

Textos legales

Argentina

Arbitraje, vol. VIII, n° 3, 2015, pp. 765-784

El contrato de arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: Ley 26.994.

Roberto Carlos HERMIDA *

Sumario: I. Introducción. II. Breves comentarios sobre el articulado. 1. Contrato de arbitraje. 2. Arbitrabilidad. 3. Clases de arbitraje. 4. Separabilidad y competencia para determinar la competencia. 5. Medidas cautelares. 6. Efectos del convenio de arbitral y anulación del laudo. 7. Arbitraje administrado. 8. Cláusulas facultativas. 9. Árbitros. III. Comentario final.

I. Introducción

A partir del 1 de agosto de 2015, está en vigor en la República Argentina el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la Ley 26.994 (en adelante CCCN). Este nuevo cuerpo legal, deroga los anteriores regímenes: Código Civil vigente desde el año 1869 (Ley 340) y el Código de Comercio que rige desde 1890 (Leyes 15 y 2637). Aunque se produjeron reformas parciales a lo largo de casi 150 años, hoy han quedado unificadas dentro de un mismo cuerpo legal de 2671 artículos, la legislación Civil y Comercial de fondo, y que regirá la vida jurídica en el país, tanto de las personas físicas como jurídicas. Dichas reformas han sido profundas, y aunque muchas de las nuevas figuras legales reflejan aquello que la jurisprudencia ya aplicaba por vía de interpretación, se han creado nuevos institutos legales que reflejan la impronta innovadora del nuevo régimen. El CCCN ha generado cambios en muchos temas, entre los que podemos destacar las cuestiones relativas a la familia y los derechos reales y comerciales. Será de esperar ver en los próximos tiempos muchos comentarios estudios y trabajos que ayuden a su inter-

* Abogado. Estudio Hermida y Asociados. Buenos Aires. Argentina.

pretación, pero también se alzarán críticas, disensos e interpretaciones jurisprudenciales, ya que, ni siquiera sus redactores al alcanzado la perfección absoluta.

Uno de sus aspectos novedosos ha sido legislar sobre el “contrato de arbitraje” (arts 1549 a 1665), que parece haber dejado zanjada la discusión vinculada con la “naturaleza jurídica” de la institución, toda vez que algunos comentaristas han abogado por considerar que el arbitraje es un mecanismo de tipo procesal, y no estrictamente de un contrato¹. Para el CCCN, habrá contrato de arbitraje cuando las partes decidan 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 (art. 1649). Los miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto expresaron que: “La fuente del articulado han sido el Cc de Québec, La Ley Modelo UNCITRAL (LMU) y el reciente Decreto francés de enero 2011, reconociéndose que los principios que recoge son hoy prácticamente universales”².

Las líneas generales de la nueva regulación son las siguientes:

i) El arbitraje podrá ser tanto de Derecho como de amigables componedores. Si las partes nada aclaran, el arbitraje será considerado como de derecho (art 1652).

ii) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y podrá adoptar la forma tanto de una cláusula compromisoria incluida dentro de un contrato, como en un acuerdo independiente, estatuto o reglamento (art. 1650).

iii) Quedan excluidas del contrato de arbitraje, las controversias que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas y algunas cuestiones de familia; aquellas vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; las derivadas de relaciones laborales, y las controversias en que sean parte los Estados nacional o local (art 1651).

iv) El CCCN establece la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato en el cual está inserta. Por lo tanto, la nulidad del contrato no debería implicar necesariamente la nulidad del acuerdo arbitral. Por ello, aun si el contrato principal es nulo, los árbitros deberían conservar su competencia para dirimir cualquier disputa que pueda haber surgido de él, incluso aquellas relativas a la validez del contrato (art 1653).

¹ Federación Argentina de Colegios de Abogados FACA, Observaciones al Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, 28-03-2012. http://www.faca.org.ar/index.php/component/docman/doc_download/33-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-civil-mendez-a-abogados.html.

² Decreto N° 2011-48 del 13 enero 2011. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Comisión Redactora integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, Decreto Presidencial N° 191/2011.

v) Se incorpora legislativamente el principio conocido como *kompetence-kompetence*, por el cual, salvo 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 cualquier otra cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia (art. 1654).

vi) El CCCN permite expresamente que los árbitros dicten medidas cautelares. La ejecución de dichas medidas cautelares le corresponde a los jueces. Además, se establece el principio de jurisdicción concurrente, lo que implica que las partes podrán solicitar medidas cautelares también a los tribunales judiciales, sin que ello implique una violación o renuncia de la jurisdicción arbitral, ni un menoscabo de los poderes que tienen los árbitros para dictarlas. Finalmente, se establece que las medidas dictadas por los árbitros podrán ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables (art. 1655).

vii) El CCCN incorpora el principio del efecto negativo del acuerdo arbitral. Esto es, se excluye expresamente la competencia de los jueces cuando exista un acuerdo arbitral, salvo que (a) el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y (b) el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. Se consagra también el principio *in dubio pro arbitraje*, según el cual en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje (art. 1656).

viii) Los laudos arbitrales podrán ser revisados ante la justicia competente en razón de la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad total o parcial. El CCCN dispone que no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera “contrario al ordenamiento jurídico” (art. 1656).

ix) Se podrán pactar tanto arbitrajes institucionales como *ad hoc*, así como la posibilidad de convenir acerca de una gran cantidad de cuestiones relacionadas a la manera en la cual se desarrollará el arbitraje. Así, por ejemplo, existe libertad para convenir la sede del arbitraje, el idioma, las reglas procesales, la manera de distribuir las costas y la confidencialidad del proceso (arts. 1657 y 1658).

x) El CCCN prevé también la manera de elegir a los árbitros ante la ausencia de acuerdo de partes (art. 1659); se regula acerca de la calidad de los árbitros sin establecer ningún tipo de limitación específica (art. 1660), y existe la nulidad de cualquier cláusula que confiera a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros (art. 1661). Establece también las obligaciones y deberes de los árbitros, la manera y causales por las cuales pueden ser recusados—que son las mismas que para los jueces—, la manera de determinar la retribución de los árbitros, y la extinción de su competencia una vez dictado el laudo definitivo (arts. 1662 a 1665).

