

[Ver Voces](#) :

**Título:** [Ayer, hoy y mañana del juicio de árbitros](#)



**Autor:** [Tejerina, Wenceslao](#)

**Publicado en:** [LA LEY 17/04/2008, 1](#)

**SUMARIO: I. El sometimiento voluntario a juicio arbitral es de orden público Constitucional. El respeto al derecho ajeno es la base de la justicia y de la paz social. - II. El orden público, la emergencia y el arbitraje. - III. ¿Pueden ser materia de arbitraje las cuestiones de inconstitucionalidad? ¿Cabe la revisión por vía del recurso extraordinario federal?. - IV. Algunas aplicaciones casuísticas de los principios revistados. - V. [Ayer, hoy y mañana del arbitraje.](#)**

I. El sometimiento voluntario a juicio arbitral es de orden público constitucional. El respeto al derecho ajeno es la base de la justicia y de la paz social

Se trate de la cláusula de sometimiento a árbitros establecida en un contrato o como consecuencia de un conflicto ya existente es, por igual, una expresión de la libertad individual hasta por razones constitucionales [\(1\)](#), cuya estricta observancia impone el máximo rigor.

Para traducirla a lenguaje vulgar, esa manifestación de valor legal [\(2\)](#) significa lisa y llanamente la voluntad de los contratantes *de no querer dilucidar o resolver sus diferencias en los Tribunales del Estado.*

He respondido a esta invitación de buena gana. No voy a hablar del futuro simplemente porque no tengo futuro ni dotes de *augur...*; Ni menos aún remontarme a sus antecedentes tan remotos, como el pecado!

No, de ninguna manera. Comenzaremos por sentar algunas premisas de lo que debe ser con todos sus efectos. Luego haremos algo de historia para no incurrir en los mismos errores semánticos, académicos y judiciales que conspiraron gravemente contra la magnífica institución del Arbitraje, al menos en el ámbito interno.

Para abordar el tema y resolver en consecuencia, parece indispensable destacar que es una cuestión de *respeto* y de *orden público constitucional* [\(3\)](#).

El termómetro de la Justicia está dado por el grado de respeto por el derecho de los demás. Padecemos una grave crisis de *falta de respeto*. Sin agotar la nómina se advierte una grave crisis de falta de respeto: a la propiedad ajena [\(4\)](#), al crédito [\(5\)](#), a los contratos [\(6\)](#), a la Constitución [\(7\)](#) a las sentencias y a los laudos firmes [\(8\)](#), a las normas de tránsito. Y así para no hablar del grado de inseguridad para la vida y los bienes, sumado a una impunidad preocupante [\(9\)](#).

En fin una anomia generalizada con olvido que, al decir de Ortega y Gasset, el Derecho es una creación cultural del hombre que le permite ser tal, con dignidad pero que, al par, se trata de lo "*estable-cido*". Son los jueces y no el legislador los que deben hacer Justicia, en los intersticios de la ley y con arreglo a Derecho, ya que en el afán del cambio, a veces con el mejor propósito de hacer Justicia, convierten al Derecho no en lo que es, en lo que debe ser, sino en lo que se va a modificar. Pierde así el hombre el equilibrio, la base de sustento y cae. Ironiza al afirmar que a nadie ha visto caer del sexto piso *con dignidad* [\(10\)](#).

De la doble característica del sometimiento ( respeto a la libre voluntad, y naturaleza de orden público) se siguen, como corolario, una serie de consecuencias:

-En primer término que acordado el arbitraje, la intervención de los jueces del Estado es absolutamente de excepción;

-Toda situación de duda debe despejarse en favor de la competencia arbitral. Así pues como en materia penal existe el *in dubio pro reo*, en lo laboral *in dubio pro operari*, o *in dubio pro acti* ante la disyuntiva validez-nulidad (art. 218, inciso 3° del Código de Comercio), debe regir un *in dubio pro arbitrii* ante cualquier caso de duda si cabe o no la decisión arbitral.

De esas dos premisas derivan una serie de consecuencias que los tribunales del Estado deben tener en especial consideración en esa búsqueda conjunta del ideal de Justicia. Se trata pues de "co-operar" para la realización de ese objetivo prioritario.

