estado. (P. 4)

Asimismo, debe agregarse que el proceso culmina con el pronunciamiento de un laudo (sentencia) que posee autoridad de cosa juzgada. Decisión que es, en principio, final y obligatoria, pero puede ser revisada en instancia judicial.

Finalmente, será el estado quien, necesariamente, a través de sus jueces, ejerza el *imperium* del que carece el árbitro, para la ejecución del laudo, o de ser requeridas por las partes, para su auxilio en la ejecución de las medidas cautelares.

2. Clases de arbitraje

Arbitraje de derecho (o de “*iuris*”): los árbitros deben resolver aplicando el derecho, es decir, el laudo debe fundarse en derecho positivo. En cambio, cuando es de **equidad, o de amigables componedores**, *laudan ex bona et aequo*, a verdad sabida y buena fe guardada o, como dice nuestro ordenamiento procesal, laudan conforme su leal saber y entender².

Arbitraje voluntario o forzoso: es voluntario cuando las partes deciden de común acuerdo someter una cuestión a arbitraje, mientras que es forzoso cuando es la ley quien determina que ciertas cuestiones sean extraídas de la competencia de los jueces³.

Arbitraje internacional o doméstico: nuestra legislación procesal no distingue entre el arbitraje internacional y el doméstico; y si bien no existe una posición uniforme

² Artículo 769 del CPCCN: Los amigables componedores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes, y a dictar sentencia según su saber y entender.

³ Ejemplos de arbitrajes forzosos en el CCyCN: artículos 1157, 1153, 1154, 1376 y 1806.

respecto de cuales son aquellos factores que determinan en un caso concreto la internacionalidad del arbitraje, se hace prevalecer tanto el lugar donde el laudo haya sido dictado, como el domicilio o la nacionalidad de las partes, etc. (Caivano, 2000, p. 87).

No obstante lo expresado, la legislación procesal nacional (artículo 1, CPCCN) contiene alguna referencia a la internacionalidad en cuanto autoriza la prórroga de la competencia a favor de árbitros que actúen en el extranjero cuando se trate de asuntos exclusivamente patrimoniales que a la vez sean de índole internacional, y siempre que los tribunales argentinos no tengan jurisdicción exclusiva y la prorroga no esté prohibida por la ley (Rivera, 2014, p. 36).

Arbitraje *ad hoc* o institucional: en el arbitraje *ad hoc*, personal o libre, son las partes las que establecen todos los aspectos del trámite, es decir, deben regular el procedimiento a aplicar y su administración. Es menos costoso, pero requiere una mayor cooperación de las partes. Por ejemplo se debe fijar la forma de elección de los árbitros, el plazo para laudar, la manera de notificación, las audiencias de prueba, etc.

En cambio, el arbitraje institucional está sometido a entes especializados⁴ cuyos reglamentos determinan el procedimiento y su desarrollo. Aportan su organización y asesoran a las partes: reciben la solicitud de arbitraje y la demanda, notifican las resoluciones, seleccionan a los árbitros o regulan el procedimiento a su elección (Dasso, 2015, p. 71).

3. Naturaleza jurídica

⁴ Ejemplos de tribunales arbitrales: Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires; Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires; Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMAR); Tribunal Arbitral del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires; Tribunal Arbitral del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; entre otros.

Teoría contractual: considera la naturaleza contractual del arbitraje, destaca el carácter privado del instituto, desde el origen mismo, como en la calidad de los árbitros. Su principal argumento radica en la autonomía de la voluntad, siendo la relación entre todas las partes puramente contractual.

Afirma 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 niega 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 de una sentencia (Tepfer, 2008).

Finalmente sostiene que el laudo arbitral posee la misma protección jurídica que brinda un contrato frente a su incumplimiento; llegando incluso a sostener que el árbitro es un agente de las partes, equiparando su desempeño a la de un mandatario.

Teoría procesal o jurisdiccional: considera que los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, la cual es atribuida por las partes a través del acuerdo y por el estado a través del ordenamiento jurídico. El arbitraje es un verdadero juicio y, en consecuencia, el laudo posee autoridad de cosa juzgada. Es el propio estado el que a través del ordenamiento jurídico otorga a los árbitros potestad jurisdiccional, de lo que resulta el arbitraje como juicio y el carácter de cosa juzgada del laudo (Dasso, 2015, p. 67).

Teoría mixta: concibe a la naturaleza del arbitraje como mixta o híbrida, es decir, contractual y jurisdiccional. Reconocen en el arbitraje el acuerdo de voluntad de las partes como su origen (teoría contractual), pero es el estado el que les concede la función jurisdiccional. El arbitraje nace del acuerdo entre las partes, pero se constituye como un procedimiento jurisdiccional.

Se acepta la función jurisdiccional de los árbitros, pero sostienen que esta se encuentra limitada, pues los árbitros carecen de lo que se denomina *imperium*, concepto que resume la potestad de *coertio* (facultad de imponer forzadamente el cumplimiento de medidas ordenadas dentro del proceso) y la *executio* (facultad de compelir para el cumplimiento efectivo de los laudos arbitrales), potestad que solo detenta la justicia del estado.

IV. Esquema normativo del arbitraje

1. Internacional

La Argentina ha incorporado a su derecho interno varios tratados internacionales y multinacionales, de los cuales se pueden señalar los más relevantes: la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de New York de 1958 (ratificada por la Ley 23619); la Convención de Panamá de 1975 (ratificada por la Ley 24322); los tratados de derecho procesal de Montevideo de 1889 y 1940; Convención de Montevideo de 1979; Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa; Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones.