En suma, que la introducción del “contrato de arbitraje” en el Derecho argentino, mejora ampliamente el desarrollo del arbitraje comercial en el país pues, la moderniza y no lesiona, *prima facie*, ningún principio constitucional.

II. Breves comentarios sobre el articulado

1. Contrato de arbitraje

Art. 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, de Derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

Este artículo define el objeto³ del contrato de arbitraje con referencia al sometimiento de controversias provenientes de una relación jurídica contractual o no contractual donde no se comprometa el orden público. En líneas generales las legislaciones fuente⁴ del Derecho local⁵ que establecían que el objeto del arbitraje será toda cuestión susceptible de transacción⁶, con la necesaria remisión a la legislación de fondo⁷. Queda claro que el objeto del arbitraje deriva únicamente de los derechos patrimoniales disponibles, provengan de una relación jurídica contractual o no. Como se establece en los Fundamentos al Anteproyecto⁸ de CCCN, el texto tiene como fuente la LMU⁹, refiriéndose en similares términos, la Convención de Nueva York, con respecto a las diferencias que pueden someterse a Arbitraje¹⁰.

El arbitraje, en las últimas dos décadas, ha experimentado una expansión en la interpretación de las cláusulas arbitrales –por parte de los tribunales arbitrales– comprendiendo dentro de éstas a cuestiones extracontractuales¹¹.

³ Art. 1003 CCCN. *Disposiciones generales*. Se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1ª, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero de este Código. Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.

⁴ Especialmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 y sus reformas.

⁵ CPCCN.

⁶ Art. 737 CPCCN.

⁷ Arts. 842 a 849 Código Civil

⁸ Fundamentos del Anteproyecto de CCCN, [...], Decreto Presidencial N° 191/2011, citado.

⁹ LMU – art. 7, (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) – punto 1) que establece: Definición y forma del acuerdo de arbitraje. El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

¹⁰ Convención de New York, art. II.1º.

¹¹ N. Blackaby, “Arbitrabilidad de diferencias no contractuales”, en Tawil Guido S. y Zuleta Eduardo (dirs.), *El Arbitraje Comercial Internacional – Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot – Facultad de Derecho (UBA) – Universidad del Rosario, 2008, pp. 187–199.

En cuanto a la posibilidad de que las partes acuerden someter un conflicto a arbitraje comercial, aún después de su acaecimiento, se mantiene la concepción tradicionalmente receptada en los antecedentes locales¹², como así también en el Derecho comparado y en la LMU. Suele utilizarse la terminología “cláusula compromisoria” como la que establece el sometimiento a arbitraje en forma previa y, “compromiso arbitral” al celebrado por las partes cuando acuerdan llevar adelante un arbitraje, luego de acontecida la controversia.

Art. 1650. *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.

Esto significa que podemos referirnos a este contrato, independientemente, del momento en que se suscriba el acuerdo arbitral. Del art. 1650 surge, sin lugar a dudas que el acuerdo arbitral debe ser escrito y que debe constar en forma documentada. Puede estar incluido en el contrato base o, puede conformar un contrato materialmente separado. También, puede incorporarse en estatutos o reglamentos. Que el acuerdo deba estar por escrito es una característica central y tradicional reconocida en el Derecho comparado¹³ y en convenciones internacionales¹⁴, así consta en la LMU¹⁵. Otro tema novedoso de este artículo es la inclusión expresa de la posibilidad de incorporar acuerdos arbitrales en estatutos o reglamentos, como por ejemplo: estatutos de consorcios de propiedad horizontal¹⁶, asociaciones civiles, sociedades, y otras.

En consonancia con el punto 6, del art. 7 LMU, el artículo comentado contempla la “incorporación por referencia”. Se ha dicho al comentar este artículo que:

“... no debe ser confundida con la mera “referencia”. Es por ello que aquélla exige dos requisitos: que el contrato (y por lo tanto la referencia en él incluida) conste por escrito y que la referencia citada implique que la cláusula arbitral forma parte del contrato en el cual se hace referencia. La incorporación por referencia adquiere utilidad en especial en aquellos supuestos en que el contrato arbitral carece de ciertos elementos que sí se encuentran en el documento referido, lo cual implica una mayor celeridad y una forma clara de evitar eventuales conflictos”. Adicionalmente, se expresó: “En la doctrina arbitral se ha debatido acerca de las dos clases de incorporación por referencia: general a un documento o especial, esto es específica a la cláusula arbitral en él contenido. Nos inclinamos por la primera de dichas opciones, considerando que dicha interpretación resulta más

¹² Art. 736 CPCCN.

¹³ – La Ley Boliviana N° 1770, *op. cit.*, Capítulo II – Convenio arbitral – Art. 10.– (Formalización). La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, en consonancias con las tendencias más modernas (toma la LMU), amplía el concepto de convenio arbitral “escrito” a cualquier forma de constancia de su contenido, sea la ejecución de actos o cualquier otro medio, a saber: Título II – Convenio arbitral – Art. 13º.– Contenido y forma del convenio arbitral.

¹⁴ Convención de New York, *ob. cit.*, en su art II, punto 2. 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.

¹⁵ LMU, art. 7, (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006).

¹⁶ Hoy, personas jurídicas privadas, por imperio del art. 148 – CCCN

consistente con la permanente evolución que ha sufrido la doctrina y la legislación internacional en este punto, en pos de agilizar el arbitraje y ampliar su ámbito de aplicación [...]. Sin embargo, no es posible soslayar que la incorporación por referencia resulta una figura que puede generar controversias, razón por la cual el pragmatismo propio del tráfico mercantil lleva a recomendar la utilización de una cláusula arbitral institucional simple, evitando las remisiones mencionadas”¹⁷

2. Arbitrabilidad

Art. 1651. *Controversias excluidas.* Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

- a. las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- b. las cuestiones de familia;
- c. las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- d. los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;
- e. las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

Al respecto de las exclusiones contempladas, los autores del Anteproyecto han expresado lo siguiente:

