

# Arbitraje y el nuevo Código Civil y Comercial argentino

Fernando Aguilar

RdN 918

## RESUMEN

El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina contiene un capítulo que regula el contrato de arbitraje, incorporando conceptos consagrados en todo el mundo. La tipificación del contrato de arbitraje dentro de un código no procesal es una novedad a la que deberán ajustarse el resto de las leyes existentes en cuanto puedan considerarse contradictorias con el texto aprobado. La redacción aprobada incurre en serios errores que podrían ser corregidos en el plazo señalado para su puesta en vigencia.

**Sumario:** 1. Concepto de arbitraje. 2. Rasgos típicos del arbitraje. 3. Ventajas del arbitraje frente a los pleitos que llegan a los estrados judiciales. 4. Novedades positivas del Código Civil y Comercial de la Nación. 5. Conclusiones.

## 1. Concepto de arbitraje

El arbitraje es uno de los múltiples modos de solución pacífica de conflictos previsto en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Es de derecho público cuando involucra Estados o personas de derecho público;<sup>1</sup> es privado cuando el conflicto se desarrolla entre personas físicas o jurídicas no estatales. Es internacional si no todas las partes residen dentro de las fronteras de un único Estado o el pleito contiene elementos de carácter internacional.

Un caso muy especial es el arbitraje de inversión, que pretende dar solución pacífica a los conflictos entre un Estado receptor de inversiones e inversores extranjeros. Fue estructurado a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el marco del Banco Mundial y de los tratados bilaterales de protección de inversores extranjeros celebrados por un gran número de países.<sup>2</sup>

1. Como el conflicto reciente entre Argentina y Uruguay causado por la construcción de una planta de pasta de celulosa sobre la ribera del río Uruguay.

2. Es notoria la cantidad de acuerdos bilaterales suscriptos por Argentina durante la última década del siglo xx.

El Código Civil y Comercial de la Nación sancionado en 2014 (CCCN) no regula el arbitraje público y tampoco se ocupa del arbitraje de inversión del CIADI. Además, son excluidos el arbitraje laboral y el arbitraje de consumo, porque tienen legislación específica propia. El CCCN incluye como contrato tipificado el de arbitraje privado o comercial exclusivamente (Capítulo 29, arts. 1649-1665).<sup>3</sup> Tampoco se ocupa del proceso arbitral, aunque contiene pocas reglas sobre la designación de árbitros y su remuneración y para dar solución práctica a determinadas incidencias que podrían presentarse cuando las partes no han acordado nada al respecto, con la intención de dotar de la mayor eficacia al contrato de arbitraje.

El juicio de arbitraje se encuentra incluido dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN; Libro VI, arts. 736 y ss.) y en los diversos códigos de procedimientos provinciales. Los códigos procesales establecen reglas para el proceso del juicio arbitral, pero no regulan el acuerdo de arbitraje ni los restantes acuerdos bajo los cuales se estructura el arbitraje, tales como el acuerdo con la institución administradora y los acuerdos con los árbitros designados. El CPCCN omite legislar el arbitraje internacional.

Es opinión generalizada que este conjunto de normas incluidas en los códigos de procedimientos ya son obsoletas y requieren una actualización en forma urgente.<sup>4</sup> La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se ha preocupado por dictar –y actualizar– la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.<sup>5</sup> Con ligeras modificaciones, los enunciados de la Ley Modelo han sido adoptados hace décadas por un gran número de países, y varios de sus principios principales se encuentran incorporados al CCCN.

Hasta la sanción del CCCN, la mayor fuente de normas positivas que incluyeran el arbitraje se encontraba en los tratados internacionales y multinacionales en los que la Argentina es parte. Cabe mencionar los principales: la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York de 1958 (Ley 23.619) y los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR (Ley 25.223).<sup>6</sup>

La institución del arbitraje existe en todos los Estados que tienen alguna relación comercial con Argentina, incluidos Cuba, Rusia, China, los países de África y del Cercano Oriente, y todos los Estados europeos. Es decir, es respetada y utilizada en naciones con organizaciones políticas y culturas jurídicas disímiles. Existió en

3. Ver RIVERA, Julio C., “Código Civil y Comercial. Modificaciones que cambian el espíritu del proyecto” [web], publicado en *infobae* (“Opinión”), 17/11/2013; y GUAIA, Carlos I., “El arbitraje en el proyecto de unificación legislativa”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 72-1, julio 2012, pp. 27-52.