## II. El orden público, la emergencia y el arbitraje

Es un axioma sostener que no es materia arbitrable la que interesa o afecta el *orden público*.

De la misma manera que no pueden ser objeto de transacción (11), porque estamos en el área de los derechos indisponibles, tampoco puede la voluntad de los particulares sustraer los conflictos del conocimiento y decisión de los tribunales del estado.

La autonomía de la voluntad reconoce como fronteras el orden público, la moral, las buenas costumbres, límites que, bajo pena de nulidad no pueden exceder las partes y consecuentemente los árbitros.

Todo ello está bien y es camino trillado.

La falsificación de los términos se produce con las emergencias que soportamos, por no decir padecemos, con una asiduidad preocupante. Emergencia económica (12), emergencia financiera (13), emergencia previsional (14), emergencia tributaria (15), emergencia bancaria (16), energética (17) agropecuaria (18).

La cuestión se complica así, en la República Argentina donde todo va camino de ser de orden público. ¡Hasta la propiedad privada! (19).

Lo digo con tristeza pero, al par, con certeza: toda esa parafernalia pseudo jurídica no es orden público. Se encuentra en las antípodas: *en el desorden jurídico!*

Es de remarcar que todas estas situaciones deben encararse y resolverse en el quicio constitucional. Como aconsejaba a los argentinos Juan Bautista Alberdi para tiempos de "borrasca", "*volver los ojos a la Constitución y seguir el camino que ella traza*" (20). ¿Acaso la República Argentina a la época de su sanción no vivía una crisis, una emergencia?

Aun fuera de toda "emergencia" hay un notorio abuso en la noción de orden público que para Bardin es "*un enigma*" (21), o para Japiot debía "*gran parte de su majestad al misterio que lo rodea*" (22).

No es oportuno ocuparnos de definir el "orden público", materia donde hay opinión para todos los gustos. Incluso hasta para sostener "*que todas las leyes son de orden público*" (23).

En un acto de humildad académica nos limitaremos a decir que no cabe la jurisdicción arbitral en el área de los derechos *indisponibles* para los particulares. Que el orden público es una noción que admite *grados*. *Que no hay orden público por encima de la Constitución Nacional*, ya que de lo contrario la derogación de la Carta Magna quedaría a expensas de legislar inconstitucionalmente o a merced del Poder Ejecutivo por el extramuro de los decretos llamados de necesidad y urgencia o, incluso, de esa catarata reglamentaria, ¡llámense circulares del Banco Central o resoluciones de cualquier clase!

No es así. Hay órdenes públicos de distintas categorías, de diferentes matices... Como se deprecia la moneda con el emisionismo, sucede igual con el abuso de este "standard jurídico".

Me arriesgo a afirmar que la mayoría de las leyes de orden público, aun fuera de toda emergencia, no aprueban un riguroso examen de constitucionalidad. Casi siempre lesionan las garantías de la propiedad o ponen trabas a la libertad e iniciativa privada sin responder al patrón de razonabilidad...

Los ejemplos son múltiples:

1) la intervención en los contratos de locación, su prórroga y el congelamiento de los alquileres iniciada en 1921 por ley 11.156 so pretexto de una crisis de viviendas (24), argumento importado de Europa a raíz de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), desemboca en un déficit que superó holgadamente los dos millones de unidades. En suma provocó una seria crisis en la materia;

2) la nulidad de pactos de honorarios por debajo de las pautas arancelarias o de la renuncia a cobrarlos se ha prestado a que abogados inescrupulosos procuren juicios derogando el deber de lealtad a su palabra, y el sabio principio derivado de la Buena Fe de que nadie puede volver sobre sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*) (25);

3) El supuesto orden público de la ley 11741 de moratoria hipotecaria de 1933, y a despecho de que la Corte Suprema de la Nación la declarara constitucional (26), esto de convertir un negocio de interés privado en público ha merecido serias y fundadas críticas de juristas de la talla de Savigny (27), Ihering (28) y, al margen de su justificación en la crisis del año 1930, su renovación sucesiva (era originariamente temporaria por tres años) burló el sustento del precedente de que la restricción en el tiempo no importaba la conculcación de las garantías afectadas (29). Parece que las moratorias crearan adicción (30). No discutimos los buenos propósitos de los "legisladores" (31), que a veces en esa corriente son los tres poderes, los ministerios y las circulares del B.C.R.A...