“Este instituto se ha desarrollado en muchas materias diferentes: hay arbitrajes en materia laboral, conflictos en las relaciones de consumo, comercial, y otros. Sin embargo, cabe tener en cuenta que cada uno de ellos responde a principios y reglas muy disímiles y no es posible aplicar un modelo único. Por esta razón, el contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada se aplica, fundamentalmente en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales”¹⁸

Por su parte, ha sido clarificado en los fundamentos del Anteproyecto que, el Sistema de Arbitraje de Consumo, no se encuentra afectado por esta exclusión al estar incluido en otro régimen específico¹⁹. También quedan excluidos los contratos de adhesión, en principio, entendemos que es por su fuerte ligazón con las relaciones de consumo. A su tiempo, habrá que considerar si aquellos contratos de adhesión suscriptos entre empresas (comerciantes individuales²⁰, sociedades comerciales²¹ y empresas), quedan alcanzados por esta exclusión. Habrá que esperar las interpretaciones jurisprudenciales. Las cuestiones referidas al estado civil o la capacidad de las personas (inc. a) y; las cuestiones de familia (inc. b), no conforman derechos patrimoniales de libre disposición. Finalmente, en consonancia con el carácter de Derecho

¹⁷ G. Parodi, “Contrato de Arbitraje”, en J.C. Rivera y G. Medina Graciela (dirs.), en M. Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, 2015, pp. 855 y 856.

¹⁸ Fundamentos del Anteproyecto CCCN [...], Decreto Presidencial N° 191/2011. La Cursiva es nuestra.

¹⁹ Ley N° 24.240 y reformas, especialmente la Ley N° 26.361 de 2008

²⁰ En términos del art. 1° del – en breve – viejo Código de Comercio de la República Argentina.

²¹ En términos del art. 1° de la – en breve – modificada Ley de Sociedades Comerciales.

Privado del Contrato de Arbitraje, no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

En cuanto a la incorporación de exclusiones en leyes generales como son las del nuevo CCCN la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje Española, estable un parámetro de técnica legislativa distinta, no optándose por la exclusión enunciativa: El régimen español dice

“El art. 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”²².

3. Clases de arbitraje

Art.1652. *Clases de arbitraje*. Pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de Derecho.

Con una redacción, poco clara, este artículo recepta la histórica clasificación de árbitros de derecho y árbitros amigables componedores o de equidad. En primer lugar, el artículo utiliza el vocablo “arbitradores” recordando un viejísimo conflicto semántico expuesto ya por Lisandro Segovia en su mítico comentario al Ccom de 1889²³. Allí, y si bien se refiere a la particular regulación de la pericia arbitral, expone que el término “arbitradores” – siendo un portuguesismo– refiere a peritos y no, a árbitros²⁴. Consideramos que la inclusión de este vocablo debía haberse evitado en este nuevo código. En segundo lugar, la norma recepta la sostenida tendencia en el derecho comparado –desde hace varias décadas– y dentro de los Reglamentos de Arbitraje –tanto locales como internacionales– de establecer como norma supletoria ante la falta de establecimiento expreso por las partes, la actuación de los árbitros como “árbitros de derecho”. Además, las legislaciones más modernas también han abandonado la terminología “*amigables componedores*” por entender que puede llevar al error de pensar que éstos ac-

²² LA española N° 60/2003, 23 de diciembre. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23646 Aclaremos que la Ley N° 60/2003 ha sido modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8847 (consultado: 7 marzo 2015)

²³ L. Segovia, *Explicación del nuevo Código de Comercio de la República Argentina – con el texto íntegro del mismo código*, t. I, Buenos Aires, Felix Lajoune Editor, 1892.

²⁴ G.K. Torales, *La pericia arbitral en el Derecho mercantil con énfasis en el art. 476 del Código de Comercio y la necesaria propuesta de su Procedimiento Autónomo*, Tesis – Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, inédita (derechos reservados Ley 11.723), Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 2007, pp. 54 y 55.

túan como una suerte de mediadores. Sin embargo, por su universal conocimiento en el mundo hispanoparlante, la LMU²⁵²⁶, aún la conserva.

4. Separabilidad y competencia para determinar la competencia

Art. 1653. *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.

Con respecto a la autonomía del contrato de arbitraje, están contestes tanto la doctrina como la jurisprudencia local e internacional y así, ha sido receptado por la legislación de muchos países²⁷ y reglamentos arbitrales. Esto también se recepta en la LMU²⁸. La separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral implica que ésta debe considerarse un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato base, en el cual se encuentra asentada o vinculada. Por ende, toda decisión del tribunal arbitral por la que se disponga que el contrato sea nulo no comportará de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria. Debe tenerse presente, aunque alguna legislación se refiera al contrato base²⁹ como “contrato principal”, esto no significa que el contrato de arbitraje sea jurídicamente accesorio. Complementariamente, el artículo también se ocupa del principio *kompetenz-kompetenz*³⁰ el cual tiene un extendido reconocimiento en el Arbitraje Internacional, como veremos en el artículo siguiente, donde el nuevo CCCN lo trata en forma específica. Este principio les otorga a los árbitros la potestad de decidir sobre su propia competencia.

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.

El artículo recepta definitivamente el principio *kompetenz-kompetenz*³¹ ya incorporado en legislaciones de otros países y en convenciones internacionales. La LMU, en su art. 16, inciso 1) contempla este principio, conjun-

²⁵ LMU, Capítulo VI. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones – Art. 28. Normas aplicables al fondo del litigio. Punto 3) 3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

²⁷ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 8.

²⁸ LMU, Capítulo IV. Competencia del tribunal arbitral – Art. 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

²⁹ “...del contrato con que se relaciona”, como bien expresa el artículo comentado.

³⁰ Competencia de la Competencia.

³¹ Se ha propagado la terminología Alemana *Kompetenz-Kompetenz*. Sin embargo, en la doctrina de aquel país esta terminología refiere a un principio que difiere del general, ya que – en el caso Alemán – los árbitros tienen el poder de juzgar en última instancia, y sin control judicial ninguno, su competencia. C.A. Matheus López, “Asuntos sobre el principio de la competencia de la competencia”, http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia en http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia en [_matria_arbitral.asp](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia) (consulta: el 25 febrero 2015).

tamente con el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria³², allí expone que el principio que: "... implica que el tribunal arbitral podrá decidir independientemente acerca de su propia competencia, incluso sobre toda excepción que se haya opuesto contra la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, sin tener que recurrir a un tribunal estatal".