4. Como excepción debe recordarse el admirable CPCC de la Provincia de Río Negro.

5. Documento de Naciones Unidas A/40/17, Anexo I, 11/12/1985.

6. Ver RIVERA, Julio C., *Arbitraje comercial. Internacional y doméstico*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, 1ª. ed., p. 85; y CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, 2ª ed.

la Grecia clásica y bajo el derecho romano, perduró durante la Edad Media, estuvo presente en el derecho colonial hispano, fue actualizada durante la Revolución Francesa y fue revitalizada para el comercio internacional desde los inicios del siglo XX.

Es notoria la importancia actual del arbitraje en los países de la región, entre ellos, Chile, Perú, Brasil, Colombia y, además, España y Méjico, merced a una adecuada legislación, frente a la cual nuestro derecho resultaba vetusto y atrasado. No sorprende, entonces, que, remediando en lo posible la falencia normativa, los tribunales argentinos hayan convalidado esta institución, tan arraigada en la comunidad de naciones, y tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial como la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y los tribunales provinciales hayan afirmado su vigencia en incontables fallos por sobre las infaltables y retrógradas disidencias. En cambio, resulta sorprendente que entre legisladores, funcionarios de gobierno de Argentina y profesionales del derecho, el arbitraje infunda inexplicables resquemores, atávicos temores y una resistencia encarnizada a los cambios requeridos para adoptar los modos de convivencia pacífica propios de las transacciones comerciales que se celebran hoy en todo el planeta.

## 2. Rasgos típicos del arbitraje

El arbitraje comercial privado es un acuerdo de voluntades destinado a resolver un conflicto presente o futuro de carácter patrimonial mediante la intervención de un árbitro, que dicta una sentencia llamada laudo, obligatoria para las partes, con efectos similares a los de una sentencia firme emanada de un juez competente (ver art. 499 CPCCN). En palabras de la CSJN,<sup>7</sup> es

... la institución por la que un tercero resuelve las diferencias que enfrentan a dos o más partes, en ejercicio de facultades jurisdiccionales conferidas por ellos mismos.

El CCCN define el contrato o cláusula arbitral de este modo:

Artículo 1649. Definición. Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...

La definición admite críticas, incluso de técnica legislativa, ya que puede sustentarse que no es conveniente insertar definiciones en un cuerpo de legislación que debe

7. CSJN, 5/11/2002, "Meller Comunicaciones SA UTE c/ ENTel", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 2003-B, p. 905.

ser preceptivo. Sin embargo, la divulgación del concepto tiene utilidad residual en la medida en que son frecuentes las confusiones entre mediación, conciliación y arbitraje con las que todavía tropiezan, sin ruborizarse, legos, escribanos y abogados del foro doméstico.

Cabe agregar que, por lo común, *arbitraje* también alude al procedimiento o juicio arbitral, según resulta de la cita del fallo de la CSJN. Esta sinonimia entre acuerdo arbitral y procedimiento o juicio arbitral suele dar lugar a confusiones.

La inclusión del Capítulo 29 del CCCN entre los contratos típicos o nominados es singular, ya que, generalmente, los países con cultura jurídica similar a nuestro ordenamiento legal reglamentan esta institución a través de una ley especial. Numerosos proyectos de ley inspirados en las excelentes recomendaciones de la Ley Modelo de Naciones Unidas (CNUDMI) no han logrado ser aprobados por nuestro Congreso, cuyo desinterés por el tema es notable.

