

REFLEXIONES SOBRE ARBITRAJE: NATURALEZA Y REGULACION

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

En materia de arbitraje si existe un lugar común que ha transitado la mayoría de la doctrina nacional, ha sido la necesidad de su adecuada regulación, toda vez que se parte de la base que la única que encuentra este instituto está plasmada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y se le achaca su vetustez, ganada por el simple transcurso del tiempo, aspecto éste que se hace extensivo a los ordenamientos procesales provinciales.

Esas voces que se alzan reclamando la necesidad de regular el arbitraje desnudan las divergencias que se plantean entre sus cultores, ya que los unos pretenden una regulación que llega a exceder el marco del que parte la Ley Modelo de Uncitral de 1985, a la que receptan casi como un dogma de fe, dándole una impronta contractualista – como si ahora en el siglo XXI se tratara de una nueva tendencia- para alejarla lo más posible del sometimiento a cualquier tipo de formas que consideran –sin dar ninguna justificación- que desvirtúan el arbitraje.

Mientras que otros, si bien tratan de ser más cuidadosos, apuntan a una regulación un poco más pormenorizada, con asiento también en la Ley Modelo, pero dotándolo de un corte claramente jurisdiccional para romper con las ataduras contractuales que vislumbran en la otra línea.

En definitiva, ambas posturas si bien apuntan a lo que consideran el mejor marco para el arbitraje, no advierten que se retroalimentan entre sí, sobre divergencias que parecen menores en la superficie, pues parecen matices pequeños los que las diferencian, lo que evidentemente permitiría lograr un acuerdo para su regulación, aunque lo que se omite considerar en este aspecto es la intención que anima a ambas de lograr una regulación del arbitraje independiente de todo cuerpo legal.

Esto solo porque presumen los cultores de esas posturas que si se llevara a cabo su regulación de esa forma, existiría una especie de vasallaje que no resulta útil para la utilización de esta figura. Lo cierto es que por esa vía hace muchos años ya que no se actualiza la regulación en materia arbitral, más allá que han aparecido regímenes paralelos inspirados en esa figura (como sucede con el arbitraje de consumo en la Ciudad de Buenos Aires, o el arbitraje que contempla la Ley de Defensa del Consumidor).

La cuestión entonces sería analizar si existe alguna posibilidad de formular algún aporte para enriquecer esa especie de debate, que no se sabe si es tal, pues si bien existe uniformidad en la necesidad de actualizar la legislación en materia de arbitraje, no se sabe bien contra quien se da, aunque si es cierto que se viene extendiendo por lo menos durante los últimos veinte años.

De eso se tratan estas reflexiones en torno a una institución tan tradicional y antigua como la humanidad misma, y tal vez del sinsentido que generan disputas estériles que confunden las pretendidas “naturalezas jurídicas”, que no son tales, con los deseos e intereses que animan algunas posiciones, pero que poco bien le hacen al arbitraje ya que los debates por el perfil que siguen se empequeñecen cada vez más, circunscribiendo al arbitraje a una especie de trofeo de guerra donde unos ganan y otros pierden, sin advertir que el derecho –como sistema regulador de la vida en sociedad- debe ser útil a la gente pues de lo contrario carece de sentido su misma existencia.

2.- ACERCA DE LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Nadie duda que el arbitraje sea en sí mismo un sistema de resolución de conflictos, y menos aún que sea el sistema por antonomasia más utilizado a nivel mundial para dirimir controversias¹.

Algunos le añaden la identificación de “alternativo”, toda vez que se parte de la base de que el Estado –que resulta quien monopoliza la fuerza- brinda a las personas un sistema llamado proceso judicial como mecanismo “tradicional” de resolución de conflictos, de ahí que todos aquellos que se diferencian resultan alternativos.

Sin embargo, esa denominación puede carecer de sentido si se analiza cual de ellos existió primero en el tiempo. La alternatividad de un sistema indica la existencia de un sistema previo al que se lo viene a sustituir o por lo menos a alternar en su utilización, y el arbitraje aparece en el mundo prácticamente desde que existe la humanidad misma.

Es útil recordar el relato de Homero en La Ilíada sobre la disputa suscitada entre Menelao y Antíloco sobre una contienda de fuerza y destreza y la denuncia de uno contra el otro por un posible fraude en la competencia para que sea dirimida por un tercero imparcial, quien sería ese otro más que un árbitro.

Tampoco el genio romano quedó marginado, porque la historia del derecho romano enseña que los jueces comunes eran elegidos entre las personas del pueblo para cada causa. Así existía el iudex propiamente dicho y el arbiter.

El iudex era un particular que nombraba el magistrado para que conozca en la causa in iudicio y emita la sentencia, el nombramiento del juez constituía una verdadera participación del pueblo en la decisión de las causas civiles y en este aspecto se puede encontrar una semejanza entre esa institución y la de los jurados.

¹ Lorenzetti, Ricardo L.; Teoría de la Decisión Judicial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 37. En idéntico sentido Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández De La Gandara, El arbitraje comercial internacional, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 38; quienes señalan que se trata de un incremento paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países.

El iudex es un particular que decide la causa, mientras que el arbiter (que no debe ser confundido con el árbitro ex compromisso), es enteramente similar al juez en esta calidad de particular, llamado a decidir una causa, solo que la diferencia con el primero está en la distinta amplitud de las facultades concedidas a uno y al otro.