Este principio fue deducido del principio de autonomía del acuerdo arbitral y; lo que establece no es la exclusividad de los tribunales arbitrales, sino una *prioridad* para que éstos decidan sobre su propia competencia. Esto, a su vez, comporta la posibilidad de juzgar sobre la validez o no del contrato de arbitraje³³. Por ello, en caso que una de las partes se presentare ante la justicia estatal realizando un planteo sobre la competencia del tribunal arbitral, los jueces deberían abstenerse de pronunciarse (efecto negativo), si antes no lo ha hecho el propio tribunal arbitral (efecto positivo). A menos que, surja en forma palmaria, la nulidad o inaplicabilidad del acuerdo arbitral³⁴. El alcance del principio depende de las leyes locales. En nuestro Derecho nada regulaba respecto del principio "competencia-competencia". La CSJN, había establecido que era aplicable – al caso de conflicto positivo de competencia entre tribunales arbitrales y tribunales judiciales. El decreto-ley 1285/1958 sobre Organización de la Justicia Nacional establece que ella conocerá de las cuestiones de competencia que se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos³⁵.

La potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, no implica que la misma quede absolutamente exenta de supervisión judicial. Esta supervisión judicial podría ejercerse, si los árbitros se expidiesen sobre su competencia como cuestión previa, en forma inmediata. En caso que los árbitros se pronunciasen sobre su competencia al dictar el laudo (definitivo), podría solicitarse la revisión judicial de su competencia mediante un planteo de nulidad. La LMU³⁶ contempla ambas situaciones en los arts. 16 inciso 3, en el art. 34 y, en el art. 36.

³² LMU, *Segunda parte* – Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006 – Aclaración establecida en la propia nota explicativa: "La presente nota ha sido preparada por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con fines exclusivamente informativos, y no es un comentario oficial sobre la Ley Modelo. En el documento A/CN.9/264 (reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XVI, 1985), figura un comentario preparado por la Secretaría sobre un proyecto anterior de la Ley Modelo".

³³ J.C. Rivera, *Arbitraje Comercial – internacional y doméstico*, op. cit., pp. 406 y 407.

³⁴ *Ibid.*, p. 408.

³⁵ *Ibid.*, pp. 420–422.

³⁶ LMU: Capítulo IV. Competencia del tribunal arbitral – Art. 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. Capítulo II. Impugnación del laudo art. 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. Art. 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

5. Medidas cautelares

Art. 1655. *Dictado de medidas previas*. Excepto 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.

La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. 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.

Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables. Dos son los aspectos fundamentales que consideramos deben remarcarse en torno a este precepto. El primer aspecto refiere al dictado de medidas cautelares por los árbitros. El segundo, la posibilidad de que este aspecto de las medidas cautelares forme parte del plexo normativo de Derecho fondo dentro del Derecho privado, tal cual lo recepta esta norma. Históricamente en nuestro país, así lo ha plasmado la legislación procesal del CPCCN³⁷, donde el árbitro se encontraba vedado de dictar medidas cautelares aunque, la prestigiosa doctrina procesal local no era unánime al respecto³⁸. Frente a un arbitraje, nadie mejor que el árbitro conoce mejor el conflicto y su alcance, estando por lo tanto facultado mejor que nadie para resolver acerca del otorgamiento o negativa de una medida cautelar solicitada por alguna de las partes. Esto ya ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia³⁹. Estas potestades son reconocidas en el Derecho comparado⁴⁰, en las convenciones internacionales⁴¹, y; en reglamentos arbi-

³⁷ Art. 753 CPCCN.

³⁸ C.J. Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 856; S.C. Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes, comentado, anotado y concordado*, t. III, p. 489, Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973 (en contra del dictado). J.L. Anaya, "El Arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires", *UNCITRAL y el futuro Derecho Comercial* (Ana I. Piaggi, dir.), Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 89 ss; C.J. Colombo, actualizado por C.M. Kiper, *Código procesal civil y comercial de la Nación: Anotado y comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 723 (a favor del dictado).

³⁹ Si bien es cierto que el cpr: 753 niega expresamente que los Árbitros puedan disponer medidas de ejecución, no es menos cierto que tal atribución se puede establecer expresamente por las partes, o implícitamente por la remisión a un Reglamento (Bolsa de Comercio) como acontece en el caso (*vid.* J.L. Anaya, "El Arbitraje en la Bolsa de Comercio...", *loc. cit.*, pp. 89 ss). *Soletanche Bachy Arg. SA c/ Victorio Américo Gualtieri SA s/ Medida Precautoria*, 20 noviembre 2001– Sala B.

⁴⁰ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 22 inciso 4° "Art. 22. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, en sus arts. 47 y 48, destacándose nuevamente su texto de avanzada. La Ley Boliviana N° 1770, de Arbitraje y Conciliación, citada, art. 35.

⁴¹ Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, citado, art. 19. Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (revisado en 2010) art. 26. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-s.pdf> (consulta 10 marzo 2015). Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, art. 33. <http://www.>

trales⁴², tanto locales como de otros países se encuentra receptado y ampliamente aceptada esta potestad de los árbitros.

Sobre la posibilidad de que las medidas cautelares ingresen en el ámbito contractual, ya ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia, al aceptar que el texto del citado art. 753 CPCCN, podía ser modificado por el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, sea en forma directa o por vía del sometimiento a un Reglamento de alguna Entidad Administradora de Arbitraje⁴³. Esta construcción doctrinaria y jurisprudencial, permite afirmar que el aspecto no coercitivo de las medidas cautelares, puede formar del Contrato de Arbitraje, en los términos del nuevo CCCN.

Finalmente, las partes pueden solicitar las medidas cautelares al juez. Esto no produce ninguna alteración del Contrato de Arbitraje, manteniendo los

bcbasba.com.ar/downloads/Regimen_Arbitral.pdf (consulta el 10 marzo 2015). Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje – CCI, art. 28. <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-Spanish-version/>. (consulta 10 marzo 2015).

