

## **EL CONTRATO DE ARBITRAJE EN EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.**

**Julio César Rivera**

**Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado**

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 ha incluido una amplia y diversa temática, teniendo como finalidad, entre otras y específicamente en el ámbito contractual, la de promover la seguridad jurídica de las transacciones comerciales, según se indica en sus Fundamentos. Dentro de esa ambiciosa finalidad se ha considerado la influencia de la moderna legislación internacional en aras de acompañar la dinámica comercial actual y brindar valiosas herramientas y soluciones contemporáneas a antiguos problemas.

En el marco de esta visión se inscribe la incorporación de la regulación del Contrato de Arbitraje como Capítulo 29 (artículos 1649 a 1665) dentro de los Contratos en particular<sup>1</sup>.

### **ALCANCE DE LA REGULACION PROYECTADA**

Previo a ingresar a tratar este tema nos parece conveniente destacar que el Proyecto abarca la regulación de lo que comúnmente se llama arbitraje privado o arbitraje comercial. Esto es, el contrato celebrado entre particulares para resolver conflictos causados en un contrato privado que se resolverán conforme al derecho privado que resulte aplicable al caso.

Por lo tanto:

- no tiene ninguna relación con los arbitrajes de inversión;
- Las partes son sujetos privados;
- No comprende al Estado, cuya capacidad para someter una controversia a árbitros requiere una ley que lo autorice, conforme lo tiene decidido la Corte Suprema desde hace décadas;

---

<sup>1</sup> Título IV del Libro Tercero (De los Derechos Personales).

- No comprende al arbitraje de consumo, que tiene su propio régimen en la Ley 24240 y sus reformas;
- No comprende al derecho laboral, por exclusión explícita.

*Por lo tanto, reitero, la regulación proyectada se refiere exclusivamente al arbitraje privado o comercial, considerado hoy como una herramienta de extraordinaria utilidad en el desarrollo de las relaciones comerciales.*

## **PRIMERA PARTE. La legitimación del Congreso de la Nación para reglamentar el contrato de arbitraje**

En estas pocas páginas lo que pretendemos exteriorizar es que el arbitraje puede y debe estar regulado en el Código Civil, pues supone la celebración de varios contratos:

- El contrato de arbitraje propiamente dicho, que se denomina normalmente cláusula compromisoria y que puede asumir también la forma del compromiso arbitral;
- El contrato entre las partes y los árbitros;
- El contrato entre las partes y la institución administradora del arbitraje.

Estando la materia contractual deferida al Código Civil, estos contratos pueden y deben ser incluidos en él. Y dado que ahora tenemos la oportunidad de contar con un nuevo Código Civil, ha de ser aprovechada incluyendo -como se ha hecho- una reglamentación básica del arbitraje en sus planos convencionales que dé lugar a un amplio juego de la autonomía de la voluntad.

### **1. Naturaleza jurídica del arbitraje**

Es universal el entendimiento de que la naturaleza del arbitraje es mixta, contractual y jurisdiccional, ya que supone un acuerdo de voluntades entre las partes de una controversia en virtud del cual le encomiendan a un tercero la misión

jurisdiccional de resolverla. Por ello es que prestigiosa doctrina basada en una prolífica cultura arbitral ha manifestado *“el arbitraje es, en una de sus acepciones más puras y precisas, un contrato...”* y al afirmar esto se *“...busca subrayar que el arbitraje no es, por encima de todas las cosas, o exclusivamente, un proceso o procedimiento y que no solamente las normas jurídicas procesales o procedimentales...del Código de Procedimiento Civil, lo regulan. El régimen jurídico del arbitraje también se halla en las normas jurídicas sustantivas del Código Civil y del Código de Comercio”<sup>2</sup>*. Y lo que es más, conforme a dicho autor, si bien no es posible negar la existencia de una visión procesal del arbitraje, dicha visión debe estar subordinada al derecho de las obligaciones y de los contratos en general. Si el acuerdo de arbitraje –que comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral– es un contrato, se encuentra regido por principios y requisitos contractuales cuya interpretación permite superar confusiones emergentes de una perspectiva meramente procesal del arbitraje.

## **2. Primer contrato de arbitraje: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral**

### **2.1.El acuerdo arbitral**

El acuerdo arbitral es el contrato en virtud del cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia actual o futura, pudiendo asumir entonces la forma de cláusula arbitral –también denominada cláusula compromisoria– o de compromiso arbitral<sup>3</sup>.

La cláusula arbitral o compromisoria es el contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia futura. En este caso las previsiones de las partes se referirán sustancialmente a la determinación de cuáles conflictos serán resueltos por el arbitraje.

El compromiso arbitral es el contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia ya existente. Puede reconocer su causa en una cláusula arbitral preexistente o ser el resultado de un acuerdo entre las partes posterior a la aparición del conflicto<sup>4</sup>. En el derecho argentino el compromiso arbitral puede ser

---

<sup>2</sup> SILVA ROMERO, Eduardo, *El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones, El Contrato de Arbitraje*, Legis Editores S.A., Colombia, 2005, ps. Xv y ss.