El juez tenía facultades más restringidas, inclusive por las propias facultades que le delegaba el magistrado, debía reconocer simplemente la existencia del derecho en la forma que le había sido designada, la existencia o no de los hechos cuyos conocimiento le hubiera sido encomendado; y en caso que concurrieran la existencia de los hechos y derecho debía condenar para lo cual había sido precisamente designado.

En cambio el arbiter es mucho más libre, conoce con mayor espontaneidad y amplitud. Es decir, el iudicium era estricto, mientras que el arbitrium es moderado y suave en palabras de Cicerón².

La similitud entre los institutos clásicos del arbitraje, como el arbitraje de derecho y el de amigables componedores, tal vez resulte una simple coincidencia, pero es oportuno recordar aquí la elocuente caracterización de Barrios de Angelis cuando alude a la función que le cabe a los árbitros amigables componedores, señalando que no es otra que “dulcificar la letra de la ley”³.

Lo cierto es que como aconteció en el viejo Derecho Romano, la intervención del Estado hizo que se monopolizara la jurisdicción en la persona de los magistrados y los jueces, y que se diluyera aquella distinción que bien señalaba Cicerón hacía a la función de los árbitros.

Lo mismo sucedió con el advenimiento del Estado moderno, pues luego de la Revolución Francesa y de la Constitución de los Estados Unidos de América, y las proyecciones que provocaron en el resto del mundo, la monopolización por parte del Estado de la jurisdicción hizo que los otros métodos (privados) de resolución de conflictos, entiéndase el arbitraje, aparecieran desvalidos, lo que no significó su extinción.

Por el contrario se continuó con su utilización y su propia fuerza hizo que los diversos estados tuvieran registro de la importancia que tenía el arbitraje sobre todo a nivel internacional, por lo tanto sin ir a los Convenios de Ginebra, de comienzos del siglo XX, sí resulta importante advertir la trascendencia que ha tenido la Convención de Nueva York

² Véase Scialoja, Vittorio; Procedimiento Civil Romano; Ed. Ejea, 1954, p. 118 y ss. donde se analiza además la razón por la cual con el correr del tiempo esta distinción se fue desvaneciendo, y además la existencia de otra figura que era la de los “recuperadores” que se trataba de tribunales internacionales para intervenir en conflictos internacionales o también para decidir cuestiones entre ciudadanos pertenecientes a diferentes estados.

³ Barrios de Angelis, Dante; El Juicio Arbitral; Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, R.O.U., 1956, p. 45; quien además destaca que bajo distintas denominaciones se trata de identificar a la equidad desde el viejo Derecho Romano, pasando por el derecho francés, inglés y español, siendo frases que en todos los casos tienen el mismo sentido, como equidad, buena fe, leal saber y entender, buen parecer, etc.

de 1958, a la que prácticamente adhirió todo el mundo, o la labor de las Naciones Unidas para tratar de unificar las diversas legislaciones a través del instituto del arbitraje, tal vez por ser el que mayor flexibilidad presentaba a esos fines, de ahí la Ley Modelo de 1985 como propuesta a los países interesados en su regulación.

Por lo tanto, parecería que poner al arbitraje como “alternativo” al poder judicial, solo para su diferenciación, sea reducirlo, y pasar por alto la importancia que tiene la complementación de uno y otro; pues hasta resultaría conveniente que dentro de la órbita judicial pudieran funcionar sistemas arbitrales, sea por vía directa o de derivación, como una herramienta más para propender al mantenimiento de la paz social.

Por lo tanto, no se puede pasar por alto que el arbitraje constituye un sistema de resolución de conflictos, que resulta más antiguo que el proceso judicial, de ahí que pueda considerarse que no sea tan apropiada la denominación de alternativo, aunque si para ello se quieren distinguir otros métodos, tal vez convenga mayor precisión en esta idea.

¿Porqué? Por la sencilla razón que se trataría de distinguir en una clasificación que resulte lo más atinada posible (aunque en sí mismas las clasificaciones son más o menos útiles y no verdaderas o falsas), para tener adecuado registro de los diversos sistemas que existen, para ver si todos ellos resultan alternativos del proceso judicial.

Ello en razón que es otro lugar muy común involucrar dentro de los métodos alternativos a la mediación, la conciliación y el arbitraje. Sin embargo, también es importante advertir que de hecho son todos sistemas de solución de conflictos pero diversa índole, que inclusive pueden combinarse entre sí, pero que requieren de distintas formaciones y destrezas para su manejo y operatividad.

Por ello parecería más apropiado cuando se trata de distinguir a los sistemas de resolución de conflictos, hacerlo entre aquellos que resultan “no adversariales”, de aquellos que si lo son pues importan un debate dialéctico sobre las posiciones que se enfrentan.

Dentro de los mecanismos no adversariales -en Argentina- desde luego que además de la negociación directa entre las partes, como vía tradicional por antonomasia para superar divergencias, se contemplan a la mediación y a la conciliación. La primera está regulada en la ley 24.573 (hoy modificada por la ley 25.859) y la conciliación que puede ser tanto judicial (como la contempla el Código Procesal) como extrajudicial, como es el caso de la ley 24.635, modificatoria de la vieja ley 18.345 de procedimiento laboral.