Del artículo 1649 del CCCN surge en forma patente la naturaleza bidimensional del arbitraje privado:<sup>8</sup> se trata de un acuerdo entre personas privadas; sin embargo, este “contrato” tiene por objeto designar un juez, fijarle la competencia y dotarlo de normas procesales propias. Ello resulta incómodo porque estamos muy acostumbrados a la idea de que la administración de justicia es uno de los tres poderes constitucionales, ejercido por jueces designados por el Estado, y de que sus competencias y sus procedimientos surgen de la respectiva ley. Lo extraordinario de este juez que las partes eligen para resolver su caso es que se encuentra dotado de jurisdicción; es decir, sus decisiones tendrán el valor legal de una sentencia firme emanada de un juez estatal, porque así lo establecen el CPCCN y las restantes leyes aplicables.

Este rostro bifronte del arbitraje –de un lado, acuerdo entre privados; del otro, jurisdicción para establecer los derechos de las partes en conflicto que las leyes de ordinario confían a los jueces estatales– resulta desconcertante para ciertos juristas acostumbrados a los silogismos de la lógica formal y a distinguir, en forma tajante y absoluta, el ordenamiento jurídico vigente en las esferas de lo público y de lo privado, como si fueran ámbitos estancos. De allí los esfuerzos de benevolentes comentaristas para introducir el arbitraje en el estrecho molde de los contratos,<sup>9</sup> o el de sus contrincantes, que pretenden adjudicarle al arbitraje un rol de función jurisdiccional que consideran propio de la administración pública. A ello se suman quienes atacan el arbitraje como a su peor enemigo, afirmando con pobre rigor intelectual que “es la privatización de la justicia”, implicando que ello es muy indeseable.

Aquí cabe recordar que tanta sospecha y temor desaparecerían no bien se toma-se en cuenta que el arbitraje no es una panacea para todo tipo de litigio, ya que

8. OPPETT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Bogotá, Legis, 2006, p. 57.

9. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y SILVA ROMERO, Eduardo, *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005.

- 1) la ley limita estrictamente los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje (art. 1651 CCCN) y lo reserva exclusivamente para aquellos en los que se dirimen derechos patrimoniales libremente disponibles por las partes;
- 2) los árbitros, si bien en sus laudos establecen el derecho cuestionado con fuerza de cosa juzgada, carecen de *coercio*, es decir, las partes deben recurrir a los jueces estatales si se trata de hacer cumplir las decisiones arbitrales mediante el concurso de la fuerza pública. Esto no resulta tan sustancial como pareciera a primera vista en virtud de que la experiencia demuestra que los laudos son cumplidos voluntariamente en un altísimo porcentaje (arriba del 90%) en Argentina y en el resto del mundo.

Quienes sostienen que la Constitución Nacional reserva la jurisdicción para los magistrados que integran la administración de justicia y que, por lo tanto, su naturaleza afecta el orden público –implicando que los ciudadanos mayores de edad, capaces y con libre administración de sus bienes nada pueden pactar respecto de cómo solucionar un pleito de naturaleza patrimonial que sólo a ellos atañe– olvidan que los derechos afectados por los laudos son libremente disponibles por sus titulares. Bien podrían éstos renunciarlos, condonarlos, cederlos, transarlos o resolver el pleito tirando una moneda al aire, y en nada quedaría afectado el *proteiforme* orden público con este resultado –iguales argumentos han sido alzados en numerosos países y derrotados en todos los casos; Brasil es un buen ejemplo de ello–.<sup>10</sup>

Finalmente, para apaciguar a los escépticos, cabe subrayar que la delegación de competencia en los árbitros elegidos por las partes, que el Estado reconoce mediante el contrato de arbitraje, no es absoluta, ya que la ley reserva el control de la validez o nulidad del laudo final a los magistrados (entre otras facultades ejercibles a falta de acuerdo de las partes). El artículo 1656 del CCCN dispone:

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

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

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

En un gran número de países es generalmente aceptado que la legislación aplicable considere inválida la renuncia anticipada a reclamar en sede judicial la nulidad del laudo final. Sin embargo, se enuncian en cada caso las causales taxativas que pueden

10. AGUILAR, Fernando, *Manual práctico de arbitraje privado*, Buenos Aires, Heliasta, 2011, 1ª ed., p. 49.

invocarse para sustentar la eventual nulidad alegada. En contraste, es por todos aceptado que el recurso de apelación es renunciable (ver art. 760 CPCCN).