4) La ley "Bonex", el ahorro obligatorio (una contradicción en sus términos), la ley que prohibía comerciar divisas, el desagio, integran toda esa larga lista cuyos efectos no son buenos para la seguridad jurídica, para descolapsar a la justicia según analizaremos...

Las sobreprotecciones conspiran a la postre contra el interés del pseudo protegido, desprestigiando la abogacía, aumentando los intereses en función de los nuevos riesgos, incrementando los alquileres la escasez de viviendas y de locales de comercio, quebrando las fuentes de trabajo, etcétera.

Todo ese exceso de legislación ahoga las libertades, sume al ciudadano en la ignorancia de las fronteras de sus derechos, disminuye el pulso del respeto a la ley que desconoce, complica el estudio de las disciplinas, traba el desenvolvimiento de la Administración de Justicia, en suma cunde la *inseguridad jurídica* enfermedad terminal de las sociedades civilizadas...

Un Estado de Derecho no se mide precisamente por el número de sus leyes, sino por su calidad, el conocimiento y sujeción que demuestran sus destinatarios al par de una efectiva tutela —ante cualquier violación— de un Poder Judicial independiente que ubica la situación en lo que la ley manda, pronta, económica, por sentencias de buena estirpe. En fin las tres características de una Justicia aceptable: de buena calidad, barata y ágil...

Es menester hacer conciencia que contratar exige *previsión y riesgos* que los deben asumir *los particulares*. El Estado no está precisamente para cubrir la falta de previsión ni los riesgos de los privados... (32).

Aunque parezca un desvarío, veremos que guarda estrecho vínculo el cuadro de situación con la materia que nos convoca.

Ha sido, en efecto, una constante de nuestra actuación como árbitros, no excluir nuestra competencia en litigios —mediando cláusula de sometimiento—; donde está en juego el orden público de tercera o cuarta categoría!, si es que se puede llamar de orden público...

La inextricable maraña nos lleva precisamente, ante el evidente colapso judicial y el número de causas a resolver vinculadas a la emergencia y a las situaciones de orden público imbricadas, a sugerir la conveniencia de:

- Establecer el arbitraje legal, como facultad de los jueces para la resolución de cuestiones directas o indirectamente vinculadas con la emergencia en cualquier estadio procesal y particularmente cuando se llamaron autos para sentencia;

- El arbitraje legal será forzoso cuando vence el plazo para dictar sentencia;
- En ambos casos el laudo será vinculante, si las partes están de acuerdo, y no vinculante, ante la disconformidad de cualesquiera de ella [\(33\)](#);
- Determinar la nómina de Tribunales Arbitrales Institucionales que llevarán a cabo el cometido (Colegios de Abogados; Bolsas de Comercio; Bolsas de Cereales, Cámaras de Comercio, etcétera);
- Convocar, si fuere menester, a los jueces con jubilaciones especiales para integrar tribunales de arbitraje —y mediación en su caso— toda vez que, con arreglo a la ley del retiro, podían ser convocados ante una situación de emergencia (es evidente que existe una emergencia judicial);

### **III. ¿Pueden ser materia de arbitraje las cuestiones de inconstitucionalidad? ¿Cabe la revisión por vía del recurso extraordinario federal?**

Los interrogantes del título tienen sus bemoles.

Si la cuestión es punto a laudar, sea arbitraje "iuris" o de amigable componedores, ya no hay dudas respecto del deber y de la posibilidad de expedirse [\(34\)](#).

Si no se trata de cuestión a laudar, pero que se requiere abordar para resolver los puntos sometidos, entendemos que se debe cubrir el derecho de defensa, oyendo a las partes antes de resolver [\(35\)](#).

En el primer caso (cuestión a laudar, federal o no) es indispensable introducir el planteo [\(36\)](#) temporáneamente, es decir, no bien se suscita la cuestión de esa índole. Pero el problema se advierte cuando las partes han renunciado en la cláusula compromisoria y/o en el compromiso a interponer recursos ordinarios o extraordinarios. En ese caso ¿cabe la revisión por vía del recurso extraordinario federal?