Fiel ejemplo de lo referido hasta aquí es la ley 24.635, como paso previo a la iniciación de todo proceso laboral, se requiere para habilitar la instancia judicial, una negociación asistida entre las partes, a través de un conciliador oficial, designado por la autoridad de aplicación (Ministerio de Trabajo).

Se aprecia así con claridad la existencia de uno y otro tipo de sistema, pues en caso de fracasar el conciliador laboral a través de las negociaciones directas que mantiene con las partes, podrá ofrecerles transformar esta gestión conciliatoria en un arbitraje, para lo cual es evidente que deberá proponerles conforme las previsiones de los arts. 28 y ss. de dicha ley, que suscriban un compromiso arbitral que lo habilitará a actuar para recabar información y desde luego las pruebas que sean necesarias que deberán aportar las partes involucradas.

Como se puede advertir, aquello que consistía en una gestión colaborativa, tanto del conciliador como de las partes, se transformó en un proceso que inevitablemente enfrenta los intereses de ambas partes, que requiere de una labor diversa del conciliador, y desde luego de pruebas que justifiquen las posiciones sustentadas por cada una de las partes como fundamento de sus pretensiones.

Esto no es otra cosa más que dos sistemas –combinados entre sí- que resultan totalmente diversos, pues uno implica –como alternativo del enfrentamiento tradicional que se observa en un proceso judicial- un sistema que no enfrenta a las partes sino que apunta a la colaboración entre ellas con el conciliador para acercar así sus posturas, como respuesta posible para atender sus intereses.

Mientras que el fracaso de ese sistema arroja como una variante que la ley pone a disposición de las partes –y que es dable reconocer que no es utilizado en la práctica forense- un sistema distinto, en el cual las propias partes -ahora enfrentadas por no poder superar amistosa y colaborativamente su conflicto- sostienen posiciones divergentes, conforme los fundamentos que poseen para sostener sus respectivas pretensiones.

Y en ese caso el que resultaba hasta entonces conciliador, ahora se transformó en árbitro, desde luego aceptado por las partes, para dirimir su controversia. Y ese árbitro no hace otra cosa que actuar la voluntad de la ley sustancial, a través de su pronunciamiento final, al igual que sucede en un proceso judicial, con la salvedad que en este caso la decisión de las partes ha sido sustraerse a la competencia de los tribunales judiciales para confiar la dilucidación de su conflicto en un árbitro.

Esta circunstancia por sí misma permite advertir que una cosa es el nacimiento del vínculo habido entre las partes y otra totalmente diversa es la vía por la cual acceden a resolver las eventuales diferencias que entre ellas se susciten, las que pueden ser no adversariales, como las que antes se mencionaron en donde las partes colaboran entre si y con quien las asiste, o por el contrario, importar un enfrentamiento entre ellas pues no pueden compatibilizarse las posturas que asumen y por lo tanto necesitan que ese tercero colabore con ellas desplegando otra tarea.

Si bien hace varios años que existen en Argentina esos sistemas alternativos, no es menos importante destacar, precisamente por su falta de operatividad en nuestro medio, que a nivel mundial en la actualidad se trabaja en una especie de “hallazgo” que consiste en la combinación de dos sistemas como la mediación y el arbitraje, solo que en cabeza de una misma y única persona que es quien cumple ese doble rol, desde luego escogido por las partes de común acuerdo.

Es claro que presenta ventajas y desventajas este sistema, sin embargo es el sistema que actualmente está en boga en los países del primer mundo y sobre todo en Europa. A tal punto que este ha sido un tema de tratamiento en particular en el último Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en julio de 2011 en la Ciudad de Heidelberg, Alemania, y organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL), precisamente porque los procesalistas más destacados a nivel internacional –en su mayoría cumplen funciones de árbitros- y el arbitraje es visto como el sistema intermedio por vía del cual se puede acceder a un acercamiento entre los sistemas del common law y del civil law.

Para los europeos este nuevo hallazgo sobre el que debaten como tema de candente actualidad que no es otro que el sistema med-arb –que Argentina lo contempla en forma muy similar (solo que como con-arb la ley 24.635 antes citada) no genera ningún tipo de inconvenientes para las partes, porque aquellos que consideramos que puede importar una restricción en la libertad de las partes para expresarse delante de quien como mediador, si fracasa cambiará su rol y asumirá el de árbitro, en la idiosincrasia de aquellos países se torna algo natural toda vez que se trabaja la negociación como naturalmente debe ser, es decir sobre la base de la verdad.

Es claro que la idiosincrasia latina es diversa, pero no es menos cierto que la combinación de ambos sistemas da cuenta de la existencia de uno alternativo al proceso entendido como sistema tradicional, en donde aparecen dos partes enfrentadas por un conflicto y un tercero sea el juez o el árbitro para dirimirlo haciendo actuar la voluntad de la ley. Y este es un aspecto de carácter “sociológico” de suma importancia a tener en cuenta, sobre todo cuando se trata de aprehender por ejemplo la Ley Modelo para trasvasarla sin más a nuestro ordenamiento legal.