Ello en nada contradice el derecho argentino. En numerosas oportunidades distintos fueros han afirmado que la doble instancia mínima, inherente al derecho penal,<sup>11</sup> no es un requisito necesario para asegurar el derecho constitucional a tener un juez imparcial, cuando se trata de derechos patrimoniales disponibles por sus titulares.<sup>12</sup> En segundo lugar, es claro que toda parte en un pleito sustanciado ante los magistrados puede consentir la sentencia de primera instancia –de hecho, ello sucede frecuentemente–, sin que ello afecte su derecho de defensa. Por ello, una interpretación razonable y congruente con la intención de consagrar el arbitraje como contrato válido impone establecer que la única impugnación irrenunciable *ab initio* es la basada en alguna de las nulidades expresamente establecidas por la ley.

No cabe interpretar de otro modo la última oración del artículo transcrito, añadida sin debate ni mayor reflexión al texto original del Proyecto. Cuando el CCCN alude al laudo definitivo “contrario al ordenamiento jurídico”, no amplía las causales de nulidad previstas en la oración precedente, sino que aclara lo que ésta establece. Si ello no fuera así, a nadie se le ocurriría pactar el arbitraje a fin de delegar la competencia para obtener una solución final a su discrepancia fuera del alcance de las leyes de procedimientos judiciales locales si ello las condujera de todos modos al mismo proceso judicial que pretendieron evitar.

La interpretación contraria a la aquí propugnada sería repudiable por los resultados absurdos que lograría, en contradicción a la tendencia mundial favorable al arbitraje. En tal sentido, prevalece lo establecido con claridad meridiana en el primero y en el segundo párrafo del mismo artículo. Por lo demás, la voluntad del legislador es favorecer el arbitraje, incorporando el ordenamiento jurídico de Argentina a la comunidad de naciones más avanzadas, en lugar de entorpecer la voluntad de las partes para encontrar solución pacífica a las controversias sobre derechos disponibles por ellas. Las partes no desean ni solicitan una tutela estatal de esa clase.

El principio básico enunciado, utilizando el escueto latín del derecho romano como *pacta sunt servanda*, ha sido reconocido como norma fundamental de la nueva *Lex Mercatoria*, necesaria para llevar adelante las nuevas y complejas transacciones internacionales y solucionar en forma definitiva y pacífica los conflictos surgidos del entramado de relaciones globalizadas. Es reconocido en forma uniforme por la mayor parte de los Estados nacionales y constituye un pilar básico del sistema jurídico argentino (ver arts. 959, 961 y cc. CCCN). Es por ello imperativo utilizarlo como parámetro de interpretación de la ley.

11. Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969, aprobada por Ley 23.054), art. 8.2.h.

12. RIVERA, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 640.

### 3. Ventajas del arbitraje frente a los pleitos que llegan a los estrados judiciales

Si una institución jurídica ha permanecido durante siglos, es utilizada por los sistemas jurídicos de la mayor parte de los Estados existentes y ha sido adoptada por instituciones internacionales y transnacionales, es porque resulta útil a las partes en situación de conflicto y más conveniente que la vía judicial. Las principales ventajas radican en que las partes involucradas pueden acceder a una solución pacífica de sus conflictos patrimoniales en un plazo esencialmente más breve que el de cualquier pleito, que perdurará años ante los tribunales estatales, y a un costo razonable.

Ello cobra mayor importancia en el campo de las relaciones comerciales internacionales. Cuando se trata de conflictos entre comerciantes situados en distintos países, es explicable que el arbitraje ofrezca mayores garantías de alcanzar una solución justa frente al temor de sucumbir bajo eventuales simpatías nacionalistas, o de otra clase, de los jueces estatales, que por otro lado deben subordinarse a los vericuetos, chicanas, formulismos, tribunales de segunda o tercera instancia y plazos extendidos, propios a las leyes procesales locales.

