

EL ARBITRAJE EN ARGENTINA

Por Julio César Rivera¹

I) La legislación sobre arbitraje

1) Antecedentes: el carácter local de las legislaciones procesales.

Para comprender acabadamente la realidad legislativa argentina del arbitraje es necesario tener en cuenta que la Constitución 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 de trabajo; pero “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” (art. 67, inc. 11 de la Constitución de 1853; corresponde al art. 75, inc. 12 del texto vigente, reformado por última vez en 1994).

De modo que en Argentina la legislación procesal constituye una materia no delegada en el Gobierno Federal y por ello reservada a las Provincias (art. 121 CN). En otras palabras, cada Provincia dicta su propio ordenamiento procesal tanto en materia civil cuanto en materia penal. Y si bien en las últimas décadas algunas Provincias adhirieron, con pocas variantes “locales”, al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (cuya aplicación se reduce a los tribunales federales y a los “nacionales” de la Ciudad de Buenos Aires), muchas otras conservan su propia legislación ritual. Más aun, en los últimos años se han sancionado ordenanzas procesales provinciales mucho más avanzadas (así ha sucedido en las Provincias de La Pampa y Tierra del Fuego).

2) Consecuencia: inexistencia de regulación “nacional” sobre arbitraje

En Argentina el arbitraje es abordado básicamente como una materia procesal; y de allí se deriva como lógica consecuencia que cada Código Procesal provincial contiene una regulación propia de la materia.

Al desorden lógico que ello causa debe añadirse que la legislación local en la materia suele ser ineficiente – es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - y en algunos casos derechamente hostil al arbitraje².

¹ El autor es miembro de la Academia Nacional de Derecho, profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Buenos Aires; actúa como árbitro en arbitrajes domésticos ad hoc y en arbitrajes administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Desde el año 2.001 integra la nómina de árbitros argentinos para la solución de controversias en el Mercosur (Protocolo de Ouro Preto). A partir de marzo de 2004 ha sido designado por la República Argentina como integrante de la lista de árbitros prevista en el artículo 11.1 del Protocolo de Olivos que regula la solución de controversias en el Mercosur. Asimismo ha sido incluido en la lista de cuatro juristas de cada país miembro que prevé el artículo 11.2 del mencionado Protocolo, de entre los cuales se elegirán los Presidentes de Tribunales Arbitrales Ad Hoc.

² Aguilar, Fernando, ¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?, LL 19 y 20 de enero de 2005.

3) El arbitraje en otros cuerpos de derecho positivo

Cabe señalar que el arbitraje está previsto como modo de solución de controversias en otros cuerpos normativos.

a) Constitución Nacional

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...”

b) Código Civil y Código de Comercio

En la legislación de fondo hay varios casos en que se remite la solución a árbitros. Así:

- el art. 1627 del Código Civil dispone que si en el contrato de locación de servicios no se pactó el precio de los servicios o trabajos que constituyan el modo de vivir del locador, entiéndese que las partes ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros;
- el art. 456 del Código de Comercio que regula la venta sobre muestras o de cosas de calidad conocida en los usos del comercio, prevé – para el caso de rechazo de los géneros- su reconocimiento por peritos quienes determinarán si son o no de recibo. Esta disposición contempla la denominada pericia arbitral que por ello tiene regulación explícita en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;
- la ley 17418 sobre seguros, establece el juicio de peritos para evaluar la declaración falsa o reticencia del asegurado (art. 5)
- el mismo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla el caso de la ejecución de sentencia en el que las liquidaciones o cuentas fuesen muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requieran conocimientos especiales, hipótesis para la cual ordena que sean sometidas a la decisión de peritos árbitros o, si hubiese conformidad de partes, a la de amigables componedores.

c) Régimen de transparencia de la oferta pública: el arbitraje societario

El decreto 677/2001 establece el régimen de transparencia de la oferta pública y tiene un contenido muy vasto. En lo que a la materia arbitral se refiere, adquiere relevancia el artículo 38 de ese cuerpo legal, que impone a las entidades autorreguladas la creación de un Tribunal Arbitral Permanente al cual quedarán sometidos en forma obligatoria las entidades cotizantes en sus relaciones con accionistas e inversores; resultando arbitrables, conforme al mismo precepto, todas las acciones derivadas de la Ley de Sociedades N° 19550, incluso las demandas de impugnación de las decisiones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o sus accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas del estatuto o del reglamento.

4) El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

a) Alcance de su vigencia

Se ha anticipado que el Código Procesal y Civil y Comercial de la Nación rige sólo para el procedimiento que se desarrolla ante los tribunales federales de todo el país – cuya competencia es de excepción - y ante los tribunales nacionales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

b) Reglas sobre arbitraje

El Código Procesal Civil y comercial de la Nación contiene disposiciones sobre la posibilidad de someter cuestiones a arbitraje, ejecución de laudos extranjeros y dedica todo un Libro a los distintos procedimientos arbitrales. Haremos una breve descripción de esas normas.

i. Posibilidad de sometimiento de cuestiones a arbitraje (art. 1)

El artículo 1 del Código Procesal establece como regla general que la competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Agregando a continuación que “Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el art. 12, inc.) 4 de la ley 48 exceptúase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por la ley”.

ii. Ejecución de laudos arbitrales extranjeros (art. 519)

Dentro de la reglamentación de los Procesos de Ejecución, el Código Procesal contempla la conversión en título ejecutivo de las sentencias extranjeras, lo que se rige en primer lugar por los tratados existentes con el país de que provengan. Y para el caso de inexistencia de tratados, se exigen una serie de recaudos enumerados en el artículo 517 (es el juicio de *exequatur*).

En cuanto a los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados en el país por el procedimiento del artículo 517 y siguientes, siempre que:

- se cumplieren los requisitos del art. 517³;
- la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del art. 1;
- las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el art. 737⁴

³ Los requisitos establecidos en el artículo 517 son: que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada; que emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional; que sea consecuencia de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble si este ha sido trasladado a la República; que la demandada haya sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa; que la sentencia reúna los requisitos para ser considerada tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional; que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino; que ella no sea incompatible con otra sentencia pronunciada con anterioridad o simultáneamente por un tribunal argentino.

iii. Los procedimientos arbitrales

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dedica el Libro VI al “Proceso arbitral” y allí incluye el título I sobre “Juicio arbitral”; el título II “Juicio de amigables compondores” y el título III que trata de la “Pericia arbitral”.