Cuando se alude al arbitraje de amigable composición no existen diferencias en punto a las características que ofrece el sistema, pues aún en el caso de que las partes deciden acordar que aportaran –sin forma ninguna- todos los elementos a su disposición a los fines de que el árbitro decida, la decisión que debe construir el árbitro, cuando deba resolver conforme a equidad, o según su leal saber y entender, su propia formación de abogado, indica que lo hará como una persona versada en derecho y desde luego no en contra de la ley sino adaptándola a las circunstancias del caso, morigerando su rigorismo si fuera necesario en la concepción de Barrios de Angelis, pero siempre conformando una decisión que analice las pretensiones deducidas por las partes en el pleito, brinde sus fundamentos a través de los

cuales pueda dirimir cuál es la correcta y verdadera, y como unidad lógica que debe ser su pronunciamiento concluir con una parte dispositiva que permita expresar su decisión de mérito libre de errores o de vicios.

Esto no es más que el mismo procedimiento que utilizan los árbitros o los jueces cuando deben resolver conforme a derecho, solo que la distinción permite advertir la facultad de morigerar la letra de la ley, o apartarse de aquella que resulte menos adaptable al caso para aplicar la que consideren más conveniente para ese conflicto.

En sentido negativo en la amigable composición no se puede presumir una actuación en contra del derecho, aspecto que conviene despejar por las dudas que todavía hoy en día se suscitan, al generarse infundadas desconfianzas⁴, imaginando a árbitros sentados en el trono del rey Salomón, creyendo que el juicio de equidad es el juicio salomónico, sin advertir que aquél era un rey absoluto que tenía a su disposición los derechos de sus súbditos, olvidando que esa disponibilidad resulta ajena a los árbitros, y que siempre queda en manos de los propios interesados para comprometerla del mejor modo que estimen corresponder⁵.

Lo cierto es que puede advertirse de lo expuesto hasta aquí que unos métodos son colaborativos, de ahí la falta del debate que importe la dialéctica de la defensa de posiciones divergentes, precisamente porque todos los interesados convergen -con sus esfuerzos- para satisfacer del mejor modo posible los intereses que las partes tienen involucrados en el conflictos.

Por esa razón esos métodos debe considerarse “no adversariales”, por oposición a los dos métodos adversariales por antonomasia, uno es el proceso judicial, que debería representar para el abogado la última ratio del orden jurídico, luego de agotar todas las formas alternativas que estén a su alcance antes de acceder a la jurisdicción, y el otro el proceso arbitral.

Este último es precisamente el que nos ocupa, precisamente porque las partes deciden, en tanto existan derechos disponibles en juego, que siendo la materia arbitrable van a someter su conflicto al juicio de árbitros (uno o varios), que se constituirán así, por decisión propia, en mérito al principio de la autonomía de la voluntad que es primordial en este ámbito, en ese tercero en quien las partes confían brindarle la posibilidad de dirimir su conflicto.

El foco de atención cabe entonces ponerlo en la naturaleza de aquello que Carrió decía que los juristas buscan afanosamente sin advertir que están condenados de antemano al fracaso, que no es otra cosa que la llamada

⁴ Es categórico Barrios de Angelis (Ob. cit., p. 44), cuando señala que bajo las distintas denominaciones a través de las cuales se trata de identificar a la equidad desde el viejo Derecho Romano, pasando por el Derecho Francés, Inglés, y Español, se le da sentido semejante a todas esas frases, como equidad, buena fe, leal saber y entender, buen parecer, etc.

⁵ Anaya, Jaime L.; Equidad y amigable composición, E.D. 181-552.

“naturaleza jurídica”, toda vez que cuando se alude al arbitraje y se debate entre las posiciones –hoy incomprensibles- contractualistas y jurisdiccionalistas, lo que no se advierte es que por una vía o por otra lo que se pasa por alto es que ni el arbitraje es un contrato, ni menos aún un proceso judicial.

Es cierto que tiene aspectos vinculados con ambas instituciones, pero cada instituto tiene particularidades propias que lo distinguen y encasillarlo –como a veces afanosamente se pretende- puede colisionar con el adecuado andamiaje del arbitraje, y esto considero que es lo que ha venido sucediendo en estos últimos tiempos en que se declama la regulación del arbitraje y se abortan tantos intentos a esos fines.

Aquellos que piensan que el arbitraje es un contrato no se equivocan si analizan su nacimiento, pues siempre es convencional cuando se alude al arbitraje voluntario, pero ¿se puede pensar lo mismo cuando se alude al arbitraje obligatorio, por ejemplo el que contempla el art. 38 del decreto 677/01?

Si se pensara que el arbitraje es un contrato, debería concluirse que el proceso judicial también es un contrato, pues cuando las partes pactan en un contrato someterse a la competencia territorial de los tribunales nacionales civiles o comerciales para dirimir sus eventuales controversias, y se suscita el conflicto, debería interpretarse que el sistema que da origen a la resolución de ese conflicto es un contrato?

Nada más absurdo para advertir que la confusión entre el nacimiento del arbitraje y su desarrollo sean una misma e idéntica cosa. Precisamente lo que se pone en pugna es el principio lógico de identidad. Si A es igual a A, no se puede pensar que un contrato como acuerdo de voluntades sea lo mismo que el sistema utilizado para dirimir una controversia aún surgida de ese mismo acuerdo de voluntades porque alude a un plano del desarrollo del vínculo entre las partes, totalmente diverso.