La respuesta es difícil. Debemos reconocer que se han dado buenas razones para sustentar la tesis positiva [\(37\)](#). La negativa tampoco es para dramatizar, aunque la comparto, porque debe ser la política jurisprudencial prevaleciente para afianzar esta institución [\(38\)](#) de tanta importancia ante una Justicia Estatal colapsada, atiborrada de litigios, mientras que el arbitraje exhibe lozanía y notoria celeridad [\(39\)](#).

Son muy serias las responsabilidades civiles, administrativas y penales de los árbitros como para incurrir en arbitrariedades, de manera que la dedicación y el celo en la función actualmente es la regla y francamente no veo motivo para que en el futuro se modifique esa tendencia.

Esta responsabilidad es más efectiva y accesible que la de inculpar a los Jueces del Estado, o al estado mismo por arbitrariedades que, en número, superan lo imaginable con sólo revistar los precedentes de la Corte Suprema de la Nación [\(40\)](#).

He aquí algunas reflexiones:

En primer término, que dos fallos de la Corte Federal de Brasil, decididamente en contra de la revisibilidad de los laudos, ha significado un fuerte respaldo a la difusión del Juicio Arbitral

En segundo lugar, la tradición jurídica más venerable es la que establece que "los jueces deben dar todo el estímulo al arbitraje, como una de las maneras de resolución de conflictos. Así se declaró de manera señera por la Corte Suprema de los Estados Unidos ya en 1855 [\(41\)](#).

En tercero, cabe mantener el principio o regla vernácula de la Corte Suprema de la Nación de la irrevisibilidad de los fallos arbitrales en la instancia extraordinaria [\(42\)](#), e improcedente la vía del art.14 de la ley 48 respecto de decisiones tomadas en el ámbito de la jurisdicción arbitral libremente pactada por las partes [\(43\)](#).

En tercero que los fallos, donde exista un elemento extranjero, aun anulados por alguna Corte del Estado, pueden ser ejecutados y admitidos como válidos en el país de cumplimiento (44), de manera que ni siquiera sería oponible el tribunal del máximo tribunal federal.

Admitida la jurisdicción y competencia arbitrales para resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes de orden público y superado el criterio restrictivo (45), sentamos dos premisas-guías de acción en la materia:

a): Que la facultad arbitral debe ser ejercida con mesura dado que la declaración de inconstitucionalidad es y debe ser *última ratio* (46), y al margen del pensamiento disidente de los árbitros aceptar —hasta por razones de unidad jurisprudencial que a no dudar, hace al venerable objetivo de *seguridad jurídica*— la doctrina de la Corte Suprema de la Nación (47); y,

b): Que en el área de los derechos disponibles la Corte Suprema de la Nación debe abstenerse de revisar el contenido de las sentencias arbitrales y de manera excepcionalísima en cualquier supuesto en que no promedie "caso judicial".

#### IV. Algunas aplicaciones casuísticas de los principios revistados

Tienen carta de aceptación, como corolario de la reseña precedente:

1°) El carácter jurisdiccional de la labor arbitral.

Agregaría que el colapso que vive la Justicia Jurisdiccional del Estado está pidiendo el auxilio del Arbitraje con todas las variantes que permita ubicarlo en el quicio constitucional (48)

2°) También está superado que el tema "*de la competencia de la competencia*" les incumbe resolverla a los árbitros (49);

Es interesante la casuística:

- Los contratos accesorios o derivados siguen la suerte del principal. Estipulado, por ejemplo, el sometimiento a árbitros en un contrato de locación o con motivo del mismo, obliga al cesionario del locador o locatario, al sublocador o sublocatario y como regla general a todos los contratos accesorios, si existe pacto para resolver las divergencias suscitadas en el principal;

- Convenido en la venta se extiende a *la retroventa suscripta por separado si nada dice* en contrario:

- Le es oponible al subrogado en los derechos de quien suscribió la cláusula o el compromiso arbitral;

- En caso de litis consorcio necesario, de acciones a acumular o de la necesidad de hacer valer el *principio procesal de concentración*, si bien rige el "prix de la cour" (el premio a la carrera, competencia del juez que previno en primer término), se sugiere la conveniencia de legislar a favor de la arbitral porque permite una mayor *inmediación* (50).