Dichas ventajas esenciales, que son la verdadera razón de ser del arbitraje, quedarían destruidas si la ley, despreciando la voluntad común de las partes, las obligase a recaer una y otra vez ante los jueces estatales para que decidan lo ya resuelto por los árbitros, con el costo consiguiente emanado de leyes arancelarias, tasas de justicia, años de evitables demoras y honorarios de profesionales involucrados, entre otros inconvenientes y gastos accesorios, e incertidumbres cuando se trata de litigar en foros extraños e ignotos.

### 4. Novedades positivas del Código Civil y Comercial de la Nación

El Capítulo 29 del CCCN es un extraordinario avance para modernizar la regulación del arbitraje en nuestro ordenamiento legal, a la vez que aproxima la ley de fondo a los tratados que tienen por parte signataria a la República Argentina. De este modo, el derecho positivo gana congruencia y alcanza el nivel de las modernas legislaciones en la materia. En los próximos párrafos se examinarán las principales innovaciones.

Sin duda, el principal avance es haber consagrado, por fin, que el acuerdo de arbitraje para solucionar en forma pacífica conflictos sobre derechos disponibles existe y es frecuentemente utilizado en las transacciones con elementos de internacionalidad y en conflictos patrimoniales puramente domésticos, más allá de la reglamentación de los aspectos procesales en los códigos respectivos.

El artículo 1653 del CCCN establece la autonomía del acuerdo o cláusula arbitral respecto del contrato base relacionado. La autonomía determina la preser-

vación de la fuerza obligatoria del acuerdo arbitral aun cuando el contrato que lo contiene pueda ser impugnado o anulado. Además, en virtud de la autonomía, el acuerdo de arbitraje puede alcanzar los actos anteriores a la firma del contrato y las consecuencias posteriores a su terminación, rescisión o extinción. Ello permite respetar los efectos del acuerdo para la solución de toda discrepancia relacionada con el contrato base. En materia internacional, la autonomía del acuerdo arbitral permite que la cláusula de arbitraje resulte gobernada por una ley distinta a la ley del contrato.

La facultad que el artículo 1654 le concede al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia corre aparejada con la regla que consagra la autonomía; es aceptada en la generalidad de los países y ha sido incorporada hace décadas a la Ley Modelo CNUDMI. La regla es conocida como competencia de la competencia. Es una solución práctica que permite llevar adelante los arbitrajes con eficacia, logrando que se cumpla el acuerdo de arbitraje cuando alguna de las partes pretende cuestionar su existencia, alcance o poder vinculante. De todos modos, la decisión del tribunal arbitral sobre los alcances del contrato de arbitraje y la decisión sobre su propia competencia se encuentran siempre sujetas al control de los magistrados mediante la impugnación del laudo final por nulidad, basada en las causales taxativamente enumeradas.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1655 CCCN, el árbitro puede dictar medidas cautelares, pero si la parte resuelve acudir a un juez estatal para solicitarlas, dicha elección no será interpretada como renuncia a ejercer los derechos emanados de la cláusula arbitral. Nuevamente, la norma recoge los principios generalmente aceptados por numerosos ordenamientos jurídicos y los criterios consagrados por los antecedentes de la jurisprudencia comercial. Sin embargo, es criticable la disposición que al final aclara que las medidas cautelares pueden ser impugnables si violan derechos constitucionales, que parecería una obviedad, pero, cuando agrega que también serían apelables si fueran irrazonables, abre una puerta a impugnaciones que debería permanecer cerrada en tanto en cuanto –como ya se dijo– el laudo final es impugnado en sede judicial si fuese nulo. La previsión en cuanto a la ejecución forzosamente judicial de la medida es un error y ocasiona, de nuevo, un área de indefinición que el procedimiento arbitral pretende evitar.