Cuando aparece el conflicto, que se puede caracterizar siguiendo la clásica conceptualización de Cossio como “interferencia intersubjetiva de intereses”, que constituye la materia prima con la que trabaja el abogado, que es el idóneo para su abordaje, tratamiento y solución, precisamente por los conocimientos especiales que posee para el desenvolvimiento del debido proceso, o en sentido negativo, para la no afectación del derecho de defensa que resulta inviolable, si lo que se aspira es a su solución por vía arbitral, lo que no se puede perder de vista es que el derecho sustancial o la normativa que eventualmente invocaron cada una de las partes para fundamentar sus pretensiones, quedarán congeladas en el tiempo, precisamente porque aparece en escena un tercero -el árbitro- que como premisa fundamental deberá delimitar no solo su cometido, sino las pautas que hayan escogido las propias partes para que lo cumpla.

Y aún en el supuesto que no existan forma alguna para el desarrollo del proceso, su actuación sin formas implica una actuación en un sentido determinado, pues aún omisivamente se puede lograr su desarrollo. La existencia de las no-formas, importarán la necesidad del árbitro a un juzgamiento sin formas, por oposición a aquellos otros que hoy son moneda corriente, como los arbitrajes institucionales, donde las formas vienen puestas para las partes precisamente por las instituciones que los administran.

Esa labor que cumple el árbitro, aún sin formas, hace que las partes hayan escogido una determinada impronta para resolver su conflicto, pero nunca quedan eximidas de esa nueva relación jurídica, que esta vez no está representada por las dos partes que la integran, sino ahora además de ellas por un tercero, que no está sujeto a ninguna en forma particular, de ahí su imparcialidad, su independencia y su imparcialidad.

El árbitro debe ser imparcial, porque no está confundido con ninguna de las partes, ni involucrado, ni integrado a ninguna de las partes. Es independiente porque no está subordinado a las partes, sino que lleva a cabo su labor por pedido de ellas pero sin sujeción a su voluntad en punto a la decisión que debe adoptar, no solo para el desarrollo del debido proceso sino además para la decisión de mérito. Y además resulta imparcial, porque su labor debe llevarla a cabo respetando a ambas partes pero manteniendo equidistancia de la dos para no verse involucrado con ellas.

Esto permite advertir que existen dos planos claramente diferenciados, entre el contrato que las partes celebran y la elección del árbitro, pues no existe un sometimiento de éste para el desarrollo de su tarea a la voluntad de las partes, pues de lo contrario perdería su independencia, su imparcialidad y se convertiría en parte del conflicto.

Su labor está alejada de estos extremos, pues de lo contrario éticamente estaría inhibido de actuar precisamente por el sometimiento que importaría cualquier tipo de sujeción del árbitro a la voluntad de las partes. Ellas le dan el continente de su actuación, pero el contenido es el árbitro quien lo llena desplegando su labor que no es otra más que la misma labor que despliega un juez cuando juzga, precisamente porque su función es juzgar cual de las dos posiciones del pleito es la correcta o verdadera, para acceder a la pretensión correspondiente.

Y esa tarea –que debe cumplir el árbitro- es una tarea eminentemente jurisdiccional, más allá del origen convencional del instituto. Esta circunstancia así fue reconocida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al interpretar que: “aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”⁶.

⁶ Fallos 322:1100.

Este análisis permite advertir los dos planos antes referidos. Uno el del derecho sustancial invocado por las partes para sustentar sus pretensiones. Otro el de la labor desplegada por el árbitro, sea de derecho o amigable componedor, pues las reglas a las que se ajusta su cometido no es el derecho sustancial invocado por las partes, sino ver como se aplica en el caso en concreto, o bien como se resuelve el conflicto conforme su leal saber y entender, y para ello no podría sustraerse, por ejemplo, ni al control de constitucionalidad ni al de convencionalidad que se requiere observar en todo arbitraje so riesgo de incurrir en un pronunciamiento arbitrario.

La arbitrariedad significa resolver con carencia de fundamentos que permitan sustentar la decisión, y esto no es otra cosa más que un pronunciamiento nulo⁷.

Es también lugar común sostener que los árbitros no desarrollan ninguna actividad de carácter jurisdiccional porque carecen de imperium, sin advertir que es de la esencia de su función el iudicium y no el imperium, precisamente porque el imperium no es una característica que distingue a la labor jurisdiccional, sino el iudicium es la nota distintiva.

En la estructura del estado cada uno de los poderes tiene imperium. Tiene tanto imperium el ejecutivo, como el legislativo, cuando llevan a cabo sus propias decisiones, pero es de la naturaleza del poder judicial, su iudicium, esto es la facultad de resolver un conflicto haciendo actuar la voluntad de la ley, con lo cual como se puede advertir no es de la esencia del poder judicial el imperium, que le pertenece al Estado, sino que de la esencia del poder judicial es el iudicium o la iuris-dictio, es decir la capacidad de decir el derecho que no quiere decir otra cosa más que facilitar el acceso a la jurisdicción a todo justiciable para ser oído y obtener un pronunciamiento sobre el conflicto que plantee, constituyendo en la actualidad un derecho humano esencial, que no es otro más que el derecho a la jurisdicción.

Por esa razón no se puede superponer conceptualmente la decisión convencional de las partes de someter su conflicto a la resolución de árbitros, con la función que éstos deben cumplir, que no es otra que precisamente resguardar que ambas partes en igualdad de condiciones tengan acceso a un tribunal imparcial, imparcial e independiente y que su pronunciamiento no importe una violación a su derecho a la jurisdicción.