<sup>3</sup> Ver Art. 1649 del Proyecto.

<sup>4</sup> En la práctica la mayor parte de los arbitrajes reconocen como causa la existencia de una cláusula arbitral, esto es, anterior al conflicto; BOND, Stephen R., “How to draft an arbitration

celebrado aun cuando ya exista un proceso judicial en trámite, siempre que no haya sentencia definitiva.

## 2.2. Naturaleza del acuerdo arbitral

Algunos autores han hecho distingos pretendidamente sutiles entre contrato, precontrato, acuerdo, y ello incluso se refleja en la legislación internacional<sup>5</sup>, que en general no usa la expresión contrato; incluso el Acuerdo Mercosur define la “convención arbitral” como un “acuerdo”, mientras que todos los instrumentos internacionales aluden al contrato base o contrato en el cual se incluye el acuerdo arbitral.

Sin embargo, estas distinciones no son aceptables<sup>6</sup>, al menos en el derecho argentino, donde el concepto de contrato comprende todos los acuerdos de voluntades sobre un objeto patrimonial, por lo que ha sido definido como el acto jurídico bilateral y patrimonial<sup>7</sup>.

De donde el acuerdo de voluntades por el cual una controversia actual o futura se sujeta a la decisión de árbitros, es —para el derecho argentino— un contrato. Y ello así aun cuando la previsión convencional exija la celebración de un segundo acuerdo (el compromiso), pues los precontratos son contratos que obligan a celebrar contratos y por ello su cumplimiento puede ser reclamado forzosamente<sup>8</sup>.

El carácter patrimonial del objeto surge del hecho de que las controversias que se someten a la decisión de árbitros deben ser de naturaleza patrimonial; quedan excluidas las cuestiones que hacen al estado civil o al derecho de familia no

---

clause”, *Journal of International Arbitration*, vol. 6, nro. 2 (1989), ps. 65 y ss., señalaba que de doscientos treinta y siete casos sometidos a la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC durante 1988, sólo cuatro resultaron de un compromiso y los otros doscientos treinta y tres tuvieron su origen en una cláusula compromisoria. Por ello, dice el autor citado que, si las partes quieren un arbitraje, deben preverlo antes de que nazca el conflicto, porque después ya no hallarán cómo acordar el modo de resolver su disputa.

<sup>5</sup> La Convención de Panamá usa el término *acuerdo* para distinguirlo del *contrato* porque según algunos obliga también al árbitro: ver SILVA SILVA, Jorge A., *Arbitraje comercial internacional en México*, Oxford, México, 2001, p. 89, notas 2.

<sup>6</sup> La naturaleza contractual del convenio arbitral es sostenida por CREMADES, Bernardo M., “El convenio arbitral”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, Vol. 18 (2003), ps. 43-70 y prácticamente por toda la doctrina contemporánea.

<sup>7</sup> SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, 2ª edición actualizada y ampliada por Luis F.P. LEIVA FERNÁNDEZ, La Ley, Bs.As., 2009, n° 13, p. 33.

<sup>8</sup> ALTERINI, Atilio A., *Contratos. Civiles-comerciales-de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Esto quedó plasmado con gran elocuencia en el Proyecto de Código Civil para la República Argentina de 1998, arts. 934 a 936.

patrimonial. De donde la cláusula compromisoria aparece siempre como ligada a un contrato principal o contrato base aunque también pueden sujetarse a la decisión de árbitros controversias causadas en la responsabilidad extracontractual.

En definitiva, como explicaba Spota –cuyas enseñanzas constituyen la base de la dilucidación del concepto de contrato en el derecho argentino– *la convención jurídica es contrato cuando se desenvuelve en el campo patrimonial*. De allí que cuando la convención jurídica se desenvuelve en el campo de lo patrimonial, “...resulta correcto aseverar que los términos convención jurídica y contrato son intercambiables”<sup>9</sup>.

Estas nociones son perfectamente compatibles con la definición de objeto del contrato que da el mismo Proyecto de 2012, en tanto establece que debe lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes aunque este no sea patrimonial (art. 1003).

### **2.3.Reconocimiento del carácter contractual del acuerdo arbitral en la jurisprudencia de la Corte Suprema**

Es un lugar común en la doctrina afirmar que la fuente del poder de los árbitros es el contrato<sup>10</sup>, por el cual las partes someten un conflicto existente o que pueda surgir en el futuro, a la decisión de árbitros. De modo que es en el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes sujetan su controversia al arbitraje.