⁴² Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (revisado en 2010) art. 26. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-s.pdf> (consulta 10 marzo 2015). Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, art. 33. http://www.bcbasba.com.ar/downloads/Regimen_Arbitral.pdf (consulta el 10 marzo 2015). Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje – CCI, art. 28. <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-SPANISH-version/> (consulta 10 marzo 2015).

⁴³ Existe cierta doctrina que postula la exorbitancia de la petición cautelar en los procesos arbitrales, la que derivaría del hecho de carecer los árbitros del imperium del que gozan los jueces para hacer cumplir forzosamente sus decisiones, atribución que lógicamente emana del atributo de Soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico (Cf. C.J. Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 856; L.E. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 557, *id.* ED 14 592). Empero, la regla general que los árbitros no pueden decretar medidas compulsorias ni de ejecución (art. 753 Cpr), no importa un menoscabo de la amplitud de su jurisdicción: si tienen competencia para resolver sobre el fondo de la disputa, también debe reconocérseles su potestad para determinar si se dan las condiciones que justifiquen la adopción de una medida cautelar. En efecto, la falta de poder de coacción de los árbitros, sólo implicará en los hechos una limitación para aplicar por sí las medidas que dispongan dentro de los casos sometidos a su resolución, debiendo en tal caso, recurrirse al auxilio de la Justicia ordinaria. Agréguese que el art. 33 del Reglamento Orgánico del Tribunal Arbitral tomando una posición bien definida en una materia muy controvertida en el derecho comparado, preceptúa que el Tribunal de Arbitraje puede disponer medidas cautelares, bajo responsabilidad y otorgamiento de contracautela por el solicitante, aunque su cumplimiento queda reservado al “brazo secular” de los jueces ordinarios. No cabe otra solución más avanzada, habida cuenta que el art. 753 citado, niega a los árbitros la posibilidad de disponer medidas cautelares, atribución que se puede establecer expresamente; pero que también puede resultar implícita por la remisión a un reglamento de arbitraje que así lo tenga establecido. Tal es ahora el caso de la reglamentación del Tribunal de la Bolsa de Comercio, lo que no impide que las partes excluyan esta atribución suprimiéndola expresamente en el convenio de arbitraje. Agréguese a lo dicho, que la existencia de esta posibilidad de disponer medidas cautelares, no excluye, sin embargo, que las partes opten por requerirlas judicialmente (cf. J. Anaya, “El arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires”, *loc. cit.*, pp. 89 ss. 16781/10 – Banco de Servicios y Transacciones SA c/ Appiani Jorge Humberto y otros/ oficio ley 22172 – 15/07/10 – Sala F.

árbitros su plena jurisdicción. Esta facultad de las partes, plasmada en el nuevo Contrato de Arbitraje, también ha sido receptada en la jurisprudencia local anterior⁴⁴.

6. Efectos del convenio de arbitral y anulación del laudo

Art. 1656. *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.

La primera parte representa la esencia misma de este contrato. Las partes voluntariamente deciden someter sus potenciales conflictos a Arbitraje y, como bien establece la norma, esto implica la exclusión de la competencia de los tribunales judiciales, con las salvedades establecidas.

Corresponde recordar que estos efectos del Contrato de Arbitraje, receptados por el artículo han sido, históricamente, aceptados por la doctrina local especializada⁴⁵, se encuentra regulado en el Derecho comparado⁴⁶ y también en convenciones internacionales⁴⁷. Adicionalmente, abonando la manifiesta exclusión de los tribunales judiciales, el artículo introduce la regla interpretativa del *favor arbitri*, es decir, al interpretar un acuerdo arbitral debe tenderse a su más amplia validez y eficacia. Seguidamente, el artículo ingresa en el tema de la revisión judicial de las sentencias arbitrales recogiendo el principio casi universal sobre la irrenunciabilidad al planteo de causales de nuli-

⁴⁴ Del Dictamen Fiscal 109354: Resulta improcedente que el magistrado se declare incompetente en una causa en la que se solicito el decreto de ciertas medidas de no innovar y la inhibición general de bienes respecto de la defendida cuando, como en el caso, se verifica que el accionante no desconoció una clausula compromisoria pactada respecto de la competencia del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos aires, dejando sentado que la demanda por el fondo de la cuestión será ventilada ante dicho Tribunal Arbitral. Ello pues, según el art. 33 *in fine* de su Reglamento, las partes podrán igualmente solicitar las medidas cautelares judicialmente, sin que ello implique contravenir el convenio de arbitraje. Si bien el citado Tribunal tiene facultades para disponer medidas cautelares en los términos del citado artículo, tal circunstancia no excluye la posibilidad de que las partes opten por requerirlas judicialmente (cf. J. Anaya, "El arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires", *loc. cit.*, pp. 98 y 99). *Dong Won SA c/ Compañía Petrolera Petroleum World SA s/ Medida Precautoria*.16/12/05. Sala B.

⁴⁵ H. Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., t. VII, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

⁴⁶ La Ley Boliviana N° 1770, Capítulo único – Disposiciones Generales – art. 9 inciso I. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, Art. 3 – Principios y derechos de la función arbitral. LA española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, art. 7: Intervención Judicial. En estos artículos se establece la exclusión de los tribunales judiciales.

⁴⁷ Convención de New York, art. II – punto 3.

dad o anulabilidad, contra éstas. Ahora bien, hay varias cuestiones a analizar que pueden resultar complejas. Primeramente, el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora no contenía este párrafo de neto corte procesal. Las distintas causales de nulidad establecidas en el CCCN no receptan las específicas causales de nulidad o anulabilidad reguladas, tanto en nuestro CPCCN⁴⁸ como en las legislaciones de otros países⁴⁹, LMU⁵⁰ y demás documentos normativos.

7. Arbitraje administrado

Art. 1657. *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 administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

Se trata de una completa apertura el Arbitraje Institucional. Lo que aquí interesa destacar es que con esta norma queda claramente establecida la relación contractual entre las partes y la Entidad Administradora elegida, produciéndose consecuentemente la integración del Reglamento de Arbitraje al Contrato de Arbitraje que ha sido regulado. La validez y eficacia de la convención por medio de la cual las partes de un contrato base deciden someter su eventuales conflictos a Arbitraje Institucional se encuentra aceptado en el derecho comparado⁵¹, convenciones internacionales⁵², la Ley Modelo de UNCITRAL⁵³ y, demás documentos normativos sobre la materia⁵⁴.