Haremos una brevísima incursión por las cuestiones más relevantes que se tratan en cada uno de ellos.

iv. El arbitraje de derecho

Este es el reglamentado bajo la denominación de juicio arbitral. Cabe puntualizar que el mismo Código establece que “si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables compondores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es de amigables compondores” (art. 766).

La ineficiente regulación del Código Procesal merece atención en algunos aspectos centrales que pasamos a enunciar.

(i) La materia arbitrable

Conforme al artículo 736 toda cuestión entre partes podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste, con excepción de las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción que no podrán comprometerse en árbitros (art. 737).

La excepción remite al Código Civil que dedica los artículos 842 a 849 para tratar “el objeto de las transacciones”.

La regla general es que “se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen sometidos a una condición” (art. 849).

Excepcionan esta regla:

- las cuestiones sobre validez o nulidad de matrimonio, salvo que sean en favor de la validez;
- las herencias futuras;
- las cuestiones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, sobre el propio estado de familia, sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas sea por filiación natural o legítima.

Estos casos no presentan mayores dificultades interpretativas, pues claramente en derecho argentino no son eficaces los pactos sobre herencia futura y es razonable la exclusión del arbitraje

⁴ Nos referimos más adelante a este precepto; para aclarar el contenido del texto, adelantamos que ese artículo 737 dispone que “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción”.

en materia de estado civil y familia, pues en general podría sostenerse la vigencia del orden público⁵.

El problema lo plantea el artículo 844 del Código Civil, conforme al cual no pueden ser objeto de las transacciones, las cosas que están fuera del comercio “*y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención*”, expresión esta última que exige ciertas precisiones. El artículo 1167 del Código Civil, relativo al objeto de los contratos, remite al objeto de los actos jurídicos, sobre el cual se expide el artículo 953 exigiendo que éste recaiga sobre cosas que están en el comercio o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen a un tercero⁶.

Más adelante examinamos la cuestión de si materias regidas por leyes de orden público pueden ser sometidas a arbitraje (v. infra, n° 7).

(ii) La cuestión del compromiso arbitral

Uno de los aspectos más criticados de la legislación que estamos comentando, es que la cláusula compromisoria no es suficiente por sí, pues es exigencia legal que las partes suscriban el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez que ha surgido el conflicto, 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 (art. 739 Código Procesal).

Se ha señalado en la doctrina que en la práctica, la falta de acuerdo para formalizar el compromiso, pese a la existencia de la cláusula arbitral, origina engorrosos trámites judiciales que conspira contra la celeridad y sencillez que tuvieron en miras quienes suscribieron la cláusula arbitral⁷. En efecto, la parte que pretenda la suscripción del compromiso arbitral debe promover una demanda dirigida a la constitución del tribunal arbitral y en su caso a la determinación del contenido del compromiso arbitral (art. 742, Código Procesal).

(iii) Los recursos

El Código Procesal admite la renuncia de los recursos contra el laudo, salvo los de aclaratoria y nulidad (art. 760)

El recurso de nulidad puede fundarse en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos; en este último caso la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuese divisible.

⁵ Pero el artículo 846 autoriza la transacción sobre intereses puramente pecuniarios anexos al estado de familia, siempre que éste mismo no se halle afectado. En cuanto a los alimentos, el art. 374 del Código Civil dispone que “la obligación de prestar alimentos no puede ser compensada...ni ser objeto de transacción...”, por lo que la doctrina considera que no se admite la transacción sobre el derecho de alimentos instituido por la ley a favor de los parientes próximos; pero sólo se refiere a los alimentos futuros, por lo que nada impide transigir sobre los alimentos ya devengados ni sobre el crédito alimentario en sí mismo: modo de cumplimiento, tiempo de ejecución, garantías, etc. (conf. Llambías, Jorge J., Código Civil Anotado, t. II A, Bs. As., 1979, comentario a los artículos 842 a 849, n° 8, pág. 831)

⁶ Sobre el objeto de los actos jurídicos ver: Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil – Parte General, 3ª. Ed., Bs. As., 2004, tomo II, a partir del n° 1131, página 494 y sigs.

⁷ Arazi, Roland, Arbitraje nacional e internacional, LL 19.8.05.

Además el Código dispone que será nulo el laudo que contuviere en la parte dispositiva disposiciones incompatibles entre sí.

De estos recursos ha de conocer el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien hubiera correspondido conocer si la cuestión no se hubiese sometido a árbitros, salvo que el compromiso estableciera la competencia de otros árbitros para entender en dichos recursos (art. 763).

La cuestión de los recursos extraordinarios ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de indudable relevancia, la tratamos más adelante (v. infra n° 10)

v. El arbitraje de amigables componedores

El tratamiento legal del juicio de amigables componedores presenta dos características que merecen ser destacadas.

La primera, ya señalada, es que en caso de no haberse pactado expresamente que el arbitraje es de derecho, o se hubiere autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que el arbitraje es de amigables componedores (art. 766 Código Procesal).

La segunda es que el laudo de amigables componedores no es recurrible, pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad. Se trata pues de una *demanda de nulidad* (art. 771 Código Procesal). La sentencia que se dicte no es susceptible de recurso alguno, salvo del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. infra, n° 10).

vi. Pericia arbitral

Conforme al art. 773 del Código Procesal la pericia arbitral procederá en el caso del artículo 516 del mismo Código (liquidaciones complejas) y cuando las leyes establezcan este procedimiento con el nombre de juicio de árbitros, arbitradores, peritos o peritos árbitros, siendo de aplicación las reglas del juicio de amigables componedores. Los peritos árbitros deben tener especialidad en la materia sobre la que verse el conflicto (por ello son peritos por la especialidad y árbitros porque deciden).

c) Las cuestiones controvertidas en la materia: remisión

La regulación de los procedimientos arbitrales, en especial el arbitraje de derecho, deja múltiples cuestiones sin resolver, y ello ha generado numerosas controversias en la doctrina y decisiones judiciales encontradas. Sobre estas cuestiones nos pronunciamos en el párrafo II.

5) Los Tratados internacionales suscriptos por la Argentina

a) La Convención de New York.

Argentina ha suscripto la Convención de New York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y la ratificó por ley 23619 del 28 de septiembre de 1988.