---

<sup>9</sup> SPOTA, Alberto G., ob. y lug. cit. Y aun cuando no se aceptara esta concepción amplia de contrato la conclusión no variaría, esto es, las convenciones jurídicas que no son contratos de todos modos resultan la consecuencia de la autonomía de la voluntad, y por ende caen bajo el imperio del derecho de fondo y en particular de las reglas de los contratos. Así resulta de la misma expresión del actualizador de Spota, el distinguido jurista Leiva Fernández. Este autor sostiene una distinción entre contrato –en el cual hay intereses contrapuestos– y acuerdo que satisface intereses distintos pero concurrentes, de donde convención sería el género y contrato la especie. Lo que “no obsta a que se apliquen las reglas de los contratos...a las convenciones patrimoniales que no sean contratos” (ob. cit., n° 14, p. 35 y ss.)

<sup>10</sup> Ese contrato, como se verá más adelante, tiene por uno de sus efectos principales, desplazar la jurisdicción judicial; al respecto la Corte Suprema argentina ha resuelto que “*La garantía de los jueces naturales y el principio según el cual la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia, no es óbice a la jurisdicción arbitral con fundamento convencional*”: CSN, 6.11.63, “Banco Sirio Libanés del Río de la Plata”, Fallos 257:105, con cita al pie de antecedentes en Fallos 250:61, 87 y 408.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha reconocido ese origen contractual del arbitraje en muchísimas oportunidades<sup>11</sup>. Lo mismo han hecho otros tribunales argentinos<sup>12</sup>.

#### **2.4.El arbitraje es el medio de resolución de conflictos propio del comercio.**

Frente a ciertas objeciones sobre la constitucionalidad de una legislación nacional sobre arbitraje, causadas en el hecho de que las Provincias no han delegado el poder de legislar en materia procesal, argüimos que el arbitraje es el medio de resolución de conflictos propio del comercio y se relaciona desde su origen con el derecho comercial.

El arbitraje, en su modalidad de tribunales consulares integrados por mercaderes, es una de las instituciones fundacionales del derecho comercial. Estos tribunales resolvían no según el Derecho Romano, sino conforme las prácticas y usos del comercio y del lugar. Nació, seguramente, en los lejanos puertos orientales donde los comerciantes allí asentados no podían recurrir a otra autoridad, pero pronto se difundió a las ciudades italianas y luego al resto de Europa<sup>13</sup> e incluso a las Indias donde la aplicación de las ordenanzas de Bilbao era hecha por el tribunal del consulado<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> CSN, 11.11.97, "Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ tribunal arbitral", Fallos 320:2379; también reconociendo el origen convencional: CSN, 31.5.99, "J.C. Roca c/ Consultara S.A.", Fallos 322:1100.

<sup>12</sup> La posibilidad de pactar el arbitraje tiene fundamento en el art. 1197 del Código Civil: con su cita explícita: CNCiv., sala J, 27.4.04, "Bollini, Carlos A. c/ Dunar Interiores SRL y otro", ED 208-42.

<sup>13</sup> La exposición de esta materia está magistralmente hecha por FIGA FAURA, Luis, "Los civilistas y la evolución histórica del derecho mercantil", Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1984-369.

<sup>14</sup> La utilización del arbitraje se remonta en realidad inclusive hasta la antigua Grecia, donde "traveling wise men, for a fee, would act as ad hoc arbitrators" (NORLING, John C., *The Scope of the Federal Arbitration Act's Preemption Power: An Examination of the Import of Saturn Distribution Corp. v. Williams*, 7 Ohio St. J. on Disp. Resol. 139 (1991)). También se ha señalado que en la Edad Media fue amplia y hasta exclusivamente utilizado para solucionar las disputas comerciales (COHEN, Julius H. & DAYTON, Keneth, *The New Federal Arbitration Law*, 12 Va. L. Rev. 265 (1926), p. 266). En efecto, FIGA FAURA señala que los glosadores hablan de los tribunales consulares como cosa establecida mucho antes de que trataran de ellos los Estatutos de las Ciudades italianas. De modo que entre su aparición y la organización del Consulado de Buenos Aires pasaron varios siglos. Y es más, los estatutos de los siglos XIII (Florencia, 1299) a XVI (Ferrara, 1566), prohibían de forma absoluta la intervención de abogados y procuradores. De modo que nada tiene de sorprendente que lo mismo se haya dispuesto en el Consulado de Buenos Aires, que habría de aplicar las Ordenanzas de Bilbao. Y es literalmente un disparate situar en la creación del consulado de Buenos Aires un hito a partir del cual se ha desarrollado el arbitraje. Al contrario, cuando el Consulado se instala en Buenos

La jurisdicción consular tuvo una larguísima vigencia, tanta como la *lex mercatoria*. Su retracción se relaciona con la estatización del derecho privado.

En los tiempos actuales el arbitraje ha recuperado su antigua relación con el derecho comercial, por lo cual la cláusula compromisoria –cuya eficacia es universalmente reconocida– es de estilo en los contratos mercantiles internacionalmente expandidos<sup>15</sup> y de uso frecuente en los contratos domésticos.

De modo que el contrato de arbitraje es una parte esencial del derecho comercial actual.