Dicho plexo normativo, conforme el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, tiene jerarquía superior a las leyes; y, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 31 de la carta magna, “los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella”.

1.1. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuya función consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional, creó la llamada **Ley Modelo**⁵ (o Ley UNCITRAL por sus siglas en inglés), la cual fue avalada por nuestro país.

La norma, que regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo arbitral hasta la ejecución del laudo, compatibiliza los aspectos más influyentes del arbitraje internacional avalados por estados de todas las regiones y con distintos ordenamientos jurídicos y sistemas económicos, tratando de establecer reglas básicas que resulten aplicables para todos los estados que lo deseen o necesiten.

2. Nacional

La Constitución Nacional dispone que el derecho de fondo es nacional y, por ello, el Congreso Federal tiene la atribución de

dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones. (Artículo 75, inciso, 12 CN)

Es decir que la legislación procesal constituye materia no delegada en el gobierno federal y, en consecuencia, las provincias detentan la facultad de dictar sus propios códigos de procedimiento (artículo 121 de la CN), lo que incluye las normas sobre arbitraje. La facultad constitucional de cada jurisdicción (federal y provincial) para dictar sus propios códigos de procedimiento posibilita que el arbitraje pueda tener un tratamiento diferente en cada jurisdicción (Gedwillo, 2011, p. 19).

⁵ Fue aprobada por la CNUDMI el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006.

En dicho entendimiento es que mientras el procedimiento o juicio arbitral para la jurisdicción federal y nacional se rige por las disposiciones contenidas en el CPCCN (Libro VI, juicio arbitral —artículos 736 al 765—, juicio de amigables componedores —artículos 766 al 772—, y pericia arbitral —artículo 773—), algunas provincias adoptaron íntegramente la redacción del citado ordenamiento procesal y otras —como por ejemplo, San Juan, Córdoba y Mendoza— introdujeron algunas variantes.

Por otro lado, en el caso del arbitraje institucional, los tribunales arbitrales tienen estipulados sus propios reglamentos, que regirán su organización y el procedimiento, y al cual las partes han decidido someterse voluntariamente.

Finalmente, a dicho plexo normativo debieron agregarse las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación relativas al **contrato de arbitraje** (artículos 1649 y siguientes), que, como será desarrollado, regula aspectos contractuales y cuestiones del procedimiento arbitral, sin que los ordenamientos procesales locales hayan perdido vigencia.

VI. El contrato de arbitraje

El Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, y con ello el Contrato de Arbitraje, normado en los artículos 1649 al 1666, dentro del capítulo 29, del Título IV, Contratos en particular, del Libro Tercero. La inclusión del contrato de arbitraje en el CCCN entre los contratos típicos o nominados es singular, pues los países con cultura similar a nuestro ordenamiento legal reglamentan esta institución a través de una ley especial (Aguilar, 2014).

En el mismo sentido en ninguno de todos los proyectos de ley que se sucedieron en nuestro país, se consideraba al arbitraje como un contrato típico, sino como un instituto fundamentalmente jurisdiccional, procesal y publicístico (Méndez, 2016).

De una simple lectura del articulado, se advierte que de los diecisiete artículos del capítulo, solo los tres primeros (artículo 1649, artículo 1650 y artículo 1651), y quizás el artículo 1658, están referidos al contrato de arbitraje, mientras que el resto alude al procedimiento arbitral. Ninguna referencia existe en la “Exposición de Motivos” sobre las razones que los llevaron a introducir fundamentalmente aspectos procesales propios de los códigos adjetivos o procesales de cada jurisdicción (Cristia, 2016).

Si bien, como se señaló, la atribución de las provincias para dictar su propias normas procesales no es absoluta, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que el Congreso está facultado para legislar sobre dichos aspectos ante supuestos excepcionales (para asegurar la efectividad de las instituciones, la eficacia de los derechos consagrados en los códigos de fondo, o cuando hubieran sido expresamente conferidos o resulte consecuencia forzosa de sus facultades constitucionales); no se advierte en el caso cuál sería dicho supuesto excepcional.

Como consecuencia de ello, el arbitraje en el derecho argentino ha quedado sometido a una doble regulación que comprende lo relacionado con el convenio arbitral, y también con buena parte del proceso arbitral que se mantiene regulado en los códigos procesales que conservan vigencia y el nuevo CCCN, que no los deroga (Méndez, 2016). Ello implicará la necesidad de efectuar interpretaciones que compatibilicen ambos cuerpos normativos, para un buen funcionamiento y eficaz desarrollo del arbitraje.

En virtud de lo expresado, corresponde analizar las disposiciones del nuevo contrato de arbitraje en comparación con las estipulaciones que contiene el CPCCN.

1. Concepto.

El artículo 1649 del CCC define al contrato de arbitraje:

Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o alguna 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.

La conceptualización del arbitraje como contrato (basado en el artículo 7 de la Ley Modelo Uncitral) resulta una cuestión singular, que no tiene conexión con disposiciones anteriores y admite críticas. El arbitraje no es un contrato independiente, sino que se trata de una cláusula compromisoria que puede ser incluida en un contrato, y si bien es convencional, también lo son las cláusulas de intereses, el pacto de retroventa, la cláusula penal.

Dado que dicha cláusula opera a partir de la ocurrencia de un conflicto entre los contratantes, su funcionamiento requiere la verificación de un presupuesto fáctico para producir sus efectos. Paradójicamente, este condicionamiento se cumple con un distracto —lo contrario a un acuerdo de voluntades— del cual no surgen obligaciones sino cargas procesales (Vítolo, 2016, p. 1625).