En el momento de depositarse el instrumento de ratificación Argentina formuló la siguiente declaración:

“La República Argentina declara:

- *A base de reciprocidad, aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Declara asimismo que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.*
- *La presente Convención se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella.*
- *Ratifica la declaración formulada al proceder a firmar la Convención y que consta en el párrafo del Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958”*

b) La Convención de Panamá de 1975

Por ley 24322 se ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por las Conferencias Especializadas en Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos en Panamá, 1975 (CIDIP I). La Convención tiene la ratificación además de: Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

c) Los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo (de 1889 y 1940)

Los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 también han sido ratificados por Argentina; y ambos contienen un Título dedicado al “cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales” que dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios, tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en que han sido dictados siempre que reúnan ciertos requisitos^{8 9}.

d) Convención de Montevideo de 1979

También se ha ratificado la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada por las Conferencias Especializadas en Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos en Montevideo en el año 1979 (conocida como CIDIP II). La ratificación se dispuso por la ley 22921, y además de Argentina la han ratificado Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁸ El Tratado de 1889 exige: que la sentencia o fallo haya emanado de tribunal competente en la esfera internacional y tenga el carácter de ejecutoriado o haya pasado en autoridad de cosa juzgada; que la parte contra quien se ha dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde conforme a la ley del país donde se ha seguido el juicio; que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución. El Tratado de 1940 mantiene las mismas exigencias.

⁹ El Tratado de 1889 fue ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. El de 1940 sólo por Argentina, Paraguay y Uruguay.

- e) Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa

Por ley 24578 de noviembre de 1995 se ratificó este Protocolo suscripto entre los Gobiernos de los Estados que forman el Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Su Capítulo V alude al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados miembros del Mercosur.

- f) Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones

Finalmente cabe señalar que a partir del año 1990 la República Argentina suscribió más de 50 tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones; en ellos se prevé que los diferendos se someten al arbitraje de tribunales arbitrales ad hoc o constituidos bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI). En 1994, por ley 24353, Argentina aprobó el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre un Estado y nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965.

Como es conocido la Argentina enfrenta actualmente varias demandas arbitrales ante Tribunales constituidos bajo las reglas del Convenio aludido y los tratados bilaterales oportunamente suscriptos.

De todos modos no es materia de este trabajo la cuestión de los arbitrajes de inversión, por lo que nos limitamos a esta noticia.

- g) La jerarquía de los Tratados en la República Argentina

- i. Incorporación de los tratados al derecho interno:

De acuerdo al artículo 99, inciso 11 de la Constitución Nacional, es atribución del Poder Ejecutivo el concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras; por su lado, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional declara que corresponde al Congreso de la Nación aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede.

Es decir, que la celebración de un tratado es en nuestro Derecho, un acto complejo, que requiere:

- la firma del mismo por el Poder Ejecutivo,
- la aprobación del Congreso, y
- la ratificación por el Poder Ejecutivo.

El tratado entra en vigor a partir de la ratificación. No es necesaria una ley posterior que lo incorpore al derecho interno.

La denuncia de un tratado es competencia del Poder Ejecutivo, no siendo necesaria la aprobación del Congreso, salvo que se trate de un tratado de derechos humanos de los previstos en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

ii. Jerarquía de los tratados

Esta ha sido una de las cuestiones más debatidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, si bien no cabía duda de que los tratados estaban subordinados a la Constitución Nacional, tanto en tiempo de paz como de guerra, el problema se planteaba en lo concerniente a la jerarquía de un tratado frente a la ley.

Hasta 1992, la Corte Suprema sostenía que ni el artículo 31 ni el 100 de la Constitución Nacional importaban prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras, respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Para la Corte, leyes y tratados eran igualmente calificados como Ley Suprema de la Nación, y por ende no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno, por lo que respecto de ellos regía el principio de que la ley posterior puede derogar al tratado anterior.

Sin embargo, la Corte Suprema cambió su postura en la causa “Ekmekdjian c/ Sofovich” (1992). Allí se afirmó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – ratificada por Argentina - confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno y que esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. De esta manera —señaló la Corte— la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27 de la Convención de Viena.

La reforma constitucional de 1994 consagró definitivamente esta tendencia. El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

II) Las cuestiones controvertidas

6) El carácter jurisdiccional del arbitraje

Uno de los puntos complejos en la materia lo constituye el determinar si los árbitros ejercen o no jurisdicción; el tema ha tenido tratamiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

i. Distintas opiniones doctrinarias

Hace ya muchos años un distinguido jurista y hombre público, José Nicolás Matienzo, sostuvo enfáticamente que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional¹⁰ y ahora su discurso aparece repetido en algunos cenáculos.

Sin embargo la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia argentina afirma que el arbitraje importa el sometimiento por voluntad de las partes a una jurisdicción, es decir a un poder para decir el derecho que, no obstante estar originado en la autonomía privada, tiene los mismos efectos atribuibles a las resoluciones de la jurisdicción estatal, sin que la falta de *imperium* de los árbitros incida en desmedro de su carácter, pues si bien está garantizada a favor del Estado la reserva de la

¹⁰ Dictamen del Dr. Matienzo como Procurador General de la Nación del 30.4.19; parcialmente transcrito por Bianchi, Alberto, El Estado Nacional ante el arbitraje, LL 13.4.05.

fuerza, la *potestas*, el poder exclusivo de asegurar coactivamente el derecho, tal reserva no se extiende a la jurisdicción, esto es al poder de resolver la controversia.¹¹

Lo dicho se encuentra claramente expresado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando admite la prórroga de la competencia a favor de árbitros en asuntos internacionales (art. 1), así como el sometimiento de cuestiones a la decisión “de jueces árbitros” (art. 736) y especialmente cuando equipara las sentencias (laudos) arbitrales a las judiciales (art. 499¹²), sin siquiera exigir una homologación como acontece, en cambio, en otras legislaciones.

En esta orientación el distinguido procesalista Lino Palacio, refutando la vieja doctrina que rechaza el carácter jurisdiccional del arbitraje por carecer los árbitros de imperium, escribe:

“...por encima de esa circunstancia, de orden contingente, existen dos notas que, al menos en cuanto a nuestro derecho positivo concierne, concurren a perfilar la esencia jurisdiccional del arbitraje, y son: 1º Que los árbitros poseen atribuciones para decidir “toda cuestión entre partes” (v.gr., art. 763 del CPN), con excepción de las que no pueden ser objeto de transacción (art. 764, id.). Con esta restricción, por consiguiente, la función de los árbitros se identifica substancialmente con la principal actividad que incumbe a los órganos judiciales; 2º Que el laudo arbitral participa de la obligatoriedad que caracteriza al acto de autoridad; y que esa obligatoriedad en modo alguno puede asimilarse a la que también reviste el negocio jurídico, pues aquél no es emitido por los árbitros en calidad de partes, sino en calidad de terceros a quienes el ordenamiento jurídico otorga, en ciertas condiciones, la posibilidad de asumir la función pública consistente en dirimir un conflicto. De manera, pues, que si bien los árbitros no resultan rigurosamente equiparables a los órganos del Estado en sentido jurídico-material, ostentan ciertos atributos fundamentales de estos últimos que autorizan a sostener la índole jurisdiccional de las decisiones que emiten.”¹³.

ii. Jurisprudencia

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje está reconocida por la Corte Suprema desde el siglo XIX¹⁴, y ha sido ratificada en los casos que ha dirimido conflictos de competencia entre la justicia judicial y la arbitral¹⁵.