Merece ser elogiada la existencia de instituciones dedicadas a la administración de casos, prevista en el artículo 1658. En efecto, en ausencia de institución administradora, llevar adelante el arbitraje ad hoc plantea numerosas dificultades, en especial cuando la ley del foro no ha sido actualizada con los progresos de la técnica jurídica creada a fin de asegurar el cumplimiento de la convención arbitral. Las instituciones o centros de arbitraje son un auxilio eficaz a las partes para ejecutar el acuerdo de arbitraje. En tal sentido, gozan de mayor prestigio la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA), la American Arbitration Association (AAA y ICDR) y la CIETAC (China).



En Argentina, las instituciones de arbitraje existen desde hace décadas. Son tradicionales el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC) y los tribunales de arbitraje de asociaciones de profesionales, tales como el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, entre otros. Además, tanto en la Ciudad de Buenos Aires como en las provincias, proliferan los centros menos conocidos que administran pocos casos.

La elección de la institución que administrará el caso debe ser objeto de especial atención. En tal sentido, los reglamentos de cada una presentan diferencias importantes que deben ser conocidas y evaluadas con sumo cuidado por quienes redacten el convenio arbitral.

Los artículos 1659 y 1660 CCCN avanzan sobre el procedimiento de designación de los integrantes del tribunal arbitral y calidades de los árbitros. Esta es una normativa que, por lo general, encuentra su lugar en los reglamentos de las instituciones administradoras. Sin embargo, debe entenderse que estos artículos son aplicables en el caso de que las partes no hayan acordado nada. En tal sentido, por ser normas supletorias, pueden ser útiles para quebrar la parálisis del arbitraje cuando una de las partes pretende obstaculizar el cumplimiento de lo pactado.

Ha sido tema de enfáticos debates la necesidad de exigir que los árbitros posean algún título terciario, sustentada por los colegios de abogados, celosos de su incumbencia. Sobre ello podríamos extendernos en argumentos en pro y en contra. Basta aquí señalar que:

- jueces legos existieron en nuestro país;
- el título habilitante para la profesión de abogado exige distintos requisitos y estudios en distintos países;
- los jueces nacionales han debido aplicar el derecho extranjero sin inconvenientes (ver arts. 2595 y cc. CCCN) y ello permite pensar que la aplicación de derecho argentino por extranjeros no representaría problema alguno;
- en materia de arbitraje internacional, es habitual que los árbitros apliquen el derecho elegido por las partes, que es distinto del derecho del lugar en el que ejercen su práctica profesional (por caso, el art. 13.5 del reglamento de arbitraje de la CCI expresamente prefiere la designación de un árbitro de nacionalidad distinta a las de todas las partes, como garantía de su imparcialidad).

La restricción de las personas que pueden ser designadas árbitros al hecho de haber cursado estudios en alguna escuela de derecho local no resulta razonable ni asegura la correcta aplicación del derecho que gobierna el caso, ya que puede muy bien no ser el derecho argentino, especialmente cuando las partes no se encuentran domiciliadas en el territorio nacional o los lugares de cumplimiento de las prestaciones contractuales rebasan las fronteras territoriales.

Por lo demás, el artículo comentado no hace más que recoger un principio ya establecido por distintos tratados que tienen a la República Argentina como signataria. Ello dicho, es dable anotar que la experiencia práctica indica que, a la hora de elegir el árbitro que juzgará el caso, las partes acostumbran elegir profesionales del derecho, de modo que el debate de las incumbencias en los hechos tiene escasa aplicación. Entre las excepciones se encuentran los casos que son sometidos al arbitraje del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, referidos generalmente a discrepancias relacionadas con inmuebles.