El arbitraje tampoco es una figura negocial propia del derecho privado de las obligaciones y contratos, sino un medio o instrumento de justicia nacido como consecuencia de aquellas y para dar solución a los conflictos generados en su seno (Méndez, 2016).

Puede señalarse, además, que el contrato puede resolverse de manera unilateral, ante el incumplimiento de la contraparte; por el contrario, los convenios arbitrales importan una prórroga de jurisdicción unilateralmente irrevocable.

Por otro lado, el mismo código contempla supuestos de arbitraje obligatorio, como el artículo 1557, lo que demuestra que existen casos de arbitraje respecto de los cuales no encuadra la noción de contrato por ausencia de acuerdo de voluntades. Todo ello sin perjuicio de mantenerse los otros casos de arbitraje obligatorio dispuesto por otras normas (Méndez, 2016), como en el derecho del consumidor o en materia laboral.

La inconsistencia de dicha calificación se advierte hasta con el propio articulado del CCCN: el contrato de arbitraje no se subsume en la definición del artículo 957, ya que no es un acto jurídico por el cual las partes manifiesten su voluntad de crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (Vítolo, 2016, p. 1625).

Finalmente, resta afirmar que el arbitraje no puede ser considerado como contrato, porque si bien nace de una convención, se desarrolla y finaliza como un proceso jurisdiccional, aunque con casi ilimitada injerencia dispositiva de las partes (siempre que se respete el debido proceso arbitral) en el que se encuentra comprometido el interés público como en todo instituto de justicia (Méndez, 2016).

2. Cuestiones arbitrables

La parte final de la norma transcripta impone que la cuestión debe ser de **derecho privado** y excluye las cuestiones en que se halle comprometido el **orden público**. Esta disposición no ofrece un cambio significativo, y se encuentra en sintonía con el artículo 736 del CPCCN en cuanto señala que toda cuestión entre partes, excepto aquellas que no puedan ser objeto de transacción, bajo pena de nulidad (artículo 737), podrán someterse al juicio arbitral.

Respecto de las cuestiones en las que se halle comprometido el orden público, como sostiene el Dr. Rivera (2014, p. 265), debe leerse atentamente. La norma no

excluye la arbitralidad de cuestiones regidas por leyes de orden público, sino que solo lo hace en materias en que esté comprometido el orden público, que no es lo mismo. En efecto, pueden existir relaciones regidas por leyes de orden público, pero el interés comprometido en la causa puede ser puramente privado y por ende disponible para ellas.

Por lo demás, en cuanto a la acepción que corresponda darle al orden público, nuestro derecho carece de norma que lo defina, por lo que será necesario analizar cada caso en concreto.

Continuando con el análisis, debe incluirse en este punto lo estipulado en el artículo 1651 del CCCN, el que expresamente dispone las **controversias excluidas**:

a) **Las que se refieren al estado civil y capacidad de las personas** y b) **las cuestiones de familia**: pues los derechos que involucran no resultan disponibles por las partes; pero podría cuestionarse, quizás, sobre aquellas cuestiones puramente patrimoniales, como la liquidación de una sociedad conyugal.

c) **las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores**, reconocidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional, se encuentran regulados por la Ley 24240 de Defensa del Consumidor y sus modificaciones. La citada norma, de orden público — conf. artículo 65—, se encarga de la defensa y protección de los consumidores y establece un régimen de arbitraje de consumo específico en el artículo 59.

Asimismo, la Ley 26993 sobre Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, cuyo artículo 72, inciso 38, hace alusión a los tribunales arbitrales de defensa del consumidor, por lo que su exclusión resulta sensata al poseer un régimen específico.

d) **los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto**: atento a la ausencia para una de las partes de libertad para negociar y, en consecuencia, la sumisión del adherente a las condiciones predispuestas.

e) los derivados de las relaciones laborales: los derechos del trabajador son irrenunciables, y por ende, no podría nunca por vía de la cláusula arbitral producirse el desplazamiento de los jueces naturales a un sistema de arbitraje (Lorenzetti, 2015, p. 127).

Sin perjuicio de ello, se advierte que el citado artículo 14 bis de la CN contempla expresamente al arbitraje como un mecanismo adecuado para resolver conflictos colectivos de trabajo. Por lo tanto, a fin de evitar una interpretación a favor de la inconstitucionalidad del inciso, debería interpretarse como solamente excluyente de los conflictos individuales de trabajo (Vítolo, 2016, p. 1627).

Por último, el artículo 1651, *in fine*, dispone que el arbitraje no es aplicable a las **controversias en las que sea parte el Estado nacional o local**; restricción coherente con la política legislativa de limitar la aplicabilidad de las disposiciones del nuevo Código al Estado y sus funcionarios⁶.

Por otro lado, con anterioridad a la sanción del Código, la jurisprudencia había establecido algunas pautas para que el Estado pudiera someterse a arbitraje. Básicamente se consideraba que las cuestiones que afectaban al estado como poder público o las atribuciones de su soberanía no podían ser sometidas a árbitros, pero cuando el Estado actuaba como un ente de derecho privado, se entendía que podía pactar la jurisdicción arbitral (Fernández Arroyo & Vetulli, 2015).

Lo que debe interpretarse en consecuencia es que esta salvedad que efectúa el artículo no obsta a que con frecuencia el Estado y sus organismos descentralizados pacten resolver controversias mediante el arbitraje como sucede, por ejemplo, ante el CIADI, sino que ante estos casos habrá que determinar qué normas serán aplicables, y sobre las que el código nada dice.