Explícitamente lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver que “aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”¹⁶.

¹¹ De un laudo arbitral dictado bajo las reglas de la CCI, con cita de Andrea Pisani Massamormile, *Riflessioni in tema di clausule arbitrale*, en *Riv. delle Società*, marzo-abril de 2000, pág 266, nota 8.

¹² El art. 499 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dice: “*Resoluciones ejecutables. Consentida o ejecutoriada la sentencia de un tribunal judicial o arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla...*”

¹³ Palacio, Lino, “Derecho Procesal Civil, 2da. Ed., quinta reimpression, tomo I, n° 65, D, págs. 329/330; en la misma orientación, Caivano, Roque, *Arbitraje*, 2da. Ed., Bs. As., 2000, pág. 96 y sigs. con una extensa exposición de argumento, que sería excesivo transcribir.

¹⁴ CSN, 1880, *Bruce c/ De las Carreras*, Fallos 22:371, 376, citado por Bianchi, Alberto, *El Estado Nacional ante el arbitraje*, LL 13.4.05.

¹⁵ CSN, 1-11-88, “*S.A. La Nación y otra c/ S.A. La Razón Editorial E.F.I.C. y A.*”, Fallos 311:2223; ídem, 10-11-88, “*Nidera Argentina S.A. c/ Elena G. Rodríguez Álvarez de Canale*”, Fallos 311:2300, etc.

¹⁶ CSN, 31/5/1999, “*J.C. Roca c/ Consultora S.A.*”, Fallos 322:1100.

También lo ha sostenido la Corte Suprema en muchos otros fallos que han tratado el tema de los recursos contra el laudo. En esta orientación ha dicho la Corte Suprema “no procede la vía del art. 14 de la ley 48 respecto de las decisiones de la jurisdicción arbitral libremente pactada por los interesados, pues ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los contemplados por las respectivas leyes procesales, a través de los cuales ha de buscarse remedio a los agravios ocasionados por el laudo pertinente¹⁷.”

Y muy recientemente la Corte Suprema ha vuelto a ratificar – de manera explícita - el carácter jurisdiccional del arbitraje al tratar una cuestión de competencia surgida entre un tribunal judicial argentino y un tribunal arbitral constituido bajo las reglas CCI, con sede en México¹⁸. En uno de los considerandos la Corte dice: “*Que una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la jurisdicción arbitral permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles...*” (el enfatizado nos pertenece)

Por eso bien se ha dicho que “los árbitros, una vez constituidos, se comportan como verdaderos titulares de jurisdicción, en la forma y en la medida en que las partes les sometieron la solución del conflicto”; y que si bien la voluntad de las partes intercede en el origen del proceso, una vez que ha sido determinado “los árbitros nombrados actúan como jueces, con independencia de las partes, de las cuales no pueden considerarse mandatarios, porque están investidos de función auténticamente jurisdiccional, que se va a desenvolver como si fuera un proceso llevado a un tribunal estatal”¹⁹.

7) Arbitrabilidad de materias reguladas por normativa de orden público: la cuestión de la legislación de emergencia

En el n° 4. d) (i) hemos expuesto las normas que regulan la materia susceptible de ser sometida a arbitraje. En concreto, se puede someter a arbitraje todo aquello que puede ser materia de transacción; y el código Civil autoriza la transacción sobre todo aquello que puede ser materia de convención privada, o sea que sólo excluye aquellas materias indisponibles para las partes (estado de familia, validez o nulidad del matrimonio, derecho a alimentos, herencia futura) y las que se refieren a hechos o cosas que no pueden ser objeto de actos jurídicos (art. 953 Cód. Civil).

En la práctica se ha planteado si puede ser materia de arbitraje una cuestión regulada por una normativa de orden público; y ello con especial referencia a la normativa de emergencia dictada a partir de enero de 2002 con motivo de la crisis sistémica que afectó al país.

En un laudo arbitral parcial, dictado bajo reglas CCI, sostuve en mi voto que *el hecho que la norma sea de orden público no habilita la defensa de incompetencia, pues ello no impide que las*

¹⁷ CSN 13/08/1907, “Provincia de Buenos Aires, contra los herederos de don Juan José Basavilbaso, s/ nulidad de laudo”, fallos 107:126; 25/02/1915, “Don Enrique Lannes contra la provincia de San Juan, por cobro de pesos, sobre nulidad de laudo”, fallos 120:327; 237:392; 8/02/1963, “Fausto Rene Pedraza v. Fanny Esther Pedraza de Molina y otros”, fallos 255:13; 28/08/1969, “Antonio de Caro v. S.A.I.C.A. R.J.R. Caputo”, fallos 274:323; 23/06/1975, “S.A. La plata Cereal Co. V. SAC Mendiberri y A.G.”, fallos 292:157; 26/10/1976, “SA Icer v. SA Moinos Florencia”, fallos 296:230; 24/07/1979, “Francisco Boncaglia y SCA Empresaria”, fallos 301:594; 4/11/1980, “Ricardo César Maral v. Cotax Cooperativa de Provisión”, fallos 302:1280; 22/05/1984, “Echenique y Sanchez Galarce S.A. v Tietar S.A.”, fallos 306:455, entre otros.

¹⁸ CSN, 5.4.05, LL 1.7.05 con nota de Julio César Rivera, “Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia”.

¹⁹ De un laudo arbitral dictado bajo las reglas de la CCI, con cita de Irineu Strenger, Arbitragem Comercial Internacional, Sao Paulo 1996, Nos. 170 y 171.

partes puedan transar o renunciar a los derechos patrimoniales que emergen de dicha legislación. Tan es así que la accionante hubiera podido sin dudas renunciar a los derechos patrimoniales que, según su juicio, emanan de la legislación de emergencia, sin que ello viole el orden público (de la misma forma que un deudor cuyo crédito fue pesificado por el Decreto 214/2002, puede pagar el monto original del crédito en dólares o agregar el Coeficiente de Estabilización de Referencia, si así lo desea). En síntesis, la cuestión debatida en autos es puramente patrimonial y puede ser objeto de transacción.