Otro aspecto importante es que se equipara en un mismo rango a las entidades arbitrales nacionales o internacionales.

8. Cláusulas facultativas

Art. 1658. *Cláusulas facultativas*. Se puede convenir:

- a. la sede del arbitraje;
- b. el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento;
- c. el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado;

⁴⁸ Arts. 760 y 771 CPCCN

⁴⁹ La Ley Boliviana N° 1770, art. 63: Causales de Anulación. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, art. 63: Causales de Anulación. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo, art. 41: Motivos.

⁵⁰ LMU, art. 34: La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.

⁵¹ Art. 5 Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones; Ley Boliviana N° 1770, citada, Capítulo único – Disposiciones Generales – art. 7; Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008; art. 7 Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, art. 14.

⁵² Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, art. 11 y art. 12 punto 1.

⁵³ Art. 2, incisos d) y e) LMU.

⁵⁴ Regl. CCI <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration> (consulta: 5 marzo 2015).

d. el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede;

e. la confidencialidad del arbitraje;

f. el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.

El aporte de cláusulas facultativas para ser incorporadas en el contrato de arbitraje acentúa su naturaleza jurídica contractual, siendo ellas fundamentales dentro del arbitraje *ad hoc*. La enumeración del artículo es meramente enunciativa, y conduce a la mayor efectividad del procedimiento arbitral. Es decir, cuanto mayor sea la especificidad de la redacción del acuerdo arbitral, menor será la posibilidad de quedar sujetos a la interferencia judicial dentro del Arbitraje en cuestiones que pueden ser pactadas por las partes.

En cuando a la sede o lugar del arbitraje, ello ha de vincular con la *lex arbitri*, es decir, la sede va vincular al Arbitraje con un sistema jurídico determinado que puede ser más o menos favorable a la autonomía de la voluntad que lo sustenta.

Tanto las legislaciones de otros países⁵⁵, las convenciones internacionales⁵⁶ y los propios Reglamentos de Arbitraje⁵⁷, y la LMU⁵⁸, contienen normas sobre la elección de la sede. En tal sentido podemos señalar que en primer término la elección de la sede queda en manos de las partes pero, en caso de no haberlo hecho o de así decidirlo, ésta puede ser elegida tanto por la Entidad Administradora como por el mismo Tribunal Arbitral electo. Debe recordarse que la localización del Arbitraje en determinada sede o lugar, es una vinculación jurídica, lo cual no implica que las diferentes audiencias o deliberaciones de los miembros del tribunal deban realizarse obligatoriamente en el territorio de dicha sede o lugar.

El idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento: la determinación del idioma en la que se llevará a cabo el arbitraje es de suma importancia cuando nos encontramos frente a un arbitraje internacional pues, en el caso de uno doméstico, la lógica indica que se llevará en idioma nacional.

Distintas legislaciones en el Derecho comparado también brindan normativa para la determinación del idioma⁵⁹. Cabe señalar que, también puede pactarse que el Arbitraje sea llevado en más de un idioma.

⁵⁵ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 10 (en este caso, se establece como obligatorio “el lugar en donde será dictada la sentencia arbitral”). La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 42: lugar del arbitraje. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 35: lugar del arbitraje. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 26: Lugar del arbitraje.

⁵⁶ Art. 13 Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: sede e idioma.

⁵⁷ Art. 18 Regl. UNCITRAL (revisado en 2010), citado, art. 18.

⁵⁸ Art. 20 LMU.

⁵⁹ La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 77. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 36. La española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 28.

El procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones: Como dijimos existe libertad contractual de las partes para establecer, entre otras cuestiones, todo lo atinente al procedimiento. Es clave recordar que el límite a la autonomía de la voluntad es, es la garantía del debido proceso legal establecido por nuestra Constitución Argentina en el art. 18.

Los plazos: claro está que el laudo arbitral debe ser dictado dentro de un plazo y, este plazo debe estar expresamente establecido en el contrato de arbitraje. La razonabilidad en la extensión del plazo dado debe analizarse a la luz de la complejidad del caso sometido a arbitraje. Asimismo y para que no se vea frustrado el procedimiento, debería acordarse las modalidades para conceder y peticionar la prórroga de los mismos. El incumplimiento del plazo para dictar el laudo o sentencia arbitral puede dar lugar al pedido de nulidad o anulación del mismo.

La confidencialidad del arbitraje⁶⁰: dentro del arbitraje comercial la confidencialidad resulta ser un elemento atractivo para optar por la jurisdicción arbitral ya que, a través de los acuerdos de confidencialidad, se logra prohibir la divulgación de los distintos aspectos del Arbitraje. No obstante lo expuesto, varias son las aristas a analizar sobre este “principio” del cual se suele pensar que es inherente al arbitraje comercial y, como vemos, sigue requiriendo de un especial acuerdo entre las partes dentro del contrato de arbitraje para que pueda ser invocado. Se busca, esencialmente, salvaguardar los intereses de las partes y las relaciones comerciales presentes y futuras. Acordada la confidencialidad, o establecida legalmente, ésta se convierte en una obligación para las partes de no divulgar el procedimiento arbitral, los documentos o materiales que puedan ventilarse dentro del mismo e, inclusive la sentencia arbitral. Como veremos, para los árbitros es una obligación que surge de la normativa de este CCCN.

La publicidad, inherente a la jurisdicción estatal, puede producir efectos perjudiciales en materia mercantil. Por ejemplo en el caso de secretos técnicos o ciertas prácticas comerciales merecedoras de protección. También, la confidencialidad preserva la imagen frente a los competidores. Ciertamente, mientras no quede involucrado el interés público, la confidencialidad es un derecho de las partes que puede alcanzar a todos los participantes del arbitraje y que, puede ampliarse a los eventuales testigos. Por otra parte, si bien algunas legislaciones⁶¹ contemplan el carácter obligatorio del principio de privacidad o confidencialidad al igual que lo hacen algunos Reglamentos de

⁶⁰ J.C. Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 2, 2009, pp. 335–378.