De ahí que todas las legislaciones del mundo contengan un límite para el arbitraje a los fines de evitar su interferencia por órganos de la jurisdicción judicial. La jurisdicción arbitral, puede ser interferida al comenzar el arbitraje precisamente por la necesidad de integración del tribunal, o al final cuando el laudo deba ejecutarse o bien sea motivo de invalidación por recurso o acción de nulidad.

⁷ Este tema lo trate en la nota a fallo titulada “¿Revisión o rescisión del laudo arbitral? Publicado en el diario E..D. del de septiembre de 2011.

En el desarrollo del arbitraje, en general también todas las legislaciones ponen a disposición de los justiciables el imperium de la jurisdicción judicial para el más rápido y efectivo desarrollo del proceso arbitral⁸.

No obstante los dos momentos tradicionales de posible interferencia judicial en el arbitraje son: al comienzo, con motivo de la integración del tribunal y al final como se señaló, aunque sin perjuicio de ello conviene señalar una situación especial que contempla la Ley Modelo y que suele pasarse por alto, que consideramos poco conveniente para el desarrollo del arbitraje y sin embargo es omitida por todos sus cultores.

Sucede que del juego armónico de los arts. 6 y 17 surge la posibilidad de que también exista una interferencia judicial en el arbitraje al comienzo cuando se dilucida la competencia del tribunal, pues se dejaría de lado el principio kompetenz-kompetenz toda vez que es posible la deducción de un recurso (innominado) para que esa cuestión sea dirimida por la jurisdicción judicial, o bien para que el tribunal interviniente la difiera en su tratamiento para el momento del dictado del laudo de mérito.

Es evidente entonces que caen por la borda uno de los principios liminares del debido proceso legal, como es el presupuesto procesal de competencia, ya que si se difiere su tratamiento para el momento del laudo, se obligaría a uno de los litigantes a tener que exponer su posición frente a un tribunal al que no considera competente con la posibilidad de que en el laudo se acoja favorablemente su postura.

Esto daría por resultado la violación al debido proceso, porque se haría enfrentar a una parte a un proceso arbitral frente a un tribunal incompetente, con la posibilidad para el vencido de reintentar su reclamo ante el tribunal que luego considere competente, lo que importaría una violación al principio non bis in ídem porque si bien no habría una condena, si habría un proceso que debió enfrentar el demandado “desnudando” su defensa frente a quien no consideraba competente, viéndose así expuesto a un nuevo proceso.

Así resulta de toda evidencia la inconveniencia de la adopción de un sistema como el propuesto a los fines del desarrollo del proceso arbitral, con lo cual uno de los aspectos liminares a tener en cuenta en tanto se decida adoptar la Ley Modelo de Uncitral como derecho positivo, son las reservas que debería hacer el país para no caer en métodos inconvenientes que no solo desvirtúan el arbitraje, sino que lesionan además el derecho de defensa en juicio y como concurrencia de ambos aspectos el debido proceso⁹.

⁸ Véase en este sentido el art. 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁹ Otro ejemplo en ese mismo sentido que contiene la Ley Modelo es el escabroso sistema creado con la reforma del año 2006 al art. 17 referido al régimen de medidas cautelares, pues se crea una confusión tan extrema con las medidas que se denominan preliminares, que hacen carecer de toda virtualidad a los sistemas cautelares, cuando apuntan a resguardar el futuro cumplimiento de una sentencia, aspecto que no es similar al resguardo que corresponde observar frente a fuentes de prueba.

3.- SOBRE SU POSIBLE REGULACION

Muchas voces se alzan a los fines de encontrar una especie de panacea en una “ley de arbitraje”, como si por sí misma estuviera en condiciones de poner al arbitraje a la altura de las circunstancias en las que debería estar.

La razón es sencilla, lo que conviene es correr “la culpa” de lugar. Siempre hay otro al que achacarle alguna culpa, y muchas veces se trata de expiar ésta en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por la vetustez que reflejan sus normas.

Lo que importa es que corresponde tener una mirada histórica adecuada para evaluar la tarea que realizaron aquellos que trabajaron en ese código –entre otros- juristas de la talla de Lino E. Palacio o Carlos J. Colombo, a quienes en ningún caso se les podrá endilgar haber trabajado en contra del arbitraje, sus propios libros dan cuenta de ello.

Claro que fue importante y grande la tarea desarrollada por aquellos juristas, que con la licencia que permite una mirada actual, no solo no se valora sino que se desdeña a los fines de señalar simplemente que todo lo que se hizo estaba mal, y como estaba mal hay que reemplazarlo pues esa es la razón primordial del fracaso del arbitraje en Argentina.

Es así como se pretende una especie de aislamiento total para el arbitraje, para que gire en vacío, en forma totalmente aséptica y no pueda contaminarse con ninguna norma so riesgo de su desvirtuación.

Enseñaba Sebastián Soler que los códigos son “monumentos de experiencia y sabiduría acumuladas”, y sin embargo aquí, como suele suceder por nuestra propia idiosincrasia, los códigos se constituyen en una especie de rara avis jurídica, que lo único que genera son desconciertos en los justiciables, y por ser confusos es evidente que no pueden ser utilizados y por eso no se pueden conseguir los fines a los que se aspira.

Claro, de esa manera el operador jurídico queda marginado de toda responsabilidad, porque lo importante es correr el problema de lugar, no importa si conoce el sistema, si está preparado para su manejo, lo que importa es encontrar un culpable y pretender una nueva regulación –que debería aislarse de toda contaminación- que “mágicamente” resuelva todo.