Lo dicho tiene fundamento en el artículo 19 del Código Civil, en tanto este dispone que la renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que solo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia. Esto ha sido interpretado en el sentido de que la ley autoriza la renuncia de derechos en particular, cuando las ventajas se proporcionan mirando al solo interés del sujeto. De donde, no puede renunciarse a aquellos derechos que han sido conferidos no para la satisfacción del interés individual del titular sino en orden a la función que éste debe cumplir, por ejemplo como padre o madre (conf. Llambías, J.J., “Tratado – Parte General”, 9ª. ed., n° 198, pág. 165).

De lo que resulta que el hecho de que la legislación de emergencia sea de orden público no impide – en el caso – calificar de patrimonial a la controversia privada entre las partes, y por lo tanto no excluye que sea una materia transable y como tal susceptible de ser sometida a arbitraje.

Es más, la misma legislación de emergencia incentiva a las partes cuyos contratos habían sido alcanzados por ella, a resolver las cuestiones por vía de la negociación directa (ley 25561, art. 11, inciso 2). Esto desarticula la argumentación de la demandada, pues aun cuando el contrato entre Mobil y Gasnor tuviera matices particulares o quizás no esté comprendido en “las obligaciones originadas en los contratos entre particulares no vinculadas al sistema financiero” (capítulo 3 de la ley 25561), lo cierto es que las normas pesificadoras de la ley 25561 aplicables a esas obligaciones “entre particulares” también son de orden público y sin embargo no excluyen la composición privada de los intereses de los afectados.

...

También señalo que la argumentación de la demandada en definitiva pretende sostener la incompetencia del tribunal arbitral en la imposibilidad de someter a arbitraje la cuestión por estar ella regida por normas de orden público. Esto implica caer en una confusión entre la aplicación por el árbitro de normas de orden público e imposibilidad de someter a arbitraje el litigio que debe resolverse por normas de orden público. El tema no es novedoso en el ámbito en que se desarrolla este arbitraje, y ha sido materia de análisis doctrinario y de varios laudos dictados en arbitrajes según el Reglamento de Arbitraje de la CCI, lo cual fue disipando, paso a paso, tal confusión. De modo de concluir que el hecho de que una cuestión entre partes esté sometida a reglas de orden público –como las normas sobre concurrencia del Tratado de Roma– no excluye el arbitraje, aunque constriñe al árbitro a aplicar tales normas de orden público (v. el comentario de Yves Derains al laudo rendido en el asunto 4604/1985, en Jarvin – Derains, Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985, Kluwer, 1990, pág. 550).”

Por lo tanto, el solo hecho de que la normativa sea de orden público no excluye su arbitrabilidad, en la medida en que los derechos que de ella emanan sean disponibles para las partes²⁰.

8) Medidas cautelares

En general se considera que los tribunales arbitrales tienen competencia para disponer medidas cautelares, pero como el artículo 753 del Código Procesal prohíbe expresamente a los árbitros dictar medidas compulsorias y de ejecución, carecen de imperio para ejecutar la cautelar que hayan dispuesto. Por ello deberán recurrir a la fuerza pública para hacerlo²¹.

9) La atribución de los árbitros para declarar la inconstitucionalidad de las leyes

Un tema trascendente reside en la atribución de los árbitros de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Para el análisis del tema cabe comenzar señalando que Argentina tiene un sistema de control de constitucionalidad difuso, esto es, ejercido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuanto por los demás jueces, tanto federales como locales.

Especialmente con motivo de la legislación de emergencia dictada a partir de enero de 2002, a la que ya hemos hecho referencia, se instaló el tema de si los tribunales arbitrales tienen o no la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Una de las primeras decisiones surgió del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, de gran prestigio en el medio. Resolvió el Tribunal que dentro del marco de la jurisdicción arbitral no se halla excluida la declaración de invalidez constitucional de las normas emanadas de los poderes públicos²².

Más adelante, uno de los órganos del mismo Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio, dictó otra resolución en la que se decidió que puede plantearse la inconstitucionalidad de las normas y el tribunal tiene competencia para resolver tal punto. Concretamente ha dicho: *“no existe óbice alguno para que un Tribunal Arbitral se expida sobre la validez constitucional de una normativa pues no es ese el objeto de la controversia sino la relación sustancial, que configura un caso, de carácter eminentemente privado, que le da origen al desarrollo de este proceso, en donde como consecuencia natural, éste como cualquier otro tribunal que posea jurisdicción, puede expedirse,*

²⁰ En contra C1a CC San Isidro, sala II, 3.4.05, LL Bs. As. junio 2005, pág. 521. El tribunal judicial resolvió que no era aplicable la cláusula compromisoria prevista en un contrato si lo que se discutía eran las consecuencias de la legislación de emergencia. Para fundar su resolución dijo que *“el inusitado cataclismo económico sucedido con posterioridad a la celebración del contrato no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros, y enmarcada en la cláusula compromisoria, la interpretación de las leyes y normas de la emergencia dictadas en consecuencia, que ha convulsionado profundamente el esquema económico del contrato”*. La sentencia peca de dogmática; no se advierte porqué interpretar la cláusula arbitral de modo que excluya hechos posteriores a la celebración del contrato y que en definitiva afectan las obligaciones nacidas de él.

²¹ V. Arazi, ob. cit.

²² Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 19.3.02, CIERP SA c/ Grinbank, Daniel Ernesto s/ resolución contractual, ED 198-464.

*aun de oficio, sobre la constitucionalidad o no de una norma determinada... y que producirá efectos únicamente para las partes involucradas*²³. Es más, en el mismo precedente se dijo que no es óbice a la competencia del tribunal arbitral, la circunstancia de que éste deba resolver la cuestión propuesta *ex ae quo et bono*, o sea, conforme a equidad; pues si por razones equitativas puede considerar la aplicación de una norma en desmedro de otra, no hay razón que le impida prescindir de una norma por resultar repugnante a la Constitución Nacional.