### **Pero el medio de resolución de conflictos es el efecto de un contrato**

Se sostiene por algunos que “...el tratamiento dado al instituto como un contrato, desnaturaliza al instituto que tiene por esencia ser un procedimiento de solución de conflictos....”

No se entiende como tratar a un contrato como contrato importa desnaturalizar la institución.

Tal conclusión solo se explica a partir de una confusión entre el contrato y su efecto.

El arbitraje SOLO nace del acuerdo de voluntades.

Ahora bien: ese acuerdo de voluntades cuando se manifiesta como cláusula compromisoria precede al conflicto, y es más puede suceder que tal conflicto nunca exista y que por lo tanto el medio de resolución de conflictos nunca se ponga en marcha. ¿Quiere ello decir entonces que no tenemos que regular la capacidad para otorgar la cláusula compromisoria, la materia que puede ser sujeta a ella, la ley que la rige, ni ninguno de sus posibles efectos?.

La posición comentada llevaría al absurdo de prescindir de todos los aspectos de derecho de fondo que hay en la materia porque simplemente nada existe mientras no haya conflicto.

---

Aires, ya se advertía la retracción del derecho comercial consuetudinario, aplicado por los tribunales de comerciantes, en aras de la “estatización” del derecho privado (civil y comercial) que se patentaría en el siglo XIX con las codificaciones nacionales.

<sup>15</sup> Sobre el punto el informe preliminar de Jean Marc Ancel en la causa “Putrabali” resuelta por la Casación francesa dice: “...el arbitraje, modo normal y habitual de arreglo de los litigios relativos a las relaciones económicas internacionales, constituye al árbitro en verdadera jurisdicción internacional de este tipo de litigios”.

## **2.5. Consecuencia: el Congreso de la Nación tiene la atribución de regular el contrato de arbitraje**

Vista la cláusula compromisoria o contrato de arbitraje bajo este prisma no resulta cuestionable la atribución del Congreso de la Nación para legislar sobre la materia. El art. 75 inciso 12 le acuerda la facultad de dictar los códigos de fondo, y este contrato de arbitraje forma parte del derecho comercial, por lo que el Congreso de la Nación puede regular su objeto, causa, forma, capacidad para celebrarlo, etc., como lo hace con cualquier otro contrato.

Por lo demás, la Constitución otorga al Congreso la facultad de *“reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí”* (art. 75, inc. 13). Y en ello se funda también la posibilidad de legislar sobre arbitraje, en tanto herramienta inseparable del derecho comercial.

## **2.6. La experiencia de otros países federales**

Argumentos como los que venimos de exponer sucintamente han sido largamente desarrollados en otros países federales que también han dictado normas sobre arbitraje de eficacia nacional.

Así Brasil<sup>16</sup>, Alemania, Suiza, tienen reglas de arbitraje que tienen eficacia nacional.

Pero lo más destacable es que aún países federales en los cuales el derecho de fondo es local, tienen reglas federales de arbitraje, Tal sucede en Australia, México y Estados Unidos

Es particularmente destacable el caso de México, donde la regulación del arbitraje se incluye en el Código de Comercio, cuerpo de vigencia federal, justamente por ser una herramienta propia del derecho comercial moderno. Ello proviene del Código de Comercio de 1889, pero las sucesivas reformas introducidas a ese cuerpo legal han profundizado la regulación uniforme del arbitraje con alcance nacional.

---

<sup>16</sup> La ley brasilera es de 1996; la jurisprudencia de la Corte Suprema ha avalado la constitucionalidad de sus disposiciones y el arbitraje se ha consolidado definitivamente en nuestro vecino. Tanto que el arbitraje en portugués constituye uno de los más numerosos hoy en día en la CCI.



Enseña José Carlos Fernández Rozas que “[E]n la actualidad el arbitraje como fórmula de solución de controversias mercantiles en México, encuentra su base principal... en el artículo 1051 del Código de Comercio, de aplicación federal en toda la República, que establece que el procedimiento mercantil preferente a todos será el que libremente convengan las partes con las limitaciones que señala el mismo Código, pudiendo ser un procedimiento convencional ante los tribunales o un procedimiento arbitral, este último de conformidad con el título cuarto del Código de Comercio, que regula el procedimiento arbitral, y que fue adicionado en sus artículos 1415 a 1463. Como consecuencia de ello la institución arbitral se regula atendiendo a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, preparada y aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con las adaptaciones a las necesidades del derecho mercantil mexicano”. De este modo, concluye el notable profesor de la Universidad Complutense, se ha situado al país azteca a la cabeza de la práctica arbitral en América Latina, como evidencia la proliferación de instituciones de arbitraje, de asuntos resueltos a través de sus auspicios y de obras dedicadas a señalar las virtudes de este especial arreglo de controversias<sup>17</sup>.