⁶¹ La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 2: principios. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 51: confidencialidad. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 24: principios de igualdad, audiencia y contradicción. La Ley Peruana y la Ley Española establecen, claramente, la obligación de confidencialidad. En cambio, la Ley Boliviana enuncia un principio que, a nuestro entender, debería materializarse en un concreto acuerdo arbitral delimitando el marco y los sujetos alcanzados.

arbitraje⁶², las partes y sus letrados deben asegurarse de, si los términos en los cuales se expresan, abarcan todas sus necesidades contra la posible circulación de la información que consideraren sensible, en cada caso en particular. A salvo queda la relación de cada una de las partes con sus abogados quienes debemos guardar secreto profesional en virtud de la legislación que regula la matrícula. No obstante, suele estar legislado como en los casos anteriormente referenciados.

Distribución de Costos: si bien tanto los montos como la distribución de Costos, suelen estar específicamente establecidos en los Reglamentos de Arbitraje⁶³, corresponde contemplar el tema dentro de las cláusulas facultativas más importantes, sirviendo este artículo como guía en los casos de Arbitrajes *ad hoc* que no adopten Reglamentos preexistentes. Las legislaciones de otros países también contemplan la determinación de los costos del Arbitraje, sea que quede en cabeza de las partes en forma directa o refiriéndose a los reglamentos arbitrales o; que sea el tribunal arbitral que se expida al dictar el laudo arbitral⁶⁴.

9. Árbitros

Art. 1659. *Designación de los árbitros*. El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. A falta de tal acuerdo:

a. en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial;

b. en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Cuando la controversia implica más de dos partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros.

El artículo comentado pone a tono la legislación local con la internacional (leyes⁶⁵, convenciones⁶⁶ y también reglamentos⁶⁷) en cuanto establece la

⁶² Art. 22.3º Regl. CCI. Establece el requerimiento de alguna de las partes para que se activen los mecanismos sobre confidencialidad como así también las medidas de protección de secretos comerciales o información confidencial.

⁶³ Regl. CCI, Apéndice III; art. 40 Regl. UNCITRAL (revisado en 2010).

⁶⁴ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 27. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 58: costas y gastos. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 69: libertad para determinar los costos.

⁶⁵ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 13, parágrafo 1. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 17: número de árbitros. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 23: libertad de procedimiento de nombramiento (aunque no establece clara-

necesidad de número impar de árbitros. Asimismo, establece como norma supletoria la cantidad de tres (3) árbitros. Establece como normas, las reglas generales supletorias para la elección de los árbitros, reconociendo el concepto de Autoridad Nominadora y, deja en última instancia la posibilidad de acudir a los tribunales judiciales para que realicen el nombramiento.

Art. 1660. *Calidades de los árbitros.* Puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil. Las partes pueden estipular que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia.

Si bien concordamos con la incorporación de una normativa que exprese la libertad de las partes para elegir árbitros de cualquier nacionalidad, experiencia y profesión, y sin olvidar que sobre este punto se han suscitado discusiones acerca de que solo podrían ser árbitros los abogados, no puede desconocerse que en los arbitrajes de Derecho suelen nombrarse abogados pero, no es menos ciertos que existen Arbitrajes de alta complejidad técnica, en los cuales también se nombran profesionales de otras áreas. Por su parte, existen tribunales arbitrales exclusivos de una profesión, como por ejemplo, el Tribunal Arbitral del Consejo Profesional de Ciencias Económicas o el de la Cámara de Cereales⁶⁸.

Los preceptos sobre calidad de los árbitros se encuentran incorporados en el Derecho comparado⁶⁹, la LMU⁷⁰, entre otros documentos internacionales normativos de la materia.

Art. 1661. *Nulidad.* Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros.

Cualquier elemento que desestabilice la condición de trato igualitario entre las partes desestabiliza la neutralidad que debe gobernar un contrato de arbitraje. Esta específica nulidad del acuerdo arbitral, es coherente con la garantía del debido proceso legal que veremos en el art. 1662 sobre las obligaciones de los árbitros. La mayoría de las incorporaciones normativas que ha realizado este nuevo CCCN, receptan las diversas construcciones normativas en el ámbito internacional⁷¹

mente el número impar). LA española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 12: número de árbitros.

⁶⁶ Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, art. 12 punto 2.

⁶⁷ Regl. UNCITRAL (revisado en 2010), art. 7: número de árbitros. Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, citado, art. 12: número de árbitros.

⁶⁸ G. Parodi, "Contrato de Arbitraje", *Código Civil y Comercial de la Nación...*, op. cit., p. 882.

⁶⁹ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 13. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 78 puntos I y II. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 20, art. 22 punto 2. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 13.

⁷⁰ Art. 11.1° LMU: dentro del Nombramiento de Árbitros, establece que las partes pueden optar por árbitros de cualquier nacionalidad.

⁷¹ Art. 18 LMU: Trato equitativo de las partes. Regl. CCI, art. 22.4° Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, citado, art. 16, punto 4. Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 21.2°. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 2, punto 6: principio de igualdad.

Art. 1662. *Obligaciones de los árbitros*. El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a:

- a. revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;
- b. permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia;
- c. respetar la confidencialidad del procedimiento;
- d. disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;
- e. participar personalmente de las audiencias;
- f. deliberar con los demás árbitros;
- g. dictar el laudo motivado y en el plazo establecido.

En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

De acuerdo a este régimen, cuando el árbitro acepta el cargo asume las obligaciones que pueden clasificarse en tres grupos⁷²:

- Obligación de independencia e imparcialidad;
- Obligación de dirección y diligencia y;
- Obligación de observancia del debido proceso legal.

Estos tres grupos de obligaciones se encuentran incorporados en las legislaciones de otros países como Bolivia, Brasil, España y Perú⁷³, y figura también en los reglamentos y en convenciones internacionales, como en la LMU^{74,75}.