⁶ Artículo 1764 del CCCN: Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

En síntesis, las controversias que pueden ser objeto de arbitraje voluntario son las relativas a derechos disponibles para las partes, de derecho privado, que no afecten el orden público y que no se encuentren comprendidas dentro de las exclusiones enumeradas en el artículo 1651: capacidad, estado civil, familia, derechos del consumidor, relaciones laborales y en controversias en la que el Estado Nacional o local, en dicha calidad, sea parte.

3. Forma

El artículo 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 en un 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.

De esta disposición pueden destacarse dos cuestiones. En primer lugar, en consonancia con el artículo 739 del CPCCN⁷, el contrato de arbitraje es formal y debe instrumentarse por **escrito**. Requerimiento formal necesario toda vez que el compromiso arbitral implica la renuncia de las partes a la jurisdicción de los tribunales estatales, decisión que tiene su raíz en el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Sin perjuicio de ello, debe efectuarse una interpretación amplia, pues la exigencia de forma escrita ha sido atenuada, adecuándose a los avances tecnológicos. Lo que la norma busca es la existencia efectiva del acuerdo; pero ya no exige la

⁷ Artículo 739 del CPCCN: 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.

escritura pública como lo establecía el ordenamiento procesal nacional, sino que resulta suficiente un principio de prueba escrita, e incluso admite como válida la **referencia** hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria.

En segundo lugar, en cuanto a la **cláusula compromisoria**, simplifica el procedimiento y se aparta de lo estipulado en el CPCCN, pues no incluye el requerimiento de formalizar el llamado compromiso arbitral, lo que resulta beneficioso, en la medida que conforme a la normativa del ordenamiento procesal nacional se requería el acuerdo arbitral posterior al surgimiento del conflicto entre las partes, que debía contener bajo pena de nulidad (conf. artículo 740 del CPCCN) las cuestiones que serían sometidas al juicio arbitral con expresión de sus circunstancias.

Dicha exigencia, como sostiene Caivano (2001), ha resultado frustrante para el arbitraje por cuanto generaba una de las fuentes más prolíferas de litigios y demoras previas a la iniciación del juicio arbitral. En el momento en que dicho acuerdo debe obtenerse, es cuando el conflicto se ha materializado y muchas veces habrá una parte a la que no le convenga la vía arbitral, y por lo tanto resistirá la celebración del compromiso.

Bajo esas circunstancias, resultaba forzoso recurrir al juez estatal para obligar a la parte renuente a otorgar el acto para suplir su voluntad o para decir, en caso de discrepancia (artículo 742 del CPCCN), lo que implicaba desde el inicio una intervención judicial con inevitables demoras.

4. Contenido

El Código menciona el contenido facultativo del acuerdo arbitral en el artículo 1658. Allí se menciona:

la sede del arbitraje; el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento; el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones; el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo; la confidencialidad del arbitraje; el modo de soportar los costos del arbitraje.

La norma enumera diferentes elementos que permiten viabilizar el arbitraje, cuya ausencia no afecta su validez. Sin perjuicio de ello cierto sector de la doctrina considera que la sede del arbitraje, aspecto que muchas veces implica la prórroga de la jurisdicción, como la elección del idioma, característica tipia del arbitraje internacional, debieran ser necesariamente establecidos en la cláusula compromisoria toda vez que de ello depende el debido proceso legal.

Ello es así en la medida que la sede del arbitraje determinara el sistema legal a aplicarse en el proceso, en ese sentido el inciso d, del artículo en análisis, prevé que la definición de la sede importa la designación indirecta del sistema judicial que servirá de referencia (Vítoro, 2016, p. 1634), por lo que pareciera ser una cuestión no menor.

En cuanto al idioma, también se relaciona con el desarrollo del procedimiento, y es esencial al fin de resguardar el derecho de defensa de las partes, en la medida que si no se hubiera establecido —conforme el inciso c) de la norma—, los árbitros podrían integrar la cláusula, lo que podría implicar que el proceso sea llevado a cabo bajo un idioma ajeno a las partes.

Por último, resta señalar que el procedimiento al que ha de ajustarse el árbitro en sus actuaciones resulta una disposición controvertida, pues es una norma netamente procesal que deberá correlacionarse según el ámbito en que se desarrolle el arbitraje con los códigos de rito nacional o provincial. Por su parte, el código de procedimientos nacional también contiene una disposición que refiere al contenido de cláusulas

facultativas (artículo 741), lo que no genera mayores dificultades en cuanto a su interpretación, pues como la norma lo indica son cláusulas facultativas.

5. Clases de arbitraje

El artículo 1652 dispone que

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.

El artículo efectúa la clásica distinción entre arbitraje de derecho y de amigables componedores, pero a diferencia del Código Procesal Nacional (artículo 766) —que dispone que en caso de no haberse estipulado la clase de arbitraje al que se someterán las partes, se entiende que es el de amigables componedores— adopta el criterio inverso.

Es decir que el CCC dispone que en caso de haber silencio de las partes sobre la clase de arbitraje al que se someterán, se entiende que es el de derecho. Cambio de gran implicancia ya que la clase de arbitraje elegida determina el modo de actuación de los árbitros y la manera de pronunciar la decisión; modificación positiva pues es una manera de otorgar mayor seguridad a las partes, en la medida que el laudo deberá sustentarse en las normas positivas del ordenamiento jurídico.

VII. Incorporaciones positivas

1. Autonomía del acuerdo arbitral

La recepción del principio de autonomía del acuerdo arbitral implica que la ineficacia del contrato, sea genérica (nulidad) o sobreviniente (resolución, recisión), no causa la ineficacia del acuerdo arbitral. El contrato de arbitraje, como negocio autónomo, no depende del contrato principal en cuanto a su validez, ni de la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción para la solución de una eventual controversia (Rivera, 2014, p. 158).

