

**NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE EN EL
CODIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Humberto G. Vargas Balaguer¹¹
María Florencia Caillet Guzmán²²
Germán Gabriel Riveros Muscarello³³

Resumen

El arbitraje es un instituto que a lo largo de la historia, y en países con las más diversas culturas jurídicas, ha demostrado ser una eficiente herramienta para dirimir controversias en forma pacífica. Este método de solución de litigios es alternativo a la justicia estatal, pero no busca su reemplazo ni el menoscabo de su importantísima labor sino, por el contrario, procura complementarlo y aliviar la sobrecarga del Poder Judicial, de modo que en una relación de cooperación o de simbiosis entre ambos sistemas, todos se beneficien posibilitando un mejor servicio de justicia.

En el presente artículo se analiza la figura del arbitraje en su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación, verificándose en líneas generales las cuestiones más importantes y las novedades que incorpora la nueva legislación.

Palabras-Clave: Arbitraje – Código Civil y Comercial.

NOTES ON ARBITRATION IN CIVIL AND COMMERCIAL CODE**Abstract**

Arbitration is an institute that along history and in countries with diverse legal cultures, has proven to be an efficient tool to settle disputes peacefully. This method of dispute settlement is an alternative to state justice, but does not seek its replacement or diminution of its important work. On the contrary, Arbitration seeks to complement and relieve the workload of the judiciary, so that in a cooperative relationship or symbiosis between the two systems, everyone benefits allowing a better justice service.

In this article the figure of arbitration is analyzed under its regulation in the Civil and Commercial Code of the Nation, verifying in general the most important issues and innovations incorporated of new legislation

¹¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Postgraduado en Derecho Empresarial por la U.A.D.E. Profesor de Sociedades y Seguros y de Contratos Modernos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Católica de Cuyo. (humbertogvargas@speedy.com.ar).

²² Abogada. Profesora de Sociedades y Seguros en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo.

³³ Abogado. Profesor de Contratos Modernos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo.

Key words: Arbitration – Civil and Commercial Code

NOTAS SOBRE EL ARBITRAJE EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

Humberto G. Vargas Balaguer⁴⁴
María Florencia Caillet Guzmán⁵⁵
Germán Gabriel Riveros Muscarello⁶⁶

1. Preliminar

El arbitraje es un antiguo instituto –históricamente anterior a la justicia estatal–, que entró en declive en el siglo XIX, pero en los últimos tiempos ha experimentado un notable avance a nivel internacional como modo de resolver litigios.⁷⁷ A raíz del desarrollo internacional y su aceptación creciente en los usos y prácticas en nuestro país –según se destaca en los Fundamentos elaborados por la Comisión de Reformas–, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) lo recepta en el Libro III, Título IV, Capítulo 29, arts. 1649 a 1665.

A continuación, se analizarán los aspectos generales del arbitraje en su regulación en el nuevo Código, sin fines exegeticos exhaustivos y con propósito informativo.

2. Definición. Naturaleza jurídica

El CCC, en su art. 1649, expresa: “*Definición. Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público*”.

Es decir, el nuevo Código regula al arbitraje como un contrato.

Sin ánimo de adentrarnos en el viejo debate teórico de si el instituto es de naturaleza contractual o jurisdiccional, que se creía ya superado, adherimos a la crítica que formula cierta doctrina al respecto⁸⁸, en el sentido de que no se puede reducir la interpretación del arbitraje sólo a la de

⁴⁴ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Postgraduado en Derecho Empresarial por la U.A.D.E. Profesor de Sociedades y Seguros y de Contratos Modernos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Católica de Cuyo. (humbertogvargas@speedy.com.ar).

⁵⁵ Abogada. Profesora de Sociedades y Seguros en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo.

⁶⁶ Abogado. Profesor de Contratos Modernos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo.

⁷⁷ Nto. “Arbitraje: una solución a la crisis de la justicia”, Diario de Cuyo, San Juan, 27/8/2015, p. 14.