Y en otros países no federales se ha previsto la regulación del contrato de arbitraje en el Código Civil; así el Código Civil peruano de 1984 incluyó disposiciones sobre la cláusula compromisoria y el Código Civil de Québec regula la convención de arbitraje.

## **2.7. Otras materias procesales reguladas en leyes de fondo nacionales**

Debemos finalmente señalar que las leyes de fondo muchas veces contienen disposiciones sobre ciertas herramientas necesarias para su efectividad. Así el Código Civil contiene reglas sobre el juicio de declaración de incapacidad y la ley de sociedades comerciales sobre intervención de sociedades.

## **2.8. El Proyecto y el derecho procesal**

---

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “La constitución mexicana y el arbitraje comercial”, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, UNAM, México, n° 16, enero/junio 2007.

Con relación al Proyecto de 1998, el distinguido jurista Mario Augusto Morello decía:

- el proyecto innova copernicanamente en el sentido de acoplar, de manera integral y no divisible, un cuerpo extensísimo de normas, principios y pautas de derecho procesal, con reglas, guías interpretativas y estándares de aplicación para la mayoría de las situaciones y relaciones jurídicas de fondo;
- en general los complementos, adaptaciones y articulaciones materiales – instrumentales – que se incorporan se corresponden con la orientación que en el derecho comparado postula el reencuentro de senderos bifurcados...;
- se recogen en la iniciativa manifestaciones de punta del moderno derecho procesal: las tutelas discriminatorias, los procesos urgentes, los de conocimiento abreviado y los de alta complejidad. Se reconocen las nuevas legitimaciones y la impactante trascendencia de la prueba científica y los medios atípicos. Enfatiza igualmente el carácter fuertemente *preventivo* del rol de los jueces (en evitar daños), en disponer medidas prohibitivas y de cese, sanciones conminatorias, mayor margen discrecional, en algunos casos en exceso, lo que puede venir peligroso, sin dejar de aceptar el activismo de los Decisores y su creatividad<sup>18</sup>.

Lo mismo hace el Proyecto de 2012 en numerosas materias. Basta con señalar ahora la proyectada regulación de los denominados “procesos de familia” (Título VIII del Libro Segundo) que establece los principios a los cuales deben sujetarse tales procesos, pero contiene además normas sobre competencia y medidas provisionales que son en sustancia medidas precautorias.

De modo que la confluencia entre derecho de fondo y procesal constituye también una característica de este Proyecto de 2012, lo cual debe ser visto como una virtud del mismo.

## **2.9.Sujetos, objeto, causa y forma del contrato de arbitraje**

---

<sup>18</sup> MORELLO, Augusto Mario, *Lo procesal en el Proyecto Unificado de Derecho Civil y Comercial de 1998*, separata publicada por Academia Nacional de Derecho y La Ley, abril 2.000, n° V, págs. 19/20. Lo cual no obsta a que también señale el distinguidísimo autor algunos reparos y observaciones, las cuales serán tenidas en cuenta en el debate que se ha abierto en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación.

Más allá de lo que hemos expuesto en los números precedentes, parece obvio que materias como cuál es la capacidad requerida para celebrar el contrato de arbitraje, el objeto y causa del mismo, su forma, etc., constituyen materias de derecho de fondo y no de derecho procesal.

Ello se hace evidente cuando advertimos que los códigos locales, para determinar la materia arbitrable remiten al Código Civil. De donde los excesos han provenido de los códigos procesales que han regulado la forma<sup>19</sup> y el objeto de un contrato.

En efecto, en relación con la capacidad, consentimiento, objeto y causa del acuerdo arbitral nos encontramos frente a verdaderos problemas de derecho contractual (y no a cuestiones de índole procesal).

Así, si hablamos de “partes” en el sentido de sujetos cuyos derechos subjetivos o intereses patrimoniales están en juego en el contrato, de modo que rigen los requisitos propios de la teoría general del contrato en cuanto a la capacidad para contratar, con la singularidad que marca el hecho de que la mayoría de los acuerdos arbitrales tiene lugar entre empresas. Cabe notar la especificidad del derecho arbitral en este punto en lo relativo a la capacidad de las entidades públicas para celebrar contratos de arbitraje, en cuyo caso la doctrina moderna no habla de capacidad sino de arbitrabilidad subjetiva. Y ello tiene relevancia al encontrarnos frente a un arbitraje internacional, ya que lo primero que debe resolverse es la ley aplicable. Si es un problema de capacidad, será el derecho de la entidad estatal. Si, por el contrario, es un problema de arbitrabilidad, se torna aplicable la ley que rige el acuerdo arbitral (elegida por las partes o la ley de la sede del arbitraje<sup>20</sup>).

Y la necesidad de aplicación de principios hermenéuticos se da también en relación con el consentimiento, tanto en lo atinente a las cláusulas ambiguas, imprecisas, conocidas como cláusulas “patológicas”<sup>21</sup>, como al alcance del acuerdo arbitral (ya sea por la inclusión o no de controversias extracontractuales o por la existencia de multiplicidad de contratos).