El artículo 1662 CCCN aborda en forma original el acuerdo de los árbitros con las partes, ya que es una relación pocas veces legislada genéricamente, aunque las reglas que enuncia son comunes a los reglamentos de las instituciones administradoras más prestigiosas. El tema enunciado en el inciso a), la obligación de revelar cualquier circunstancia anterior o concomitante que pueda afectar la imparcialidad e independencia del árbitro, desvela a los expertos en cuanto congreso de la especialidad es celebrado. Ello, en tanto las reglas de ética son muy rigurosas cuando se trata de establecer si el árbitro tiene conflicto de intereses con las partes o si ha incurrido en actividad profesional o de otra índole que pueda generarle a una parte que actúa con buena fe razonables dudas sobre su imparcialidad.

El artículo 1663 CCCN establece que los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces. Sin embargo, debe interpretarse que las partes pueden pactar causas de recusación específicas, en especial mediante el reglamento de la institución administradora respectiva. Lo cierto es que, por regla general, los árbitros son profesionales destacados en su especialidad, que por ello han tenido clientes, tienen clientes y esperan tener clientes en el futuro. La situación en cuanto a eventuales conflictos de interés es completamente distinta de la que puede presentarse con un magistrado dedicado a tiempo completo a ser juez del Estado. Por ello, los enunciados contenidos en los códigos procesales sobre causas justificadas de recusación de los magistrados son demasiado generales y contemplan los casos más burdos. Las restricciones para los árbitros son mayores que las de un juez, porque su inserción profesional y social no es comparable a la que presenta un magistrado.

El artículo 1664 CCCN aborda la retribución de los árbitros. Es un tema sumamente ríspido y de cierta complejidad. El pacto de honorarios se encuentra prohibido en prestigiosas instituciones como la CCI. Sin llegar a ese extremo, no es imaginable que un árbitro pacte su remuneración con la parte que lo designa cuando el reglamento de la institución administradora no lo prohíbe, sin dar a conocer de inmediato dicho acuerdo a los restantes árbitros y a las restantes partes en el arbitraje. La reticencia u omisión de un árbitro a revelar esta circunstancia (ver art. 1662 a) es causal suficiente para su recusación, sin perjuicio de constituir una falta ética descalificante para desempeñarse como árbitro en el futuro. En los arbitrajes ad hoc, cuando el árbitro único debe pactar sus honorarios, es imperativo que cualquier contacto en relación con este tema se haga en presencia de todas las partes involucradas, sin excepciones, estando prohibido que aborde la cuestión en una reunión *ex parte*.

La misma regla debe imperar sobre el panel de tres árbitros si fuera el caso. La oportunidad para pactar honorarios debe ser inmediatamente después de notificar a las partes la aceptación de su designación.

El artículo 1652 CCCN menciona el arbitraje de equidad, también conocido como de arbitradores o amigables compondores. En el arbitraje de equidad las partes liberan al árbitro de fundar en derecho su decisión. Pueden existir muchas razones para que las partes en una relación comercial opten por la elección de esta vía.

El arbitraje de equidad adquiere una importancia imprevista, debido a que, en el entramado de las relaciones comerciales internacionales y mega-empresarios, cobra impensada relevancia la existencia de acuerdos o constelaciones de contratos relacionados, no vinculables a ningún derecho nacional o ligados a múltiples derechos con vocación de ser aplicables al caso y que aportan soluciones contradictorias. Esta norma del CCCN, al establecer como regla general que a falta de acuerdo el arbitraje es de derecho, viene a contradecir el principio opuesto que, en contra de la tendencia mundial contemporánea, sobrevive en los códigos de procedimientos domésticos.<sup>13</sup>

El artículo 1650 CCCN impone la forma escrita. La exigencia de forma escrita ha sido atenuada y, por lo general, implica que resulta suficiente un principio de prueba escrita, sin necesidad de que exista un documento firmado por todas las partes afectadas.<sup>14</sup> Resulta loable que la norma comentada consagre la incorporación por referencia, ya que es una práctica frecuente en las contrataciones contemporáneas.