⁸⁸ ROJAS, Jorge A., “El arbitraje como contrato en el Proyecto de Código”, LL, 2012-F-1003. Cita Online: AR/DOC/4904/2012.

un contrato, toda vez que es un verdadero “sistema de resolución de conflictos de carácter adversarial” que excede el marco de una simple contratación.

Si bien no se discute que tiene un origen contractual –el arbitraje voluntario–, pues para que una controversia pueda ser sometida a la decisión de árbitros es necesario que las partes lo acuerden, en su desarrollo se advierte el desenvolvimiento de un proceso a través de una serie concatenada de actos que propenden a un objetivo determinado, que será distinto tanto para las parte como para el tribunal arbitral⁹.

O sea que tiene una raíz convencional y un desarrollo jurisdiccional, siendo su naturaleza mixta (contractual y jurisdiccional)¹⁰.

3. El acuerdo arbitral. Forma

El acuerdo arbitral es el contrato en virtud del cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia actual o futura¹¹.

El acuerdo entre las partes se puede exteriorizar a través de una *cláusula compromisoria* o de un *compromiso arbitral*, dependiendo del momento de su adopción.

La cláusula compromisoria (o cláusula arbitral) es el convenio por el que las partes se comprometen a someter a un árbitro los litigios futuros que puedan surgir entre ellos, que tengan su causa en el contrato en el que se encuentra inserta. El compromiso arbitral, en cambio, se perfecciona cuando existe un conflicto actual, que ya ha surgido¹².

En relación a la cuestión en análisis, el art. 1650 del CCC dispone: “*Forma. El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*”.

Es decir, en cuanto al requisito de forma la norma citada establece que debe ser por “escrito” – al igual que el art. II.1. de la Convención de Nueva York–, lo que supone que el contrato se debe

⁹ ROJAS, Jorge A., “La regulación del arbitraje en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia, año 3 - 2012 - 3, ps. 49 y sig.

¹⁰ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “Aun 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...”. Fallos 322:1100.

¹¹ Rivera, Julio César, *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 95.

¹² Marshall, Enid A., *Gill: The law of arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2001, p. 18; Boisseson, Matthieu de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly, Paris, 1990, p. 113.

probar por ese medio.

Asimismo, aclara el referido art. 1650 que el acuerdo arbitral puede constar como cláusula compromisoria en el mismo contrato principal o en un acuerdo o documento separado (“acuerdo independiente” o “estatuto” o “reglamento”). Respecto a la “referencia” a que alude en su segundo párrafo, es similar a la redacción del art. 7°, párrafo 6), de la Ley Modelo UNCITRAL.

4. Clases de arbitraje

4.1. Arbitraje de derecho y de amigables componedores

Según el procedimiento a seguir y la naturaleza de la decisión sobre las cuestiones sometidas a arbitraje, éste puede ser de derecho (*iuris*) o de amigables componedores.

El arbitraje *iuris* debe desarrollarse conforme a Derecho. Como su nombre lo indica, los árbitros llevarán a cabo el proceso y decidirán aplicando la ley, tanto en cuanto a la forma como al fondo del asunto, al igual que se haría en sede judicial. Tal cual apunta Alsina¹³, los árbitros de derecho deben observar el mismo procedimiento señalado para los jueces comunes.

Como se advierte, es similar la forma de actuar y de resolver de los árbitros *iuris* y de los jueces, pero la diferencia radica en que en el arbitraje las partes pueden establecer reglas especiales que deben aplicar los árbitros en el trámite del proceso (art. 751, CPCCN). Aunque la legislación positiva argentina no lo exija de manera expresa, en doctrina¹⁴ se reconoce la necesidad de que los árbitros *iuris* sean abogados, criterio que compartimos.