---

<sup>19</sup> Por ejemplo el Código Procesal de San Juan exige la forma escrita para la cláusula compromisoria y establece qué se entiende por forma escrita, lo cual más allá de la buena intención del legislador local constituye una evidente invasión de las competencias federales.

<sup>20</sup> Cfr. CNY 1958, art. V. Ver E. SILVA ROMERO, ob. cit., ps. Xx y ss.

<sup>21</sup> La expresión “cláusulas patológicas” es atribuida a Frédéric Eismann, Secretario honorario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, y alude a las cláusulas que por impericia, exceso de previsiones o por otras razones se convierten en un obstáculo para el desarrollo del arbitraje que las partes quisieron prever como mecanismo de solución de sus conflictos ...

Cabe demostrar claramente cómo, en el ámbito del arbitraje internacional, el derecho procesal está subordinado al derecho de los contratos. El arbitraje proviene de un contrato y en consecuencia sólo serán partes en el arbitraje quienes –expresa o tácitamente, por su comportamiento en la negociación, celebración, ejecución o finalización del contrato principal– se puede considerar que han sido partes del acuerdo arbitral<sup>22</sup>. No existe en tal sentido la intervención de “terceros” en el arbitraje comercial internacional, ni siquiera conceptualmente.

En cuanto al objeto del contrato arbitral, está dado por el compromiso recíproco de ambas partes –de allí que sea un contrato sinalagmático– de someter las controversias –presentes o futuras– a la decisión de un tribunal arbitral. Ello implica el nacimiento de dos obligaciones: una positiva, de hacer, esto es, de plantear dichas disputas ante los árbitros elegidos; y una negativa, de no hacer, consistente en no acudir a los tribunales judiciales para dirimir tales conflictos, o sea, excluir la competencia de los jueces estatales<sup>23</sup>.

## **2.10. Efectos del contrato de arbitraje.**

También constituye materia del derecho de fondo los efectos del contrato, de modo que el principio de autonomía, los efectos negativo y positivo y la regla competencia-competencia constituyen materia a legislar por la Nación, pues obviamente son los efectos queridos por las partes, la causa final del contrato de arbitraje.

## **3. Los otros contratos**

### **3.1. Contrato entre los árbitros y las partes**

Existe coincidencia doctrinaria y jurisprudencial en que los árbitros y las partes están ligados por vínculos de fuente contractual<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. a la posición francesa, extensamente difundida.

<sup>23</sup> Cfr. C. LARROUMET, “A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía”, *Les obligations, Le Contrat*, 4<sup>ème</sup> éd., Economica, 1998p.13 y ss.

<sup>24</sup> La existencia de un vínculo contractual es reconocida incluso en Inglaterra, en otra época reticente a aceptar esta categorización: POUURET, Jean F. - BESSON, Sébastien, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich, 2002, nro. 4.5.1, ps. 388/389.

En concreto, cada árbitro está relacionado con cada una de las partes del conflicto por un contrato<sup>25</sup>, conforme lo ha aceptado la jurisprudencia francesa al establecer que existe entre el árbitro y los litigantes un acto único, común a la voluntad de las partes. La jurisprudencia alemana también ha resuelto que cada árbitro está ligado contractualmente a todas las partes y no sólo a aquella que lo ha designado<sup>26</sup>.

Este contrato entre las partes y el árbitro es, en principio, independiente del acuerdo arbitral; éste existe y es eficaz con total independencia del contrato que pueda vincular a las partes y el árbitro. Es más, habiendo existido un arbitraje que ha llegado a su fin, la convención de arbitraje puede seguir vigente y ser eficaz para el caso de que otros conflictos causados entre las mismas partes y en función del mismo contrato principal deban ser resueltos conforme al acuerdo de arbitraje. Pero claro es que el contrato que inviste al árbitro requiere un acuerdo arbitral válido y eficaz.

Este contrato causa derechos y obligaciones para los árbitros y para los sujetos que les encargan la decisión del conflicto.

Entre las obligaciones de los árbitros se mencionan:

- disponer de tiempo para el arbitraje;
- participar de las audiencias y demás actos del procedimiento;
- conocer las presentaciones de las partes;
- permanecer en el tribunal hasta el dictado del laudo;
- Preservar la confidencialidad;
- Actuar con diligencia; lo que implica para los árbitros los deberes de organizar el procedimiento, dirigirlo, deliberar y dictar el laudo dentro del plazo que les haya sido acordado.

Obviamente el derecho de los árbitros es el de percibir los honorarios lo que supone la obligación de las partes de pagarlos así como de satisfacer los gastos que demande el arbitraje.

---

<sup>25</sup> MATRAY, Didier – VAN DEN BERG, Albert-Jan, “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre”, *Macht en onmacht van de arbiter/L’arbitre: pouvoirs et statut* (actes du colloque du CEPANI du 28 mars 2003), p. 85, nro. 1.