Los artículos 2663 y siguientes del CCCN contienen en apariencia una limitación a la *arbitrabilidad* de los conflictos que involucren derechos reales sobre inmuebles o muebles registrables. La norma establece la competencia exclusiva de los jueces nacionales para tales casos,<sup>15</sup> y no se advierte cuál pudo ser el motivo de esta limitación cuando no se trata de una acción declarativa ejercida *erga omnes*. En este tipo de acción no existe acuerdo previo de arbitraje, porque es el titular del derecho quien exige una rectificación de partidas o de otro modo persigue la registración de un derecho alegado en relación directa con un inmueble. En cambio, la situación es completamente distinta cuando la pretensión es ejercida contra una persona determinada que cuestiona el derecho alegado. En tales casos no se advierte el motivo de la exclusión.

Cabe recordar en este punto que han existido laudos del Tribunal de Arbitraje del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires cuyo objeto fue la declaración de existencia de una servidumbre. En estos casos, no habría interés en privar a las partes involucradas de solucionar su discrepancia mediante arbitraje. De todos modos, debe entenderse que si esta exclusión no es derogada y la dilucidación de

13. Ver AGUILAR, Fernando y CAIVANO, Roque J., "Notas sobre el arbitraje de equidad o de amigables compondores", en *Jurisprudencia Argentina*, 13/9/2006, fascículo n° 11 (t. 2006-III).

14. Ver Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958, aprobada por Ley 23.619), art. II.2.

15. GUAIA, Carlos I., ob. cit. (cfr. nota 3).

los derechos reales queda a cargo de los jueces locales con exclusividad, deberían ser arbitrables los conflictos patrimoniales entre personas privadas derivados de la decisión judicial sobre estos derechos tanto como aquellos juicios donde la discusión sobre la existencia o alcance de un derecho real resulta accesoria y no constituye la principal pretensión de la parte demandante.

Resulta muy positivo que el artículo 2548 CCCN haya establecido con claridad que la mera solicitud de arbitraje interrumpe la prescripción.

## 5. Conclusiones

- 1) Toda nueva ley, en especial si posee el alcance general propio de una nueva codificación, es susceptible de colisionar con la estructura normativa vigente, que viene de larga data. El Capítulo 29 del CCCN no es excepción. Será tarea de los jueces encargados de interpretar los conflictos de leyes limar las asperezas y trascender las contradicciones. Por lo demás, existen errores (destacamos la última oración del art. 1656 CCCN como el más evidente) que deberían ser objeto de análisis, debate y corrección antes de su entrada en vigencia.
- 2) El modo irregular en que el Poder Ejecutivo dispuso que se votara el Proyecto de ley en la Cámara de Diputados de la Nación no ha sido materia del presente trabajo, aunque sin duda ejercerá influencias negativas durante mucho tiempo, sin que pueda descartarse una futura derogación para introducir correcciones parciales a todo texto aprobado que no goce de consenso.
- 3) La principal virtud del texto analizado es que no pretende originalidad. El legislador no ha querido mejorar lo dispuesto en el resto del mundo, sino que ha receptado en forma razonable los principios fundamentales de la institución que han sido elaborados y probados por un gran número de países y, en ciertos casos, ya habían sido consagrados por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Con ello, el CCCN representa un avance legislativo notable que restituye el orden jurídico argentino a su posición de avanzada respecto de las legislaciones vigentes en el mundo entero.
- 4) El flamante CCCN, por contraste, resalta la vetustez de los códigos procesales en esta materia. Si el CPCCN y los restantes códigos de procedimientos provinciales se adaptasen al nuevo ordenamiento durante el tiempo que debe transcurrir hasta la vigencia del CCCN o inmediatamente después de su entrada en vigencia anticipada, la institución del arbitraje, por fin, podría florecer en Argentina. Para ello, no haría falta más que las legislaturas locales y el Congreso de la Nación adoptaran la Ley Modelo CNUDMI y sus enmiendas aprobadas, con mínimas adaptaciones, como lo han hecho con singular éxito numerosos Estados nacionales que poseen los más diversos sistemas jurídicos.<sup>16</sup>

16. Más de sesenta Estados nacionales, ocho estados de Estados Unidos y trece provincias de Canadá.