Por su parte, en el arbitraje de amigables componedores (llamados en las legislaciones modernas árbitros “de equidad”¹⁵), éstos pueden proceder sin sujeción a formas legales, respetando naturalmente el derecho de defensa de las partes¹⁶. Mientras que los árbitros *iuris* resuelven con arreglo a derecho, los amigables componedores lo hacen según su saber y entender (art. 769, CPCCN). En esta modalidad, en la cual se les permite a los árbitros llevar el proceso y dictar el laudo conforme a criterios de equidad, los mismos se guiarán por su propio sentido de justicia, por criterios de prudencia y oportunidad, y dictarán y justificarán el laudo de

¹³ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1943, t. III, ps. 799/800.

¹⁴ Caivano, Roque J., *Arbitraje*, 2ª edición, Ad-Hoc, Bs. As., 2008, p. 72.

¹⁵ Leyes de Arbitraje de España (2003), de la República Dominicana (2008), entre otras.

¹⁶ Palacio, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1988, t. IX, p. 21; FASSI, Santiago C., *Código procesal civil y comercial de la Nación*, 2ª edición, Astrea, Bs. As., 1979, t. III, ps. 437/438.

acuerdo con su conciencia en consideración al caso concreto¹⁷.

El art. 1652 del nuevo Código recepta a ambas clases de arbitraje. Asimismo expresa que: “...Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables compondores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según la equidad, se debe entender que es de derecho”.

Conforme se desprende de dicha norma, y a diferencia de la solución del art. 766 del CPCCN, en caso de duda sobre la intención de las partes de si han querido nombrar árbitros de derecho o amigables compondores, debe entenderse que han de serlo de derecho, lo cual consideramos acertado.

4.2. Arbitraje institucional y ad hoc

Según la forma de organización del arbitraje, éste puede ser institucional o *ad hoc*.

En el arbitraje institucional interviene una institución administradora del arbitraje. Para tal fin, cuenta con estructura y organización propia, y dispone de un reglamento al cual las partes se deben someter. Estos reglamentos regulan el procedimiento en caso de conflicto y, por lo general, establecen la tasa o derecho de arbitraje –de bajo costo– y los honorarios de los árbitros –salvo que ellos estén a cargo de la entidad administradora–.

Existen instituciones arbitrales que disponen de una lista de árbitros de entre los cuales los litigantes pueden escoger según la confianza que les merezcan. En otras, se cuenta con un tribunal constituido en forma permanente (como en el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o en el del Colegio de Abogados de Mar del Plata).

Por su parte, en el arbitraje *ad hoc* (o libre) no interviene ninguna institución arbitral que administre formalmente el arbitraje, de modo que las partes tienen que nombrar directamente al árbitro o al tribunal arbitral, sin la asistencia de entidad alguna. Además, las partes tendrán que acordar las normas de procedimiento arbitral de manera más o menos pormenorizada, y proveer lo necesario para que el arbitraje pueda llevarse a cabo.

En punto al tema en estudio, el CCC, en su art. 1657, contempla expresamente el arbitraje institucional. Dice así: “*Arbitraje institucional. Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades*

¹⁷ Broggin, G., y otros, “Arbitrato di equità”, en *L'arbitrato profili sostanziali*, Coord. G. Alpa, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1999, p. 324.

administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje”.

Por tanto, si las partes deciden acudir a un arbitraje institucional, la entidad administradora será quien llevará a cabo el procedimiento a través de su propia organización y conforme a su propio reglamento que integrará el contrato arbitral.

5. Autonomía del acuerdo arbitral. Principio competencia/competencia

5.1. Autonomía

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

La norma citada recepta el principio de la autonomía del acuerdo arbitral.

Esa autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. En otras palabras, la ineficacia del contrato, sea genética (nulidad) o sobreviviente (resolución o rescisión), no causa la ineficacia de la cláusula arbitral¹⁸.

En definitiva, el convenio arbitral es autónomo respecto del negocio base que lo contiene, lo que implica que la validez o eficacia de aquel es independiente de la validez o eficacia de éste.

Por ello, se dice que en cierta forma es un contrato dentro de otro contrato¹⁹.