<sup>26</sup> CLAY, Thomas, *L’arbitre*, París, Dalloz, 2001, nros. 625 y ss., a partir de p. 502; cita la jurisprudencia francesa a partir del pronunciamiento de la Cour de Cassation, 13.4.72, “Ury”, *Revue de l’Arbitrage* 1975-235 (nota 1 en p. 502) y alemana (nota 2 en la misma página).

### **3.2. Contrato con la institución administradora del arbitraje**

También hay coincidencia en señalar que cuando el arbitraje es institucional, las partes y la institución se vinculan por un nexo de fuente contractual<sup>27</sup> generalmente denominado contrato de organización del arbitraje<sup>28</sup> distinto e independiente del contrato entre las partes y el árbitro.

#### **4. Vigencia actual de los principios rectores del arbitraje en el derecho argentino**

Es necesario destacar que Argentina ha ratificado y por lo tanto incorporado al derecho interno varias convenciones internacionales que contienen los principios rectores del arbitraje que se vuelcan ahora en el Proyecto de Código Civil y Comercial.

Así cabe mencionar:

- El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, aprobado por ley 25.223, que consagra el principio de autonomía de la convención de arbitraje (art. 5º), la forma del contrato (art., 6º), establece el principio competencia–competencia (arts. 8º y 18), remite al derecho de la sede lo relativo a la validez de la convención arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa; reconoce el arbitraje institucional y sujeta el procedimiento entonces al reglamento de la institución elegida (art. 11 y art. 12.1) y establece toda una serie de disposiciones que vienen en definitiva a coincidir con lo previsto en el Proyecto de Código Civil y Comercial sobre las calidades de los árbitros, las cláusulas que las partes pueden introducir en el contrato de arbitraje, etc.
  
- La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), ratificada por ley 24.322 cuyo artículo 1º dispone que “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a

---

<sup>27</sup> FOUCHARD, Philippe, “Rapport final sur le statut de l’arbitrage de la Commission de l’arbitrage international de la CCI”, *Bulletin de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI*, vol. 7/1, 1996, p. 28.

<sup>28</sup> Sobre el carácter contractual de la relación v.: Cour d’Appel Paris, 15.9.98, Cubic, *Revue de l’Arbitrage* 1999-103, nota de P. LALIVE; TGI Paris, 10.10.07, Société SNF c/ CCI, *Revue de l’Arbitrage* 2007-847, nota de Ch. JARROSSON.

decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil”. Regula también la forma que debe satisfacer el contrato de arbitraje (art. 1º, segunda proposición). También dispone que los árbitros serán designados de acuerdo a lo convenido por las partes, pudiendo ser nacionales o extranjeros (art. 2º).

- La Convención de Nueva York de 1958 relativa a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ratificada por ley 23.619. Conforme a su art. 2.1. *“Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”*. Precizando respecto de la forma del contrato de arbitraje que *“La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”*. Esta Convención también regula los efectos del contrato de arbitraje, al establecer en el nº 2.3. que *“El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”*.

## **5. Conclusiones**

Casi 180 países han ratificado la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras; prácticamente todos los países americanos han ratificado la Convención de Panamá. Como hemos visto Argentina tiene incorporadas a su derecho interno una serie de convenciones internacionales que contienen los principios esenciales del arbitraje. Un gran número de países americanos tiene legislación de arbitraje inspirada en la Ley Modelo Uncitral, la que también ha sido seguida por Estados de los otros continentes<sup>29</sup>. La renovación

---

<sup>29</sup> Alemania, Australia, Azerbaiyán, Bahrein, Belarús, Bermudas, Bolivia, Bulgaria, el Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Egipto, dentro del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia, la Federación de Rusia, Grecia, Guatemala, Hong Kong (Región administrativa especial de China), Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, el Perú, la República de Corea, Macao (Región administrativa especial de China), Singapur, Sri Lanka,

legislativa en la materia es permanente en todos los países que tratan de darse un régimen arbitral que resulte confiable a los operadores económicos y jurídicos, desde que el arbitraje se ha convertido sin duda en el principal medio de resolución de conflictos mercantiles<sup>30</sup>.

En otro plano, si algunos de los principales socios comerciales de Argentina son Brasil y China, cabe tomar en cuenta que:

- El arbitraje en Brasil ha tenido un crecimiento exponencial a partir de la sanción de su ley federal. Hoy en día las estadísticas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional reflejan el número creciente de arbitrajes en que participan empresas de origen brasilero, y en el arbitraje doméstico se señala la presencia de decenas de centros de arbitraje;
- En China el arbitraje es muy utilizado pues se adapta a la idiosincrasia del pueblo y de las empresas chinas; el centro de Arbitraje de Hong Kong es el más activo de oriente y uno de los más importantes del mundo; en él actúan empresas chinas y de otros países de lejano oriente en sus controversias con empresas de todo el mundo.