Así lo dispone el artículo 1653 del CCC:

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.

Este principio se encuentra receptado en varias convenciones internacionales, que fueron ratificadas por Argentina, como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (artículo 81.1), el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (artículo 7) y la Ley Modelo Uncitral (artículo 16, segunda parte).

2. Principio *Kompetenz Kompetenz*

La autonomía de la cláusula compromisoria implica que la competencia atribuida a un tribunal arbitral comprende también la competencia necesaria para que ese tribunal pueda resolver sobre su propia 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.
(artículo 1654, CCCN)

Los árbitros ostentan una suerte de competencia preliminar para decidir, tanto sobre la validez del contrato en si como su extensión o cualquier otra cuestión relativa a la jurisdicción arbitral, aun cuando luego determinen no tener jurisdicción en los méritos de la disputa. Consecuentemente, si finalmente el árbitro decide que no tiene jurisdicción para entender en el caso, ello no invalida lo actuado previamente para llegar a esa decisión (Fernández Arroyo & Vetulli, 2015).

Si ello no fuere así, se admitirían planteos y maniobras ante la justicia, alegando la incompetencia por una de las partes, que lo único que dejaría como resultado es el juicio arbitral paralizado hasta tanto se resuelva sobre la validez de la cláusula arbitral. Sin perjuicio de lo señalado, nada impide que pronunciado el laudo arbitral, pueda ser impugnado si se considera que el tribunal arbitral no era competente para intervenir y decidir en el caso.

Por último, debe destacarse que este principio también se encuentra reconocido por la Ley Modelo de Uncitral⁸ y en el Acuerdo del Mercosur⁹.

3. Principio de prioridad

El primer párrafo del artículo 1656 establece que:

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 aún conociendo de la controversia y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

⁸ Artículo 16: Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia:1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

⁹ Artículo 8: 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.

Esta disposición establece el llamado efecto negativo del *kompetenz-kompetenz*, conforme el cual la existencia de un contrato de arbitraje excluye la competencia de los tribunales judiciales. A fin de hacer operativo este principio, este va de la mano de la llamada regla de la prioridad, como se indicó en el punto anterior, conforme el cual los árbitros tiene una suerte de prioridad temporal para decidir las cuestiones relativas a su competencia. Su propósito es evitar las tácticas dilatorias, la duplicación de procedimientos y de costos.

Por otro lado, el estado, más precisamente los tribunales estatales, conservan de todas formas la potestad de revisar la decisión esgrimida por los árbitros, ya sea mediante una petición de nulidad o en la ejecución del laudo; y por otro lado, esta prioridad no es absoluta sino que puede ser dejada de lado cuando se presenten los dos requisitos que exige el artículo en cuestión, es decir, que el tribunal arbitral no esté aún conociendo de la controversia y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable.

4. Principio de eficacia

Por último, el principio de eficacia, principio de *indubio pro arbitraje* o *favor arbitri*, según el cual en caso de duda sobre si el contrato de arbitraje es manifiestamente nulo o inaplicable, debe considerarse que no lo es, abandonando el criterio restrictivo al momento de analizar el acuerdo arbitral sostenido por la jurisprudencia de nuestro país, según la cual la jurisdicción arbitral es “excepcional y de interpretación estricta”¹⁰.

5. El arbitraje institucional

¹⁰ CSJN, 29/03/1967, fallos: 267:199.

El artículo 1657 CCCN dispone que

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.

El ordenamiento procesal nacional no formula distingos entre el arbitraje *ad hoc* o el institucional y ello no ha configurado un impedimento para su puesta en práctica. No obstante esto, resulta positivo su expresa incorporación en el CCCN. Principalmente por dos razones: en primer lugar, la disposición califica como parte integrante de la convención de sometimiento a arbitraje al reglamento de las instituciones arbitrales, en concordancia con el artículo 1650. Esto significa que la simple designación del tribunal institucional implica la adhesión a su reglamento para su integración (Vítolo, 2016, p. 1633), lo que despeja cualquier incertidumbre que pueda generarse; y en segundo lugar, por la importancia que reviste el arbitraje institucional a nivel mundial al consolidar el desarrollo del arbitraje.

6. Medidas cautelares

Por último, una de las cuestiones que generaba opiniones encontradas en la doctrina era la relativa a la facultad por parte de los árbitros de dictar medidas cautelares, sobre la cual el ordenamiento procesal nacional ofrece una respuesta que da lugar a diversas interpretaciones.

El artículo 753 CPCCN estipula que “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 sustentación del proceso arbitral”.

Si se atiende a la literalidad de la norma, los árbitros no pueden dictar medidas

compulsorias, ni de ejecución, sino que deben requerirlas al juez. Por ende muchos autores afirman que los árbitros no tienen la atribución para dictar medidas cautelares, es decir, decidir sobre su procedencia.

Otros argumentan que la disposición contenida en la citada norma no sería concluyente, en la medida que exista expresa convención de las partes en el compromiso arbitral que otorgue la facultad a los árbitros para decidir una petición dirigida a obtener una medida cautelar.

Por otro lado, un sector importante de la doctrina encuentra que la ley no niega a los árbitros la facultad de decretar medidas precautorias. Para ello se argumenta que debe distinguirse entre los distintos atributos o elementos de la jurisdicción, coincidiéndose en que los árbitros están privados del *imperium*, pero tienen la atribución de conocer y juzgar (*nocio e indicium*), y que cuando una de las partes del proceso arbitral peticiona una medida cautelar, los árbitros deben conocer y juzgar sobre su procedencia (Rivera, 2014, p. 568).