De este principio se deriva –como claramente lo establece el art. 1653– que aun en el caso de que se plantee la nulidad del contrato base o principal, no causa la incompetencia del tribunal arbitral, sino que esta cuestión deberá ser resuelta por los propios árbitros.

5.2. Principio competencia/competencia

Relacionado con el principio de la autonomía del acuerdo arbitral –aunque no se los debe confundir²⁰– se encuentra el de que los árbitros son competentes para decidir sobre su propia

¹⁸ RIVERA, Julio César, *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, cit., ps. 100/101.

¹⁹ Boisseson, Matthieu de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., p. 15.

²⁰ El principio de autonomía es de derecho sustantivo y el de competencia/competencia es procesal: CRAIG, Lawrence W. - PARK, William W. - PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª edición, Oceana – ICC, 2000, p. 49, citados por RIVERA, Julio César, *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, cit., ps. 109/110.

competencia, cuando ésta es cuestionada; principio que se conoce como competencia/competencia (o *kompetenz-kompetenz* según lo bautizó la doctrina alemana).

Hasta la sanción del CCC, nuestra legislación ritual no contenía disposiciones que hicieran referencia a la cuestión, por lo que existía una disparidad de criterios en la jurisprudencia (que, sin duda, dificultaba la plena operatividad del arbitraje).

El nuevo Código vino a cubrir ese vacío, estableciendo en su art. 1654: *“Competencia. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”*.

6. Medidas previas

El art. 1655 del CCC dispone expresamente que, salvo estipulación en contrario, *“...el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante”*.

De esta forma, se disipa cualquier duda sobre las facultades que poseen los árbitros de dictar todas las medidas cautelares que puede ordenar un juez estatal (embargo preventivo, secuestro, intervención judicial, prohibición de innovar y de contratar, inhibición general de bienes y anotación de litis, etc.), como así también diligencias preliminares y de prueba anticipada.

Esa facultad de los árbitros emana del acuerdo arbitral, que les otorga jurisdicción para evaluar y decidir sobre su procedencia. Son ellos quienes tienen exclusiva atribución para –previo pedido de parte– examinar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y establecer la contracautela que deberá presentar el solicitante de la medida.

Ahora bien, los árbitros carecen de *imperium*, por lo que necesitan para tal fin la colaboración de los jueces estatales; de allí el principio “el árbitro decide, el juez ejecuta”. Por tal razón, el citado art. 1655 expresa: *“...La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial...”*.

Tanto en forma previa al comienzo del procedimiento arbitral como durante su tramitación, las partes están habilitadas para solicitar una medida cautelar o preliminar en sede judicial; lo que puede prestarse a discusión de si se ha prorrogado tácitamente la competencia de los árbitros a favor de los jueces del Estado y renunciado así a la jurisdicción arbitral. Para aclarar la cuestión,

el mencionado art. 1655 –al igual que el art. 9° de la Ley Modelo UNCITRAL– dispone que las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, *sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.*

7. Revisión del laudo

Este es uno de los asuntos más polémicos de la nueva regulación y que mayores interrogantes plantea.

Dice el art. 1656, en su tercer párrafo: *“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 punto a la primera frase de la norma, destacamos que las causales de nulidad previstas en el CCC se refieren a las nulidades de los actos jurídicos (Capítulo 9°, Título IV, Libro I), pero no tienen nada que ver con las causales de nulidad que contemplan los códigos procesales (arts. 760 y 761, CPCCN). Es decir, invocar una causal de nulidad de un laudo en base a las nulidades del CCC, implicaría un razonamiento absurdo y sin operatividad en la práctica.