De los países del área sólo Argentina y Uruguay no tienen legislación de fondo sobre arbitraje<sup>31</sup>, pero la República Oriental tiene un proyecto muy avanzado en el Congreso<sup>32</sup>.

---

Túnez, Ucrania; dentro de los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Oregón y Texas; Zambia y Zimbabwe,

<sup>30</sup> En tiempos recientes se han conocido las reformas de los derechos francés y español; la bibliografía sobre ambas nuevas legislaciones es abundantísima. Una introducción puede verse en: MOURRE, Alexis – CHIESSA, Valentine, “La nueva ley francesa de arbitraje. Innovación y consolidación”; PERALES VISCASILLAS, Pilar, “La Reforma de la ley española de arbitraje (ley 11/2011 del 20 de mayo)”, ambos en Revista de Derecho Comparado, vol. N° 20, “Arbitraje Comercial. Novedades legislativas”, Bs. As. – Santa Fe, 2012. Pero las legislaciones sobre la materia se renuevan en todos los espacios geográficos; así en Hong Kong sobre la cual v.: REECE, Rupert – POOLE, Andrew, “La nouvelle loi hongkongaise sur l’arbitrage”, Revue de l’Arbitrage 2011-851; Polonia: HASUSER-MOREL, Maria, “L’arbitrage en Pologne après la réforme de 2005”, Revue de l’Arbitrage 2011-415; Rumania: DELEANU, Sergiu, “Le nouveau droit de l’arbitrage international en roumanie”, Revue de l’Arbitrage 2010-989; Escocia: MEYER FABRE, Nathalie - BACKER CHISS, Carla, “La nouvelle loi écossaise sur l’Arbitrage”, Revue de l’Arbitrage 2010-801; Turquía: ÖZSUNAY, Ergun – ÖZSUNAY, Murat R., “Arbitration in Turkey: An analysis of Turkish arbitration legislation in Light of the UNCITRAL Model Law”, Bulletin CCI, vol. 22, 2011, n° 2, p. 15 (la ley turca fue reformada en 2011).

<sup>31</sup> Sobre regulaciones en el área: **Bolivia**, Ley 1770 de 1997 basada en la Ley Modelo UNCITRAL; **Brasil**, Ley de Arbitraje No. 9307 (23-09-1996); **Chile**, Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional Chilena 2004 incorporó al derecho chileno la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el arbitraje comercial internacional; **Colombia**, Ley 1563 de 2012, basada en la Ley Modelo UNCITRAL (regirá a partir del 12 de Octubre 2012); **Costa Rica**, Ley 8.937 de 2011, v. CHACÓN MORA, Jorge M., “Costa Rica, sede de arbitrajes internacionales. Los nuevos



De modo que si Argentina quiere ponerse a tono con el estado de la cuestión en todo el mundo, necesita una legislación de fondo de arbitraje que dé seguridades a quienes confíen en nuestro país como sede.

De no hacerlo así simplemente las partes convendrán que los arbitrajes se desarrollen en otras jurisdicciones.

Finalmente, esto no va en desmedro de las atribuciones de las Provincias; ellas conservan la atribución de regular el juicio de integración del tribunal arbitral cuando las partes no consigan hacerlo por los modos convenidos, de establecer el alcance de la cooperación judicial en el desarrollo del juicio arbitral, de la ejecución del laudo y de los recursos contra él, materias típicamente procesales y que por ello quedan sujetas a la legislación local.

Negar la facultad del Congreso de la Nación para legislar sobre el contrato de arbitraje en sus aspectos de capacidad, forma, efectos, es reducir el arbitraje a un mero procedimiento, cuando en realidad es claramente una convención causada en la autonomía de la voluntad y herramienta indisolublemente ligada al comercio.

---

retos”; SÁENZ MARINERO, Humberto, “Novedades legislativas en El Salvador con relación al arbitraje internacional”; **Ecuador**, Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006 (con antecedentes en 1997 y 2005); **México**, Decreto 22 de junio de 1993 sobre derecho arbitral moderno reforma del Código de Comercio de 1993 y adopción de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con una reforma en 2011, v. GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, “La modificación al derecho arbitral mexicano, Un comentario”; **Paraguay**, Ley 1879 de 2002, incorporó en gran medida la Ley Modelo de la UNCITRAL; **Perú**, Ley Peruana de Arbitraje, decreto n° 1071 de 2008, v. SOTO COAGUILA, Carlos A., “Comentario a la ley peruana de arbitraje de 2008”; **Venezuela**, Ley de Arbitraje Comercial - Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998. Todos los artículos señalados en esta nota se encuentran publicados en Revista de Derecho Comparado, vol. N° 20, “Arbitraje Comercial. Novedades legislativas”, Bs. As. – Santa Fe, 2012.

<sup>32</sup> V. OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “El arbitraje en el derecho uruguayo”, en Revista de Derecho Comparado, vol. N° 20, “Arbitraje Comercial. Novedades legislativas”, Bs. As. – Santa Fe, 2012, p. 205.