Las decisiones del Tribunal cuentan con un sólido apoyo doctrinario. Uno de los más distinguidos juristas argentinos, Augusto Mario Morello, comentando el pronunciamiento en la causa “CIERP SA” dijo que avalan la conclusión a que se llegó los siguientes argumentos:

- el punto de partida es que el tribunal arbitral es un tribunal de justicia, aunque no forme parte del poder judicial; la función que cumple es propia de los órganos que cumplen este servicio, aunque pueden no tener todos sus atributos;
- siendo el asunto arbitrable, el tribunal no tiene cortapisas para asumir y definir, en las que *necesariamente* ha de dilucidar, el tema referido a la constitucionalidad de las normas enjuiciadas (el enfatizado es del original);
- el modelo de control difuso, que legitima a un juez de paz lego a declarar la inconstitucionalidad de una norma, extiende esa legitimación al tribunal arbitral; en definitiva el tribunal arbitral tiene también el deber de examinar las leyes en los casos concretos sujetos a su decisión, con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta;
- el control de constitucionalidad, aún ejercido de oficio, no lesiona la presunción de legitimidad de los actos del Poder Legislativo, presunción meramente provisional y que por ende cede ante la comprobación y declaración de invalidez por el poder Judicial o por árbitros;
- que los árbitros declaren la inconstitucionalidad de la norma no afecta el orden público; en definitiva, se limita al caso, sin pretensión de generalidad; tal como sucede con la inconstitucionalidad declarada por los jueces²⁴.

Un pronunciamiento judicial apoya esta postura. Se planteó ante una corte estatal una acción tendiente a declarar que la inconstitucionalidad de ciertas normas dictadas como consecuencia de la emergencia económica, es materia que excede de la competencia atribuida a un tribunal arbitral en el contrato; en otras palabras, la pretensión de la actora era la “no arbitrabilidad de un eventual planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas...”. La sentencia de la 1ª Instancia desestimó in limine la acción declarativa propuesta, para lo cual arguyó:

²³ Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Resolución del Director de Procedimiento (firme), 5/11/2002, IGT Argentina S.A. c/ Trilenium S.A. y otros s/ restitución de bienes, ED, 7 de marzo de 2003.

²⁴ Morello, Augusto Mario, ¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?, ED 198-467.

- que el tratamiento de la constitucionalidad de ciertas normas fue – o debió ser – una contingencia de posible ocurrencia en el esquema del negocio (una compraventa de acciones) acordado por las partes;
- que aun cuando no lo hubieran tenido en cuenta, las partes no hicieron reserva alguna a fin de excluir determinadas decisiones de la jurisdicción arbitral²⁵;
- que el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación, según lo sostiene la inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación;
- con cita del precedente CIERP SA y del comentario de Augusto Mario Morello, se concluye que el planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas no excede la competencia del tribunal arbitral²⁶.

10) Los recursos contra el laudo arbitral

i. Regla generalmente reconocida en los Códigos Procesales

Tal cual hemos señalado antes, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación autoriza la renuncia de los recursos contra el laudo arbitral, salvo el de nulidad. El recurso de nulidad contra un laudo dictado en un arbitraje de derecho tramita ante el Tribunal superior a aquél que hubiera debido intervenir en el juicio. La nulidad contra un laudo de equidad tramita como demanda.

Los Códigos procesales de provincia tienen reglas semejantes.

ii. La cuestión del recurso extraordinario ante la Corte Suprema Nacional

(i) Qué es el recurso extraordinario

En el derecho argentino los recursos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación son “extraordinarios”, esto es, proceden sólo cuando se dan circunstancias excepcionales que están definidas en la ley²⁷. Pero cabe puntualizar que la Corte ha “creado” el recurso extraordinario por

²⁵ Se advierte la diferencia con la decisión del tribunal de San Isidro que hemos comentado antes; en esta sentencia del fuero comercial de la Capital Federal se concluye que el hecho de que haya habido un cataclismo económico no descarta la aplicación de la cláusula arbitral.

²⁶ 1a. instancia Comercial de la Capital Federal, Juzgado n° 10, “Otondo, César Alberto c/ Cortina Beruatto SA y otro s/ sumarísimo”, 17.3.03; confirmado por la CNCom., sala E, 11.6.03, con dictamen también favorable a la competencia arbitral del Fiscal de Cámara, LL 2003-F-744; JA 2003-IV-73.

²⁷ Ley 48, Art. 14: “Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1) cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez; 2) cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3) cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley

arbitrariedad de sentencia que le permite revisar la sentencia emanada del tribunal superior de la causa cuando ella no es una derivación razonable del derecho vigente, pues en tal caso la sentencia en sí deviene “inconstitucional”; este es el denominado recurso extraordinario contra la *sentencia arbitraria*, construcción de vital importancia para la comprensión de la viabilidad de los recursos ante la Corte contra laudos arbitrales.

(ii) Renunciabilidad del recurso extraordinario

El recurso extraordinario, como cualquier otro recurso, es renunciable; y ello no produce mengua alguna de la garantía de defensa en juicio ni de otras garantías constitucionales²⁸.

(iii) Improcedencia del recurso extraordinario contra un laudo

En principio el recurso extraordinario sólo procede contra sentencias de jueces estatales²⁹.

Pero se entiende que las decisiones judiciales recaídas en el recurso de nulidad contra un laudo de derecho o en la demanda de nulidad contra el laudo de equidad, pueden ser recurridas ante la Corte Suprema por vía de recurso extraordinario³⁰.

(iv) Control de la legalidad o razonabilidad del laudo. Evolución de los criterios de la Corte Suprema.

De acuerdo con los criterios expuestos, la jurisprudencia tradicional de la Corte era que la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho es materia propia de los árbitros y por ende no revisable, por no ser competencia de la Corte suplir deficiencias de juicio o criterio de los árbitros o la mayor o menor equidad de su pronunciamiento³¹.

En esta orientación una sentencia muy relevante fue dictada por la Corte Suprema en la causa “Meller”³². Se trataba de un recurso extraordinario propuesto por una empresa del Estado contra un laudo arbitral dictado por el denominado “Tribunal Arbitral de Obras Públicas, organismo creado por el mismo Estado Nacional”³³.

del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia del litigio”.

²⁸ conf. Anaya, Jaime L., Recursos contra los laudos arbitrales, ED 161-517, en particular n° 7, pág. 525.

²⁹ Guastavino, Elías P., Recurso extraordinario de inconstitucionalidad, Bs. As., 1992, t. I, pág. 226.

³⁰ conf. Anaya, ob. cit., n° 6, pág. 523.

³¹ CSN, 17.11.94, “Color SA c/ Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad de laudo”, ED 161-514, con nota de Jaime Luis Anaya, “Recursos contra los laudos arbitrales”, citado.