Como puede advertirse sin mayor esfuerzo: somos partidarios de incrementar el arbitraje por vía de la interpretación, de modificación de la ley y de una mayor apertura en esa orientación de los jueces del Estado.

*Hacemos salvedad, sin embargo, de los conflictos a resolver por arbitraje legal, forzoso, pericial u obligatorio, porque los lineamientos enderezan al respeto a ultranza de la voluntad particular en el área de los derechos disponibles.*

3°) La facultad de los árbitros es y debe ser amplia en lo que se refiere a decretar la procedencia de medidas cautelares e incluso acordar efectividad y garantías a la traba en todas las que no requieran del auxilio de los

tribunales estatales (51).

Párrafo aparte merece la *medida innovativa* o la sentencia *anticipada* que, con carta de ciudadanía en los tribunales del Estado (52), en el arbitraje tiene estrechas posibilidades. Constreñidos a laudar sobre puntos propuestos dentro del plazo legal, estas anticipaciones, por lo menos, exigen muy discretos miramientos.

## V. Ayer, hoy y mañana del arbitraje

Para superar el pasado, particularmente las prevenciones de la justicia estatal contra el arbitraje, es bueno recordar el itinerario cumplido por el derogado artículo 448 del Código de Comercio:

*"Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por jueces arbitradores, a no ser que se haya estipulado lo contrario en el contrato de sociedad"* conforme la reforma de 1889.

Es el sistema impuesto por el Código español (53), cuyo antecedente las Ordenanzas de Bilbao establecían: *"Y por que al fin de las compañías, estándose ajustando sus cuentas se suelen suscitar entre los interesados de ellas muchas dudas, y diferencias de que proceden pleytos largos, y costosos, capaces de arruinar a todos, como la experiencia lo ha demostrado; por evitar semejantes daños y para que tales dudas, diferencias y pleytos sean decididos sumariamente, se ordena: que todos los que formen compañía, hayan de capitular, y poner cláusula en la escritura que de ella otorgaren, en que digan, y declaren, que por lo tocante a las dudas y diferencias, que durante ella, y a su fin se les puedan ofrecer se obligan, y someten al juicio de dos, o más personas prácticas, que ellos o los jueces de oficio nombraren, etc."* (54). Las divergencias relativas a la liquidación quedaban, pues sometidas a juicios de árbitros.

El Código francés, en igual sentido, al afirmar que *"Toda contestación entre socios, por razón de la sociedad, será juzgada por árbitros"* (55). Solución acorde con el art. 749 del Cód. de Com. portugués, cuando dice: *"Toda contestación entre socios, relativa a la sociedad y sus dependencias, cualquiera sea su naturaleza, será siempre juzgada por árbitros comerciales"*.

La modificación de 1889 que nos lleva al texto vigente (56) se limitó a dejar sin efecto la última parte del art. 511 de la ley 15 (57) en cuanto mandaba imperativamente el sometimiento a árbitros de toda divergencia, *"hubiérase o no estipulado así el contrato de sociedad"*.

Todos los antecedentes legales del art. 448 del Cód de Com., como se vio, establecían como *"cuestión social"* sometida a árbitros las divergencias que pudieran existir relativas a la liquidación del caudal societario. Segovia, interpretándolo habla de toda cuestión social *"o por razón de la sociedad"*—como el art. 51 del Cód. de Com. francés— y no quedan dudas que la referente a la liquidación era razón y consecuencia de su existencia.

Quien demanda liquidación y cobro ejerce un derecho propio, individual, como dice la Suprema Corte, pero la afirmación no empece que lo haga *"por razón de la sociedad"*, dirija la acción contra el consorcio, y sobre la base de una diferencia, divergencia o duda.

Los derechos de la entidad los ejercitan los socios contra terceros. Toda reclamación entre ellos —no estando en discusión la existencia de la sociedad, o validez del contrato— con motivo de la sociedad, responden a aspiraciones individuales que, legítimas o no, importan cuestiones *"controvertidas de naturaleza societaria"* y, en consecuencia, ajenas al juzgamiento de los tribunales de justicia, salvo pacto contrario.

## INTERPRETACION DE LA NORMA

a) *Literal*. Señalamos de conformidad con los antecedentes legales, cuál sería la inteligencia que cabe acordar al art. 448 del Cód. de Comercio.