Entonces aparece en escena una nueva ley de arbitraje, y los argentinos van a poder atraer inversiones, y los abogados van a manejar sin inconvenientes la ley, y se van a preparar para tramitar todos sus asuntos incluyendo la cláusula compromisoria porque esa vía resulta más sencilla, ventajosa, económica, y de ese modo se resolverán todos los problemas de la justicia porque va a disminuir su caudal de trabajo.

Claro que no importa ningún tipo de condicionamiento político, si el arbitraje se lo pone a resguardo en una buena ley no va a haber ningún inconveniente con su funcionamiento. Claro que no importa la formación del operador jurídico, porque como la ley va a ser sencilla no es necesaria preparación alguna, si hasta el más novel de los abogados va a poder manejarla adecuadamente porque todo se va a simplificar.

De esa forma Argentina va a estar a la altura de las circunstancias, porque su legislación será de avanzada y no requerirá nada más para que sea respetada en el concierto de las naciones. La seguridad jurídica que brindará la ley por sí misma será suficiente, y para los que no piensen así el mote de detractores del arbitraje será pequeño.

Así como el caos le pertenece a las ciencias físicas y naturales, la complejidad es de la incumbencia de las sociales. Y dentro de esas ciencias sociales el derecho es una de ellas identificándose como una ciencia “blanda”, solo para distinguirla de las primeras.

Claro que el lenguaje es una herramienta básica para su desenvolvimiento y desde luego, por ser tal la característica que lo distingue es su textura abierta, pues una palabra puede encontrar diversas significaciones según el contexto en el cual se la incluya.

La palabra radio puede ser interpretada como un metal radiactivo, como una medida que permite identificar el tamaño de una circunferencia, como un aparato de transmisión, en fin, existen tantas acepciones como posibilidades contextuales que permitan su identificación.

Por eso, la complejidad de una norma que es del caso referir, se acaba cuando el operador que tiende a su manejo interpretó su sentido, y de ese modo lo que era complejo pasó a simplificarse. Esa es la principal razón por la cual el énfasis no conviene ponerlo solo en la letra de la ley, sino fundamentalmente en la preparación del operador jurídico que es quien debe utilizarla.

Aún hoy aparece algún juez que no sabe que los árbitros están habilitados para dictar medidas cautelares, en tanto y en cuanto las partes los facultan para ello, y consideran que se trata de una actuación que por resultar coactiva corresponde únicamente a los jueces, sin poder distinguir entre el dictado de una cautelar y su concreta aplicación.

Del mismo modo se puede apreciar la desinterpretación que se hace de las medidas cautelares a la luz de la Convención de Nueva York, presumiéndose que no se las contempla y por ende se pone en tela de juicio su misma operatividad, sin advertirse que si un país acepta la Convención porque adhirió expresamente a ella, y admite que reconocerá un laudo extranjero que tiene carácter definitivo, no puede menos que interpretarse que una resolución

de carácter interlocutorio -que es interina dentro del proceso arbitral y tiene carácter provisional- no pueda menos que ser también aceptada, porque es sencillo colegir que quien puede lo más puede lo menos.

Se han escrito y se siguen escribiendo ríos de tinta en ese sentido sin advertirse que el arbitraje es operativamente ágil cuando los operadores pueden manejarlo apropiadamente y a su vez los árbitros coadyuvan a ello, de ahí la importancia que han cobrado los tribunales arbitrales institucionales.

Por cierto que el arbitraje requiere como materia prima dentro del conflicto su arbitrabilidad porque estén involucrados derechos disponibles para las partes. Sería impensable promover una acción de inconstitucionalidad ante un tribunal arbitral, precisamente por la índole de la acción misma, que no es más que la declaración de certeza de esa presunta inconstitucionalidad. Pero esto no es lo mismo a que se deba plantear la inconstitucionalidad de una norma que aparezca involucrada en un proceso arbitral.

Ello se debe a que existe, como fuera señalado, dos planos claramente diferenciables, uno el de los hechos que dan sustento a las pretensiones ejercidas por las partes, que serán motivo de demostración en el proceso arbitral; y otro totalmente diverso, que es la aplicación del derecho o la resolución del árbitro aunque actúe como amigable componedor, circunstancia que no importa diferenciación alguna, ya que el control en el primer caso se hace positivamente, mientras que en el segundo se lo hace por omisión¹⁰.

Y en esos casos siempre la materia resultara disponible para las partes, aún en la lógica de que el árbitro se viera compelido, porque sea motivo de conflicto entre las partes litigantes, expedirse sobre la eventual constitucionalidad de una norma, pues ello no empece a la disponibilidad de la materia de la que sustancialmente se trate entre las partes.

Flaco favor se le haría al arbitraje de interpretarlo en sentido contrario restringiéndole al árbitro (sea iuris o amicus compositor), la posibilidad de ejercer el control de razonabilidad de medios a fines que impone la aplicación de cualquier precepto jurídico, aún equitativamente, pues precisamente la equidad es una manifestación del valor justicia.

Y para ello, lo que es necesario entre otras cosas, es tener registro en primer lugar que el arbitraje no es una institución independiente, como se la quiere hacer aparecer, precisamente porque debe formar parte de nuestra realidad jurídica, la que lamentablemente no es la deseable.