La norma no debe entenderse como el impedimento a los árbitros para resolver sobre la procedencia de una medida cautelar, sino como la prohibición de los árbitros para ponerla en ejecución forzada por sí mismos.

Ante dicho panorama, el nuevo código recoge los principios aceptados en numerosos ordenamientos jurídicos y los criterios consagrados por la jurisprudencia, esclareciendo la cuestión en el artículo 1655 CCCN. Este establece que, salvo estipulación contraria, el tribunal arbitral posee facultad para dictar medidas cautelares y que su ejecución corresponde al tribunal judicial, disposición que, considero, no ofrece margen para interpretaciones diversas y erradica la discusión que generaba el ordenamiento procesal nacional. Es decir, establece concretamente una jurisdicción

concurrente entre la arbitral, para el dictado de la medida cautelar, y la judicial, para su ejecución.

A su vez, la norma brinda la posibilidad a las partes de solicitar la medida ante el juez, sin que ello se considere incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; lo cual tiene sentido pues, dado que las medidas cautelares presuponen la existencia de una urgencia (peligro en la demora), es posible que sea más expeditivo solicitarlas a un juez que a un árbitro, que es quien en definitiva detenta la ejecutabilidad de la medida.

VIII. Revisión judicial del laudo arbitral

La inclusión del artículo 1656 del CCC, que establece los recursos disponibles contra el laudo arbitral, y el segundo párrafo del artículo 1655, relativo a la posibilidad de impugnar judicialmente las medidas previas, han sido una de las cuestiones que mayor inquietud generaron en la doctrina procesalista, pues no solo configuran una cuestión de carácter netamente procesal, incompatible con un código de fondo, sino que además su redacción hace necesario efectuar una interpretación armónica en pos de no perjudicar el desarrollo del procedimiento arbitral.

La naturaleza jurisdiccional de las funciones atribuidas a los árbitros y el efecto de cosa juzgada que tienen sus decisiones justifican que el Poder Judicial, obligado por el legislador a ejecutar compulsivamente los laudos arbitrales como si se tratase de sus propias sentencias, se reserve una cuota de supervisión (Caivano, 2008).

No resulta razonable que se requiera al estado el ejercicio de su *imperium* a disposición de los árbitros, sin detentar la facultad de revisar que lo resuelto por estos reúna las condiciones mínimas para gozar de ese amparo que dispone el régimen legal.

Sin perjuicio de ello, la tendencia legislativa en la mayor parte de la comunidad internacional se inclina por restringir el control judicial del laudo arbitral, con una propensión a la inapelabilidad de las decisiones arbitrales ante una segunda instancia judicial, que resulta ajena a la vía prevista.

1. Recursos contemplados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

El código procesal distingue la impugnación, según se trate de un arbitraje de derecho o de amigables componedores.

En relación con el arbitraje de derecho, el artículo 758 CPCCN contiene el principio general, en virtud del cual contra el laudo pueden interponerse todos los recursos admisibles respecto de las sentencias judiciales (apelación, aclaratoria y nulidad), si no hubiesen sido renunciados.

A su vez, el artículo 760 CPCCN establece que la renuncia de los recursos no obstará a la admisibilidad del de aclaratoria y el de nulidad, fundado este último en falta esencial de procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, y cuando exista, según el artículo 761 CPCCN, decisiones incompatibles entre sí en la parte dispositiva del laudo (Sagrario, 2015).

En cuanto al recurso de apelación puede decirse que es el remedio procesal tendiente a obtener que un tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial —o arbitral— que se estima errónea en la interpretación o aplicación del derecho, en la apreciación de los hechos o de la prueba (Palacio, 2001, p. 587).

Es decir que en caso de que las partes no lo hubieran renunciado, se admite la revisión integral de la sentencia en una segunda instancia, en clara oposición a las modernas tendencias legislativas, como ya fue señalado.

Por su parte, el recurso de aclaratoria, que puede ser interpuesto por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal, se dirige a obtener por parte del tribunal un pronunciamiento que subsane cualquier error material —de cálculo, tipográfico o cualquier otro de naturaleza similar— o para lograr que el tribunal dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo¹¹.

Por último, el recurso de nulidad atribuye jurisdicción a un tribunal diferente del que dictó el laudo, al solo efecto de verificar si se cumplieron las condiciones de validez a las que la ley somete. Su objeto es validar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone (Sagrario, 2015, p. 69).

El ordenamiento procesal nacional prevé que contra el laudo arbitral pueden interponerse los recursos de apelación, si las partes no lo hubiesen renunciado, y el de aclaratoria y nulidad que resultan indisponibles.

En lo que respecta al arbitraje de amigables componedores el artículo 771, el CPCCN prescribe que el laudo no será recurrible, pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre putos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad.

2. Disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación

El tercer párrafo del artículo 1656 dispone que:

Los laudos arbitrales (...) 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.

De la norma transcripta se desprenden las siguientes consideraciones:

¹¹ El recurso de aclaratoria se encuentra contemplado en el artículo 33 de la Ley Modelo Uncitral.

- Recurso de nulidad

Los laudos arbitrales pueden ser revisados judicialmente cuando se invoquen causales de nulidad total o parcial. La norma no distingue la clase de arbitraje a la que resulta aplicable, por lo que puede interpretarse que apunta al arbitraje de derecho como al de equidad, resultando viable tanto el recurso como la petición de nulidad, sin que ello genere algún tipo de conflicto.