En cuanto a la exégesis gramatical, cabe afirmar que se encuentra inserto en el cap. XI titulado: *"Del modo de*

*dirimir las diferencias entre los socios*", como previo al análisis de la disposición en sí. Divergencias "entre" socios pueden motivarse —entre tantos otros supuestos— por no ponerse de acuerdo los socios respecto a la forma de practicar la liquidación, o a las distintas cuentas que la compondrían.

El problema que las divergencias, diferencias o dudas sugieren, importa una cuestión entre los socios que asumen posiciones antagónicas o controvertidas. Sin la existencia de la entidad no se concebirían.

El art. 448 del Cód de Com. habla de "*todas las cuestiones sociales*" y no de las cuestiones sociales, simplemente, lo que importa gramaticalmente "*la suma y conjunto de sus partes integrantes, sin que falte ninguna*" (58). La ley no hacía distinciones (59). El adjetivo "*todas*" daba la pauta de una doble situación:

1° - Que no había exclusiones.

2° - Que debía interpretarse lo de "*cuestión social*" en su sentido más amplio, abarcando todas las situaciones que entre socios podían darse.

Sutilizar, ante el texto claro de la ley, importaba juzgar a ésta antes que el caso sometido, procedimiento vedado por la ley adjetiva (60) (61).

Todo comenzó con el aceptable razonamiento de excluir del juzgamiento de árbitros las discusiones sobre la existencia de la sociedad o validez del contrato. Pero el supuesto era diferente: Lógicamente, discutida la existencia de la sociedad, era previo decidir si había comunidad, antes del tratamiento de cualquier *diferencia entre socios*, premisa que suponía aquello ( la existencia de la sociedad).

El procedimiento interpretativo falla, cuando, con igual orientación, pretendieron excluirse la liquidación o partición, en sí, de la jurisdicción arbitral, por no tratarse de "*cuestiones sociales*" acaecidas durante aquellas operaciones. La sociedad existe, y las divergencias sobre la liquidación y/o partición ocurren por razón de ella.

a) *Doctrinaria*. La posición de la más autorizada doctrina se orientaba en el sentido expuesto. El fiscal Juan Britos, invariablemente, desde 1928, había sostenido que "*...únicamente son extrañas a los arbitradores las cuestiones sobre existencia de la sociedad o validez del contrato social, porque con eso se pone en tela de juicio la base o fundamento de su competencia*".

Posición la expuesta, a la sazón, apoyada por los más destacados maestros clásicos del derecho comercial (Castillo (62); Obarrio (63); Segovia (64)) y entre los más recientes, como Malagarriga y Fernández se limitan a seguir la corriente del texto sin abrir juicio o adhesión por antecedentes que se abrían camino en sentido adverso (65).

b) Desde el punto de vista teleológico se entendía que la solución era ponderable en tanto se sometían las diferencias entre socios, tanto por razones de agilidad, como por la presunta pericia de los juzgadores árbitros, técnicos en la materia e indirectamente se sustraían pleitos a los jueces del Estado con neto beneficio para el descongestionamiento de los Juzgados.

c) *La Jurisprudencia*. Sin distinciones, en un comienzo, los tribunales se pronunciaron por la competencia arbitral, en punto a la demanda por liquidación de la sociedad, como frente a toda otra societaria que no versare sobre la existencia del ente (66).

Muchos después, en forma vacilante, la jurisprudencia por vía de interpretación, se apartó de las soluciones indicadas (67), hasta llegar a sostener que es de competencia de los tribunales ordinarios "*el conocimiento de una demanda en que se persigue la liquidación de una sociedad y la rendición de cuentas del socio demandado*" (68).

No se dan argumentos que justifiquen el desvío. Las razones argüidas crean una distinción en tres cuestiones de "*hecho*" y de "*derecho*" (69), reñida con el claro texto de la ley (70).

Se dijo que, siendo la jurisdicción arbitral de la aplicación restrictiva, debe regir únicamente en los casos que tiendan a solucionar "dificultades surgidas en la interpretación de los contratos", aserción desprovista de toda fundamentación jurídica. Se trataba de apreciaciones forzadas del texto legal.

Todo el análisis pertenece al *ayer*.

Para muestra basta un botón.