Por ende, en nuestra opinión, tal dispositivo no se debe interpretar de manera exegética y aislada –de lo contrario no habría solución–, sino de forma sistémica y “de modo coherente con todo el ordenamiento” (cfr. art. 2°, CCC). Ello así, de la interpretación armónica de este artículo con las normas específicas de los códigos adjetivos –que integran el ordenamiento jurídico general–, devendría procedente la invocación de las causales de nulidad previstas por aquellos. Respecto a la segunda oración del art. 1656 –que no se encontraba en el Anteproyecto sino que fue agregada con posterioridad–, va en contra de una regla universal del arbitraje, que se remonta a sus mismos orígenes, cual es el carácter definitivo, obligatorio e irrecusable del laudo, salvo por vía del recurso de nulidad que es irrenunciable.

En nuestro país, los únicos recursos indisponibles por las partes e insusceptibles de renuncia son la aclaratoria y la nulidad (art. 760, CPCCN). El sentido de este último es resguardar la garantía constitucional de la defensa en juicio, y su objeto no es examinar el fondo de lo resuelto, sino que el juez estatal controle que se hayan dado cumplimiento a determinados recaudos considerados fundamentales por la legislación para una buena administración de justicia. De allí

que las causales del recurso de nulidad son puntualmente las siguientes: (i) falta esencial del procedimiento; (ii) haber fallado los árbitros fuera del plazo acordado por las partes; (iii) haber fallado sobre puntos no comprometidos (art. 760, CPCCN) y, (iv) contener el laudo en su parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí (art. 761, CPCCN). El resto de los recursos son válidamente renunciables y, de hecho, así se estila –en particular con el de apelación– en la mayoría de los arbitrajes a fin de evitar su “judicialización”.

Pero la última locución del art. 1656 abre las puertas para que cualquiera de las partes que haya tenido un laudo desfavorable acuda a la justicia por vía del recurso de apelación, para revisar el fondo de lo resuelto, atacando errores *in iudicando*, o sea, de juzgamiento. De tal manera, quedaría desnaturalizado el instituto de arbitraje, y se atentaría contra las bondades del mismo (entre otras, la celeridad en su tramitación). Al margen de lo expuesto, con una disposición de ese tenor y alcance, difícil es pensar que Argentina sea elegida como sede en arbitrajes internacionales.

Salvo, que se interprete que el término “impugnación” se refiere exclusivamente al recurso de nulidad, y que la frase “contrario al ordenamiento jurídico” alude solo a las causales específicas de nulidad de los laudos previstas en los códigos procesales. Cuestión ésta por demás dudosa, teniendo en cuenta la amplitud de la terminología empleada en el dispositivo y el significado que se le da en el uso común y legal.

8. Colofón

Tomando palabras de Morello, en Argentina, por diversos factores, el arbitraje *todavía no ha llegado a su mayoría de edad e independiente actuación*²¹, no obstante haber demostrada sobradamente que es un método eficaz para resolver conflictos. En el nuevo Código, se trasluce la clara intención del legislador de alentar su uso. Si bien el CCC permitirá una mayor difusión del instituto e incorpora innovaciones acordes con las modernas legislaciones de arbitraje (v.gr., la autonomía del acuerdo arbitral, el principio de competencia/competencia, la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares) que constituyen un adelanto en relación a las obsoletas regulaciones de los códigos de procedimiento, trae consigo ciertos aspectos (como la revisión judicial del laudo del art. 1656) que colocan su implementación futura en un cono de sombra, por lo menos durante el tiempo en que la jurisprudencia consolide un criterio sobre el alcance

²¹ Morello, Augusto Mario, *El arbitraje: sus desafíos*, Lajouane, Bs. As., 2005, p. 96.

de sus disposiciones. Además, al avanzar el CCC sobre cuestiones de neto corte procesal (facultad reservada de las provincias, arts. 121, 123, 5° y conc., CN), se pueden generar tensiones con las normativas locales y posibles planteos de constitucionalidad. Por ello, y como ya lo dijimos en otro trabajo²², consideramos que hubiese sido preferible regular el arbitraje en una ley federal especial, invitando a las provincias a adherirse a ella.

²². Ntro., “El arbitraje societario a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”, RDCO, N° 275, Nov. /Dic. 2015, p. 1817