Como segunda cuestión, las causales de nulidad establecidas por las disposiciones del CCCN, a las que remite la norma, han de considerarse exclusivamente relacionadas con el convenio o acuerdo arbitral, porque las causales de nulidad previstas en ese código, como cuestión de fondo relacionada con el arbitraje, solo pueden tener relación con este y no con las demás causales de nulidad del laudo que se refieren a cuestiones típicamente procesales y se encuentran reguladas en los códigos procesales locales (Méndez & Méndez, 2015).

Además, una interpretación armónica de los tratados internacionales en los que Argentina es parte refuerza dicho razonamiento, en la medida que estos contemplan la causal de nulidad relacionada con la validez del convenio o acuerdo arbitral.

Si se interpretara de forma literal lo que la norma expresa: “Los laudos arbitrales pueden ser revisados ante la justicia cuando se **invoquen causales de nulidad**, conforme con las disposiciones del presente Código” (el resaltado es nuestro), se tornaría de imposible cumplimiento, pues en todo el articulado no se observa disposición alguna que contemple las causales de nulidad de laudo arbitral.

- Impugnación judicial del laudo contrario al ordenamiento jurídico

La parte final del artículo expresa que “En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al

ordenamiento jurídico”. Esto ha generado diversas interpretaciones, pues el término impugnación puede comprender al recurso de apelación como al de nulidad.

Algunos autores que propician una interpretación literal de la norma sostienen que el legislador contempló la posibilidad de revisar la validez de los laudos arbitrales mediante la interposición del recurso de apelación, en tanto la mera invocación de que el laudo es contrario al ordenamiento jurídico resulta suficiente para abrir la vía judicial. En razón de ello, han señalado que toda cláusula que implique una renuncia a interponer recursos contra laudos contrarios al ordenamiento jurídico debería considerarse nula, incluida aquella que disponga la resignación del recurso de apelación (Markous, 2016).

Sin perjuicio de ello, la doctrina mayoritaria sostiene que el sentido que cabe atribuirle a la expresión contrario al ordenamiento jurídico refiere al recurso de nulidad, por lo que el Poder Judicial carece de competencia para revisar el mérito del laudo en caso de haber renunciado las partes al recurso de apelación (Markous, 2016). En refuerzo de ello, si el recurso de apelación no pudiera ser renunciado, se generaría una contradicción con la Convención de New York y los Códigos procesales que siguen al CPCCN, en los cuales se contempla la renuncia.

En concordancia con lo señalado, en el caso “Olam”¹² se estableció que el laudo arbitral no resulta apelable, pues por impugnación debe interpretarse al recurso de nulidad. Asimismo, una interpretación en conformidad con el artículo 2 del CCCN, que presupone una interpretación de la ley de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico, arroja el mismo resultado, en consonancia con los tratados internacionales.

- Impugnación de las medidas cautelares

¹² CNCOM, Sala E, 12/05/2016, “Olam Argentina SA y otro c/ C., A. M. y otro s/ cobro de pesos”.

El último párrafo del artículo 1655 del CCCN dispone la impugnación judicial de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables.

La norma incurre en el mismo defecto de técnica legislativa que el artículo anterior al disponer la posibilidad de impugnar judicialmente el dictado de un laudo interlocutorio que disponga una medida cautelar “cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables”, lo que puede dar lugar al libre cuestionamiento judicial de esa medida, en perjuicio del principio de economía procesal. Esta norma requerirá su compatibilización con el régimen procesal vigente en los órdenes locales que se mantienen vigentes (Méndez & Méndez, 2015).

IX. Conclusión

La legislación argentina sobre arbitraje reclamaba una reforma que permita superar las trabas que ofrecían las normas contempladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en los demás ordenamientos provinciales; ello a fin de posibilitar su mayor utilización y situarnos en consonancia con la tendencia que rige el arbitraje a nivel internacional.

Lo cierto es que el cambio normativo reclamado por la doctrina se produjo en el marco de la reforma que dio origen al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a través de la incorporación en su articulado del contrato de arbitraje (artículos 1649 y siguientes del capítulo 29, título IV, Contratos en Particular, del libro tercero); inclusión que considero que es por demás controvertida.

En primer lugar, porque el arbitraje es un instituto del derecho procesal, y como tal su normativa, en virtud de lo estipulado por el artículo 75, inciso 12 y 121 de la Constitución Nacional, es de resorte exclusivo de las provincias y constituye materia no

delegada en el gobierno federal, por lo que el Congreso Nacional tiene vedado legislar sobre materia procesal, y por ende sobre el arbitraje.

Si bien, como se precisó, dichas prerrogativas provinciales no constituyen una atribución absoluta, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido por excepción la facultad del Congreso para dictarlas en determinadas situaciones en las que resulte necesario conservar el vigor de ciertas instituciones reguladas por leyes de fondo o comunes, dichas medidas siempre fueron de carácter excepcional.

En el caso no encuentro fundamento de carácter excepcional que pueda avalar la incorporación del contrato de arbitraje, con la inclusión de aspectos procesales, en un código de fondo.

Como segunda cuestión, comparto con la doctrina que sostiene la errónea caracterización del arbitraje como contrato. Como expresó el Dr. Tonelli (Dalla Via, A. & García Lema, 2016) en el debate parlamentario, el arbitraje no es únicamente un contrato:

Lo es en su génesis, pero su objeto y consecuencia es una prórroga convencional a una jurisdicción privada que la ley reconoce con virtualidad suficiente para resolver una disputa legal en forma definitiva, que obliga a los órganos del estado a reconocer su existencia y a ejecutar sus disposiciones, prodigando eventualmente soluciones recursivas propias de las sentencias judiciales. (p. 365)

Una ley federal de arbitraje debió ser el marco que establezca las condiciones bajo las cuales se rija el arbitraje; conservando las provincias la posibilidad de adherirse o no a dicha norma.