¹⁰ Ya tuve oportunidad de explayarme en este sentido en el trabajo “El control de constitucionalidad y convencionalidad en el arbitraje”, en el Tratado de Derecho Procesal Constitucional, A.A.V.V. dirigido por Pablo L. Manili, Ed. La Ley, T. III, p. 531 y ss.

Si dentro de este marco, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede lograr que se cumplan sus pronunciamientos, no ya de índole previsional, sino por ejemplo aquellos que hacen a la observancia de los acuerdo de la O.I.T., o bien aquellos vinculados con el medio ambiente, y el país sigue sumido en una especie de inseguridad jurídica porque los jueces ven minada su estabilidad con los manejos que se hacen políticamente en el Consejo de la Magistratura, y los particulares quedan expuestos a usinas de rumores que lo sumen en la inseguridad absoluta, pensar en una ley que cambie la realidad resulta tan pueril como inviable.

¿Qué es posible hacer frente a este escenario? Entre otras cosas, advertir que la solución no viene puesta solo desde lo legal, por ende sería tomar medidas de acción paulatina que permitan torcer el rumbo de una realidad, que por resultar tan vilipendiada demuestra la inconsistencia de las instituciones. Y ese cambio se puede ir gestando gradualmente.

¿Y para ello es necesaria una ley especial? Si se piensa en la que antes denominamos “naturaleza” del arbitraje, es de toda evidencia que el Congreso Nacional a partir de las previsiones de los arts. 5 y 121 de la Constitución Nacional, y las facultades que le brinda el art. 75 inc. 12, solo podría dictar una ley –que por ser adjetiva- solo podrá tener alcance nacional. De ahí que la pregunta que correspondería hacer es si resulta más conveniente incluirla dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o que sea independiente.

Todo parece indicar, que siendo el arbitraje un sistema de solución de conflictos, sobre la base de la sistematicidad que contiene el Código Procesal, parecería mucho más ventajosa su inclusión como nuevo libro VI en reemplazo del existente, que legislarlo por separado.

Ya se ha hecho una experiencia similar en la Provincia de Río Negro y se esta proyectando otra -más simplificada aún- para la Provincia de Santa Cruz, y en ambos casos el molde que se ha tenido en cuenta es la Ley Modelo que propone las Naciones Unidas, y no solo ha sido bien receptado por la comunidad jurídica sino que inclusive se ha desarrollado también el instituto en la práctica.

En ambos casos la conveniencia se ve reflejada porque dentro del mismo Código Procesal se contempla la posibilidad de colaborar la jurisdicción judicial con la arbitral, existe una malla de contención para encauzar aquellos laudos extranjeros cuya ejecución se persiga en el país, se asimila la ejecución del laudo arbitral al trámite de ejecución de sentencia, entre otros aspectos.

Claro que puede haber mucho más camino por recorrer, pero lo importante es dar el primer paso, y ese primer paso se lograría muy simplemente aggiornando lo que tenemos. Sería muy sencillo proponer la adopción de la Ley

Modelo como marco para los arbitrajes internacionales. Sin embargo, hay aspectos de ese cuerpo que resultan inconvenientes por la forma en que se han contemplado.

Solo baste recalcar en los trámites que es necesario observar para integrar el tribunal y la forma en que se contempla que da inicio el arbitraje para advertir las complejidades a las que se expone a las partes cuando deben desarrollar un proceso arbitral y se enfrenten al instituto de la prescripción, sobre todo en materia mercantil o societaria donde la legislación local contempla plazos que en algunos casos resultan muy cortos.

O por caso téngase en cuenta el engorro que se ha hecho en la Ley Modelo con la reforma del año 2006 en materia de medidas cautelares, que propende más a su desvirtuación que a una adecuada regulación, que por sí mismas desnaturalizan al arbitraje.

Contrariamente a ello, el Código Procesal además de las sistematicidad que permite dentro del abordaje de distintos ítems, como la colaboración de la jurisdicción judicial con la arbitral o la asimilación del laudo al carácter del mismo título ejecutorio que representa una sentencia, habilita en su art. 1 a prorrogar la competencia a favor de árbitros extranjeros.

Este avance se debe dar en forma sistémica, lo que significa llevar a cabo esta tarea en los distintos frentes que se presentan, uno es “político” para captar la voluntad de las organizaciones intermedias y difundir el sistema para que además de conocido sea utilizado. Otro es el legislativo para mejorar aquello que tenemos, que no solo debe restringirse a la ley de arbitraje o al libro del código referido al arbitraje, sino por ejemplo a modificaciones complementarias, como la ley 23.898 de tasa judicial, a los fines de adaptarla a las variantes que presenta el arbitraje, cuando desde la jurisdicción oficial solo se persiga la ejecución de un laudo, o la traba de una cautelar, y el decisorio haya sido emitido por un tribunal institucional en el cual los interesados ya hayan abonado una tasa de arbitraje, o se trate de un tribunal ad hoc en el cual no hubieran abonado nada, o se trate de una decisión de mérito u otra de trámite, de modo tal que advierta el justiciable las ventajas que ello le ofrece.

Pero otro aspecto sumamente importante de corte “profesional”, es ir preparando -al tiempo- al operador jurídico para darle a conocer cómo opera el sistema, pues de lo contrario, si se cuenta con una herramienta -la más valiosa que sea- y se la desconoce, es muy probable que no se la utilice, y es allí donde radica el principal escollo que presenta el arbitraje.