La independencia se relaciona con el concepto de no intervención. En la especie, una autonomía de pensamientos, criterios y formas de actuar. En cambio la imparcialidad se relaciona con el no tomar partido por alguna de las partes. No obstante esta distinción semántica, se los trata y regula conjuntamente pues, se evidencia su íntima relación. La obligación de dirección y diligencia, refleja la necesaria disponibilidad que debe tener el árbitro para cumplir el compromiso asumido con las partes al aceptar el cargo. Finalmen-

La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 26: privilegio en el nombramiento (estableciendo la nulidad de la cláusula). LA española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 24: principios de igualdad, audiencia y contradicción.

⁷² G. Parodi, “Contrato de Arbitraje”, *Código Civil y Comercial de la Nación...*, op. cit., p. 887.

⁷³ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 21, parágrafo 2. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 15: Imparcialidad y responsabilidades, art. 25. Obligaciones de informar, punto 1. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 28: motivos de abstención y de recusación, punto 3. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 15, punto 6, arts. 17 y 18.

⁷⁴ Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, citado, art. 16.3°.

⁷⁵ Art. 12.2° LMU. Estableciendo como causales de recusación a la falta de independencia y a la imparcialidad.

te la obligación de garantizar el debido proceso legal, fue receptada en el último párrafo del artículo comentado.

Art. 1663. *Recusación de los árbitros.* Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. La recusación es resuelta por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por los otros árbitros.

Si bien las causales de recusación de los jueces⁷⁶ se vinculan con la falta de independencia e imparcialidad, no se establecen causales específicas como lo hacen las leyes extranjeras, las convenciones, los reglamentos y la LMU. Como incorporaciones que modernizan nuestra legislación en la materia, destacamos la posibilidad de que sea la Entidad Administradora la que resuelva la recusación, con prioridad a los tribunales judiciales. Como así también que las partes puedan pactar que la recusación la resuelvan otros árbitros.

Art. 1664. *Retribución de los árbitros.* Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos o el modo de determinarlos. Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.

El derecho a los honorarios de los árbitros se encuentra regulado, en todas las legislaciones sobre esta materia en el derecho comparado⁷⁷, en los reglamentos de Arbitraje⁷⁸. Esto es así, pues, debe asegurarse a éstos su retribución, como a las partes el conocimiento previo de los parámetros arancelarios a los que se están sometiendo.

En primer término, el artículo comentado, establece – en consonancia con la autonomía de la voluntad imperante en la materia – que las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos últimos o establecer el modo de determinarlos. Dentro de esta última opción, puede incluirse la regulación de honorarios por los propios árbitros.

Así las cosas, dentro de lo expuesto quedan incluidos los casos que se sometan a Arbitraje en el marco de una Entidad Administradora, la cual, en general tiene parámetros arancelarios preestablecidos de acuerdo al monto de la controversia.

Art. 1665. *Extinción de la competencia de los árbitros.* La competencia atribuida a los árbitros por el contrato de arbitraje se extingue con el dictado del laudo definitivo, excepto para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias conforme a lo que las partes hayan estipulado o a las previsiones del derecho de la sede.

⁷⁶ Art. 17 CPCCN: recusación con expresión de causa

⁷⁷ La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 58: costas y gastos. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 71: honorarios del tribunal.

⁷⁸ Regl. UNCITRAL (2010), art. 41: honorarios y gastos. Regl. CCI, Apéndice III: costos y honorarios. Régimen Arbitral, Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Título VI – Aranceles y honorarios. (Arts. 78 a 85) Honorarios de los integrantes del Tribunal. art. 82: Los honorarios de los árbitros permanentes y la remuneración del secretario estarán a cargo de la Bolsa de Comercio y serán determinados periódicamente por el Consejo. http://www.bcba.sba.com.ar/downloads/Regimen_Arbitral.pdf (consulta: 10 marzo 2015).

Se extingue la competencia de los árbitros una vez dictada la sentencia arbitral definitiva y las posibles resoluciones aclaratorias o complementarias en virtud del cumplimiento de lo acordado por las partes o lo establecido en las normas del Derecho de la sede. La extinción de la jurisdicción de árbitros en esta instancia es derivación lógica de la naturaleza jurídica contractual del arbitraje. Cumplido el objeto del contrato que es la resolución de la divergencia, los árbitros pierden su jurisdicción. A partir de este momento, de no darse el cumplimiento espontáneo del perdidoso, la parte vencedora deberá acudir ante los tribunales judiciales competentes para ejecutar la sentencia arbitral definitiva y firme, en virtud del art. 499 CPCCN. Por otra parte, previamente a que la sentencia arbitral definitiva quede firme, el perdidoso podrá impugnarla, entendiendo que solo está habilitado para realizar un planteo de nulidad en virtud de lo que hemos expuesto al comentar el art. 1656.

III. Comentario final

Sin perjuicio de las observaciones críticas sobre el nuevo régimen, que seguramente surgirán, no puede dudarse que en Argentina esta nueva legislación representa un importante paso hacia adelante en materia de arbitraje. Se ha pasado desde un estadio legislativo donde solo existían normas procesales e instituciones arbitrales que buscaban abrirse camino con gran esfuerzo pero sin contar con un régimen de fondo aplicable, y siempre con la constante amenaza de judicialización de los procesos.

La incorporación del Contrato de Arbitraje como figura legal específica dentro del Código Civil y Comercial de la Nación, supera una vieja discusión relacionada con la potestad para el dictado de estas normas, ya que el art. 75 inc.12 de la Constitución Nacional, reserva para las provincias el dictado de la legislación procedimental. Esto no obsta tampoco, a que estando regida la materia por el código de fondo, el contrato de arbitraje podría convertirse en un concreto antecedente para una Ley Nacional de Arbitraje que incluya regulaciones de procedimiento.

La principal virtud del texto analizado ha sido que, sin pretender originalidad, el legislador ha receptado figuras y conceptos que ya existen en el resto del mundo, y que han funcionado en forma razonable contribuyendo con el desarrollo de la institución. Es cierto también que algunos de estos principios ya habían sido consagrados por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

El CCCN representa un avance legislativo notable y será sin duda un impulso importante para el crecimiento de una actividad que solo ha tenido hasta el momento un modesto crecimiento en la Argentina.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, agosto de 2015