No se nos escapa que la figura trajo problemas (y serios problemas) en la práctica, desde reclamaciones de todo tipo con motivo de la constitución del tribunal de árbitros, recusaciones, cuestiones de competencia, validez de los fallos, parcialidad de los árbitros de "parte" (71).

Los inconvenientes pudieron muy bien resolverse por vía legislativa.

La sabia ley 340, sancionada con motivo de la promulgación del Código Civil, imponía al Poder Judicial un informe anual sobre las dificultades apareadas por la legislación vigente. Sabio señalarlas para corregir todos los desvíos y rescatar el espíritu del art. 448 del Código de Comercio, en lugar de asesinarlo con interpretaciones "contra legem".

Ello hubiera sido tanto más ponderable que el esfuerzo de desandar el camino de prevenciones sobre esta loable institución del Arbitraje que finalmente cumplirá el rol que le corresponde en el afán de hacer Justicia.

El Hoy que nos toca muy de cerca permite un franco optimismo.

El mañana depende de que se entienda, culturalmente, que el Arbitraje "co-opera" con la Justicia del Estado y que los jóvenes abogados adhieran a esta venerable Institución como medio idóneo del cumplimiento del primer mandamiento ético: *defender el interés del cliente*.

(1) El sabio Preámbulo de nuestra Constitución histórica de 1853 ya declaraba como propósito fundamental "el de asegurar la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres que quieran habitar el suelo argentino". Recordaba la Corte Suprema de la Nación ("Fallos" 191: 388) que ese principio constituía parte principal del orden público sin cuyo acatamiento "el hombre estaría inhabilitado para cumplir con dignidad su misión terrenal".

(2) Arts. 1197, 1198 del Código Civil.

(3) No hay Orden Público por encima de la Constitución o en contra de sus disposiciones; es bueno tenerlo en cuenta en momentos en que la emergencia endémica ha convertido todas las leyes hasta las más aberrantes e inconstitucionales, en leyes de orden público.

(4) Los "ocupas", antes llamados usurpadores;

(5) Los "old out", es decir los acreedores que quedaron afuera de la propuesta de quita del gobierno argentino, como parias crediticios; ¡no tendrían derecho a cobrar nada! ¡Esto no sucede ni para los disidentes minoritarios en el proceso de quiebra!

(6) En la tesis del "esfuerzo compartido", no se advierte esfuerzo alguno del Estado —autor del entuerto— quien aumenta sus gastos y continúa endeudándose.

(7) Reducida a dos letras según la aguda observación de Jorge R. Vanossi: TODO VALE. Y no vemos exageración ninguna: a) No se debe enjuiciar la política y, no obstante, proliferan sentencias que mantienen a los ñoquis en sus puestos, a los contratos vencidos, vigentes, quebrando abiertamente la división constitucional de los poderes, porque no son cuestiones justiciables las decisiones políticas; b) No corresponde politizar la Justicia porque ello conduce a la muerte del derecho en principios ancestrales como los de legalidad, libertad, presunción de inocencia, de la cosa juzgada, de la ley más benigna, de la prescripción de las acciones y de las penas, irretroactividad de la ley penal; c) No hay más internas ni partidos políticos en violación del art. 38 de la Const. Nacional; d) Récord de decretos de necesidad y urgencia sin convalidación parlamentaria. A trece años de la nueva Const. no existe reglamento; e) Iniciativa popular del proyecto Padilla-Lalanne de sustitución del régimen de la lista sábana, por el binominal por circunscripción, que obligatoriamente debió tratarse dentro del año ("dentro de los doce meses", dice el art. 39 C.N.). Han transcurrido más de tres.

(8) El famoso caso "Santiago Omar Riveros", indultado por Decreto 1002/89 (Adla, XLIX-C, 2525), con sentencia convalidatoria pasada en autoridad de cosa juzgada dejada de lado en pronunciamiento publicado en J.A. 2007-III, pág. 570, con excelente crítica del Dr. Augusto Mario Morello a fojas 628 "Cosa Juzgada y seguridad jurídica", laudatoria de los votos disidentes de los Dres. Argibay y Fayt; del mismo autor ver artículos citados en nota 2, de pág. 629 y en materia de laudos firmes el del MERCOSUR ha sido signada la ilegitimidad del "corte de puentes" a propósito de "Botnia" por laudo del 13 de septiembre de 2006 y el del CIADI, en punto al régimen tarifario de servicios públicos.