³² CSN, 5.11.02, Meller Comunicaciones SA UTE c/ ENTEL, LL 2003-B-906.

³³ El Tribunal Arbitral de Obras Públicas ha sido creado por el decreto 11.511/47, y justamente uno de los aspectos relevantes en la causa judicial que siguió al laudo fue el debate sobre su naturaleza; dos de los jueces de la Corte Suprema que votaron por la admisión del recurso extraordinario sostuvieron que NO es un tribunal arbitral sino un organismo administrativo con funciones jurisdiccionales, o sea un juez administrativo, por lo que para que sus decisiones pasen en autoridad de cosa juzgada es preciso que estén sometidas a revisión judicial.

La mayoría del Tribunal decidió rechazar la revisión judicial del laudo sobre la base de los argumentos tradicionales:

- los recursos son renunciables en tanto se trate de materia disponible para las partes;
- el juez debe respetar esas renunciaciones, sin atender a las posteriores retractaciones que solapadamente puedan intentar las partes ante una resolución adversa;
- la jurisprudencia de la Corte en la materia había reconocido que los laudos de ese Tribunal Arbitral de Obras Públicas eran insusceptibles de revisión judicial;
- que la salvedad que se había hecho en un precedente de la misma Corte sobre la posible revisión de la arbitrariedad del laudo, no puede considerarse válida, pues es una contradicción flagrante sostener por un lado la irrevisabilidad de los laudos arbitrales y al mismo tiempo afirmar que puede revisarse su arbitrariedad³⁴. De donde, se dijo en el voto de los jueces Boggiano y Nazareno, “La salvedad establecida en “Aion” es un resto indeliberado que no puede considerarse congruente con todos los precedentes anteriores”.

Pero la sentencia dictada en el caso Meller fue la razón de la destitución de uno de los jueces de la Corte Suprema por vía de un juicio político; sostuvo el Senado, actuando como tribunal decisor del juicio político conforme las previsiones constitucionales, que ese pronunciamiento había causado un importante perjuicio al Estado Nacional.

Quizás ello haya influido en la decisión que la Corte Suprema dio en la causa José Cartellone³⁵.

Se trataba en este caso de un recurso extraordinario intentado contra la sentencia judicial que había rechazado el recurso de nulidad contra el laudo arbitral. Desde este punto de vista la intervención de la Corte estaba justificada en la legislación vigente; pero lo cierto es que la Corte no entra a juzgar el mérito de la sentencia de la Cámara de Apelaciones que había asumido competencia en el recurso de nulidad, sino que entra derechamente a revisar el laudo arbitral por vía de un recurso ordinario de apelación³⁶, esto es, actuando como tercera instancia en un proceso donde siendo el Estado indirectamente parte en el proceso (la demandada era una empresa estatal) se había renunciado al recurso de apelación³⁷.

³⁴ En el precedente de la misma Corte en el caso “Aion”, se había concluido en la irrevisabilidad del laudo en la inteligencia de que “no se advierte arbitrariedad en la resolución apelada que justifique la intervención de esta Corte”; sentencia del 29.8.00, Fallos 322:298. Esta salvedad la toma en cuenta el voto en disidencia del Juez Belluscio para sostener que en el caso Meller cabía la intervención de la Corte por vía del recurso extraordinario por cuanto en este caso sí había una clara arbitrariedad del laudo.

³⁵ CSN, 1/6/04, José Cartellone Construcciones Civiles SA c/ Hiroeléctrica Norpatagónica o Hidronor SA, LL 2004-E-266. Este fallo ha dado lugar a una extensa bibliografía.

³⁶ Este es un recurso ordinario ante la Corte Suprema del que sólo es beneficiario el Estado Nacional cuando el pleito involucra una determinada magnitud económica.

³⁷ V. Rojas, Jorge, Vías de impugnación del laudo arbitral, ED 25.11.04; Bosch, Juan, Apuntes sobre el control judicial del arbitraje..., ED 24.8.04.

Y establece la siguiente doctrina:

“En el compromiso arbitral, el alcance de la cláusula de irrecorribilidad del laudo debe precisarse según los principios de interpretación restrictiva de la renuncia y prohibición de que recaiga sobre derechos otorgados con miras al interés público – arts. 872 y 874 del Código Civil³⁸-, no pudiendo hacérsela valer cuando el laudo viola el orden público por inconstitucional, ilegal o irrazonable, pues no es lógico prever, al formular la renuncia, que los árbitros adopten una decisión que incurra en tales vicios”.

Cabe señalar que en el caso los vicios atribuidos al laudo se referían exclusivamente al modo de computar los intereses y los mayores costos de una obra pública, por lo que a criterio de la Corte se llegaba a un resultado exorbitante y desproporcionado.

Con esta sentencia la Corte vuelve a una vieja doctrina establecida en los años 70 que autorizaba la revisión por *inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad*³⁹, lo que abre un inmenso interrogante sobre el futuro del arbitraje en Argentina, al menos en lo que hace a la irrecorribilidad del laudo. Por ello muchos autores han visto en esta sentencia un lamentable retroceso⁴⁰.

En un pronunciamiento posterior⁴¹ la Corte ha establecido con un carácter muy amplio que *la jurisdicción arbitral está subordinada al imperio jurisdiccional del Estado*.

11) Interferencia judicial en el trámite del arbitraje

i. El criterio tradicional

Establecido que el tribunal arbitral ejerce jurisdicción, resulta claro que los tribunales judiciales no pueden – o mejor, no deben - interferir en la tramitación de un proceso arbitral. La jurisdicción judicial recién nace a partir del laudo y solo para entender en los recursos autorizados.

Sin embargo, en algunas oportunidades los tribunales judiciales han intentado suspender procedimientos arbitrales, obviamente a pedido de alguna de las partes del mismo juicio arbitral.

En un caso en el que nos desempeñábamos como árbitro, una Cámara federal de la Ciudad de Buenos Aires acogió una medida cautelar propuesta por el demandado en el proceso arbitral, disponiendo la suspensión de éste y así lo hizo saber al tribunal. Por mayoría los árbitros decidieron rechazar la injerencia judicial y continuar adelante con el procedimiento. Después de afirmar el carácter jurisdiccional del arbitraje, se dijo:

³⁸ Art. 872.: Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia.

Art. 874: La intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva.