Por otro lado, la coexistencia de ambos ordenamientos normativos (CCCN y CPCCN) generarán diversas situaciones conflictivas que deberán solucionarse por vía interpretativa, utilizando un criterio razonable que respete el propósito que motivó la

incorporación del contrato de arbitraje, así como también la utilidad y eficacia del arbitraje, objetivo que los tribunales deberán ir desarrollando.

Asimismo, otra de las cuestiones que requerirán una cuidadosa aplicación es la relativa a la revisión judicial del laudo arbitral y los recursos disponibles, ante la coexistencia de ambos cuerpos normativos —de fondo y procedimiento—, pues una consideración literal de la norma o sin conexión con los principales lineamientos del arbitraje podría afectar su viabilidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, el progreso que presenta el contrato de arbitraje es la incorporación expresa del principio de autonomía del acuerdo arbitral, el principio *Kompetenz-kompetenz*, principio de prioridad y el principio de eficacia.

Asimismo, resulta positivo que se haya esclarecido la cuestión relativa a la facultad de los árbitros para el dictado de medidas cautelares; lo que a la luz de las normas contenidas en el ordenamiento procesal nacional generaba dudas en cuanto a dicha atribución.

Por todo lo expuesto, considero que el arbitraje se encuentra en auge y con normativa acorde a las modernas tendencias y tratados internacionales. Sin perjuicio de lo cual será necesario el aporte interpretativo de la jurisprudencia y de la doctrina para limar las asperezas y sortear las contradicciones que presenta su doble regulación: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (y los códigos procesales provinciales) y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Como fue señalado al comienzo del presente trabajo, varias son las ventajas que presenta el arbitraje frente al proceso judicial, pero para que ello se presente como preferente al servicio de justicia, se requiere un sistema bien articulado con normas claras que generen confianza en las partes para su elección como medio alternativo de

solución de conflictos, ya que de ello resultará en definitiva el éxito o fracaso del arbitraje.

Referencias

- AGUILAR, F. (2014). Arbitraje y el nuevo Código Civil y Comercial argentino. *Revista del Notariado*. <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2015/06/arbitraje-y-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-argentino/>
- CAIVANO, R. (2000). *Arbitraje*. Ad. Hoc.
- CAIVANO, R. (2001). *Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje*. La Ley, AR/DOC/7514/2001.
- CAIVANO, R. (2008). *El control judicial en el arbitraje. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina*. La Ley, AR/DOC/2046/2008.
- CRISTIA, M. (2016). Algunos Aspectos del arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista BCR*. https://www.bcr.com.ar/sites/default/files/arbitraje_0.pdf
- DALLA VIA, A. & GARCÍA LEMA, A. (2016). *Estudios Constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, tomo I. Rubinzal-Culzoni.
- DASSO, A. (2015). El nuevo Código Civil y Comercial y el nuevo contrato de arbitraje, en M. Arecha (dir.), *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia societaria y concursal*, volumen: u. D & D.
- FERNANDEZ ARROYO, D. & VETULLI, E. (2015). El nuevo contrato de arbitraje del Código Civil y Comercial: ¿Un tren en dirección desconocida? *Revista Código Civil y Comercial*, 19/10/2015. Thomson Reuters.
- GEDWILLO, I. (2011). *Cuestiones Modernas de Arbitraje. Un análisis Doméstico e Internacional*. Legis.
- LANDI, O. (2004). *Arbitraje y medidas cautelares*. SAIJ. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040076-landi-arbitraje_medidas_cautelares.htm?bsrc=ci

LORENZETTI, R., (dir.). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo VIII. Rubinzal-Culzoni.

MARKOUS, A. (2016). *El laudo “contrario al ordenamiento jurídico”. Una línea jurisprudencial correcta*. Jurisprudencia Argentina, AP/DOC/1200/2016.

MÉNDEZ, H. (2016). *El contrato de arbitraje ¿Un nuevo contrato de justicia?* Jurisprudencia Argentina, AP/DOC/1346/2016.

MÉNDEZ, H. & MÉNDEZ, A. (2015). *Recursos en el arbitraje a tenor del nuevo Código*. La Ley, AR/DOC/3367/2015.

PALACIO, L. (2001). *Manual de derecho procesal civil*. Abeledo-Perrot.

RIVERA, J. (2014). *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*, 2.^a ed. Abeledo Perrot.

SAGRARIO, R. (2015). *El control judicial del laudo arbitral en el Código Civil y Comercial*. La Ley, AR/DOC/4126/2015.

TEPFER, M. (2008). Una puesta al día en la legislación sobre arbitraje en Argentina. *Lecciones y ensayos*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/resenas-bibliografica/nuevo-numero-de-la-revista-juridica-lecciones-y-ensayos/+2558>

VÍTOLO, D. (dir.). (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Concordado*, tomo II. Erreius.

Apartado normativo

Acuerdo del Mercosur

Código Civil y Comercial de la Nación

Código Procesal Civil y Comercial

Constitución Nacional

Ley 26993 (Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo)

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI

Tratados internacionales y multilaterales

Apartado de jurisprudencia

CNCOM, Sala E, 12/05/2016, “Olam Argentina SA y otro c/ C., A. M. y otro s/ cobro de pesos”

CSJN, 29/03/1967, fallos: 267:199

CSJN, 17/11/1994, fallos: 317:1527

CSJN, 29/04/1997, fallos: 320:700