³⁹ CSN, 7.7.75, “Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda. S/ expediente administrativo...”, Fallos 292-223. Pero en este caso se trataba de un arbitraje obligatorio: v. Méndez, Héctor O., “Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso “Cartellone” . Un lamentable retroceso”, JA 2005-I-1310

⁴⁰ V. Palacio, Lino, Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario, ED 208-988; Rojas, Jorge, Vías de impugnación del laudo arbitral, ED 25.11.04; Roberto D. Mora, ¿Aval judicial al incumplimiento internacional?, en La Ley Suplemento de Derecho Administrativo, 15.10.04, páginas 33 y sigs.

⁴¹ CSN, 5.4.05, Bear Service c/ Cervecería Modelo SA, LL 1.7.05 con nota de Julio César Rivera, “Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia”.

“Conforme a las consideraciones anteriores, los árbitros en esta causa se encuentran en el ejercicio de la jurisdicción. Siendo ello así, su desplazamiento del conocimiento y decisión del litigio solamente puede ser consecuencia de un bien fundado cuestionamiento de su competencia, tal como en estos obrados se está intentando por vía de declinatoria. Pero en modo alguno es admisible que sin un planteamiento y decisión de inhibitoria (art. 9, Cód. Proc. Civ. y Com.), en el supuesto de que fuese procedente (art. 7, cód. cit.), se pueda paralizar el ejercicio de la jurisdicción arbitral mediante una medida cautelar. Destácase en este sentido que para sustraer una causa del conocimiento de un juez (o árbitro) el planteo de la inhibitoria requiere una decisión de otro juez que se declare competente, la que no puede ser suplida por una resolución acerca de la existencia de un mero fumus boni iuris, sobre cuya consistencia se dirá cuando recaiga sentencia firme en la acción declarativa. El mismo fundamento que con este alcance se desarrolla, es revelador de que para así decidir no se ha dispuesto de una convicción formada sobre la competencia propia, puesto que la resolución se apoya en la sola verosimilitud alcanzada “sólo mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo, dado el estrecho marco cognitivo propio de toda medida precautoria”. Tampoco el principio de prevención tiene gravitación en estos conflictos de competencia para los que el Código Procesal fija los tiempos u oportunidades, máxime cuando no se sustenta sobre precedencia en la notificación de la demanda (arg. art. 189 Cód. Proc.). Téngase en cuenta, finalmente, que en estas actuaciones arbitrales se encuentra planteada la cuestión de competencia por declinatoria, lo que de suyo excluye la pertinencia de proceder por otra vía (art. 7 del Cód. Proc.).”

Sobre el fundamento de las consideraciones que anteceden puede afirmarse que la suspensión de las actuaciones arbitrales decidida desde otra jurisdicción no se ajusta a la reiterada doctrina sentada por la Corte Suprema acerca del principio que veda a los órganos judiciales interferir en las causas en trámite ante otros tribunales y por ende que las medidas cautelares no pueden ser empleadas para impedir u obstaculizar el derecho de índole constitucional de ocurrir a la justicia para hacer valer los derechos que las partes interesadas consideran tener (Fallos: 324: 382; 319: 1325, etc.)”

ii. El caso Yacyretá: remisión

Sin embargo es mundialmente conocido el caso Yacyretá, en el cual un tribunal federal de 1ª Instancia de la Ciudad de Buenos Aires dispuso la suspensión de un procedimiento arbitral que se sigue bajo las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Incluso bajo la amenaza de astreintes varias veces millonarias en dólares para el caso de que la parte afectada no acatase la suspensión.

Como el autor de este trabajo patrocina a la parte perjudicada por la medida judicial, ha decidido no comentar las resoluciones dictadas en el caso. Ese trabajo lo ha acometido el Dr. Gustavo Parodi en el artículo que se publica en este mismo número.

III) El arbitraje institucional en Argentina

12) Los Tribunales Arbitrales institucionales

En Argentina está desarrollado el arbitraje institucional y ello se manifiesta en la existencia de numerosas organizaciones que administran arbitrajes. Quizás el más representativo sea el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. También son reconocidos el de la Bolsa de

Comercio de Rosario y el de la Bolsa de Cereales que tiene más de 150 años de funcionamiento aunque con una competencia limitada.

Los Colegios profesionales también tienen tribunales arbitrales organizados bajo reglas establecidas; así el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos, el Colegio de Escribanos que ha creado un tribunal conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; y el Colegio Público de Abogados de Bs. As.. El colegio de Abogados de Mar del Plata también tiene un tribunal arbitral que se constituye con algunos de los abogados más prestigiosos del foro local, y tanta ha sido su eficacia que es habitual que se pacte su competencia en asuntos que deberían tramitar ante los tribunales de esa ciudad.

Finalmente algunas organizaciones privadas han aparecido en los últimos años con la finalidad de administrar arbitrajes. Entre ellos el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje y el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio.

En otro ángulo de la cuestión, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la vigencia del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, al aplicar los baremos de honorarios previstos en ella a arbitrajes domésticos⁴².

13) Los proyectos de legislación

La reconocida insuficiencia de la legislación en materia de arbitraje ha llevado a que se gesten algunos proyectos de reforma.

En lo que podríamos llamar la línea más ortodoxa, un grupo de importantes profesores de derecho procesal propuso en 1994 una reforma al Código Procesal⁴³ que no tuvo recepción legislativa.

Más recientemente (31.10.2002) el Poder Ejecutivo elevó al Congreso un proyecto de ley nacional de arbitraje; y en 26.2.2004 el diputado Nacional Jorge Vanossi propuso un proyecto de ley nacional de arbitraje que persigue convertir en ley a la Ley Modelo Uncitral⁴⁴.

Lamentablemente ambos proyectos no parecen tener viabilidad pues existe actualmente en Argentina una corriente de pensamiento que cuestiona al arbitraje como medio de solución de conflictos. Es que se extiende al arbitraje privado el debate que existe sobre la sumisión del Estado Nacional a los arbitrajes causados en los tratados de protección de inversiones que excitan la competencia de los tribunales arbitrales bajo las reglas del Ciadi; y los argumentos racionales que señalan que nada tiene que ver una cosa con la otra no permiten perforar una absurda mezcla de xenofobia y estatismo a ultranza que inspira estos criterios adversos a cualquier tipo de arbitraje.

⁴² CSN, 31/5/1999, "J.C. Roca c/ Consultora S.A.", Fallos 322:1100.

⁴³ Integraron esa comisión Roland Arazi, Augusto Mario Morello, Isidoro Eisner y Mario Kaminker

⁴⁴ v. Aguilar, Fernando, ob. citada, quien comenta in extenso el primero de los proyectos