(9) El número de reincidentes que delinquen día a día va camino —por la reiteración— de dejar de ser noticia. El solidarismo con el delincuente deja inerte a la gente decente. Se encara en la Provincia de Buenos Aires una cierta negociación de la pena ante delitos flagrantes, como método práctico de dar respuesta inmediata al grave problema.

(10) Autor cit. "Obras Completas", t. IX, pág. 227; el genial Ortega y Gasset atribuye a esta manía de cambiar las leyes y a la inflación legislativa la destrucción del derecho. Con su particular sentido del humor recuerda el humilde cuento del gitano que va a confesarse y el padre al preguntarle los mandamientos de la ley de Dios, "el gitano le responde —Mire usted, padre; yo los iba a aprender, pero he oído por ahí un runrún de que los van a quitar"...

(11) Artículos 842 y siguientes del Código Civil; 775 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires; 737 del Cód. Proc. de la Nación; y similares en los códigos de procedimiento de las provincias federadas.

(12) decreto 214/2002, leyes 25.561; antes austral y desagio, decreto 1096/85 (Adla, LXII-A, 117; 44; XLV-B, 1151).

(13) decreto 1570/2001; corralito, ley 25.587 (Adla, LXII-A, 65; LXII-C, 2860) "antigoteo", también llamada ley "tapón" —hasta el nombre es patológico, para no decir poco serio— ¡prohibiendo las cautelares!

(14) leyes de suspensión de las jubilaciones móviles, reiteradamente declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de la Nación "Ester Gemelli", hasta el fallo más reciente

(15) El distorsivo impuesto al "cheque"; las crecientes retenciones a la exportación ¡aunque correlativamente se cuestiona el subsidio en países civilizados!

(16) Compensación del Estado a los bancos con motivo de la pesificación de todos sus créditos;



- (17) Sustitución de lámparas por las de bajo consumo;
- (18) Cuando hay sequías u otros avatares climáticos, el Estado otorga un magro subsidio de la desgravación o postergación de pagos impositivos. Cuando no los hay, importantes retenciones ¿ No es posible que el Estado deje a los productores hacer sus propias provisiones?
- (19) Basta con advertir la superposición impositiva, doble tributación nacional y provincial sobre bienes personales, la coparticipación federal se ha convertido en el manejo unitario de la recaudación, el impuesto al cheque intervención y revisión de los contratos particulares, etcétera.
- (20) "Obras Completas" Ed. Tribuna Nacional, 1886, t. III, pág. 544 " Bases...".
- (21) "Etudes du droit international privé" Paris, 1919, pág. 210.
- (22) Op. cit. "Des nullité en matière d'actes juridiques", Paris, 1909, págs. 902 y siguientes.
- (23) Vareilles Sommiers "Des lois d'ordre public et de la derogation de lois", 1899, Paris, pag.3.
- (24) Que no existía ni por asomo —eran comunes los edificios afectados a rentas—.
- (25) Es ponderable en esta corriente el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del 8 de junio de 2005, Acuerdo 82.557, en los autos "Banco de la Pampa contra Cuevas Emilio Alfredo sobre Cobro Ejecutivo", donde por voto —que concitó la mayoría— del Dr. De Lázzari se hizo invocación de la "teoría de los actos propios" para rechazar la petición del abogado que había renunciado a la percepción de honorarios a su cliente, en virtud del contrato por el que percibía una asignación convenida, conducta que califica de "éticamente reprochable" (considerando 10);
- (26) Caso "Avico c/ de la Pesa", "Fallos" 172:21.
- (27) "Derecho Romano", t. VI, pág. 350. Para novedades, lo clásico, diría Miguel de Unamuno;
- (28) "Espíritu del Derecho Romano", pág. 75, no son muchos los temas en que ambos juristas se expresen, como lo hacen contra las moratorias.
- (29) Ver Adla, 1920-1940, 486.
- (30) Leyes 23.082; 23.169; 23.188; 23.293; 23.818; 23.370; 23.073; 23.318; y las recientes 25.561, 25.580, decretos 1570/2002.... (Adla, XLIV-D, 3701; XLV-A, 4; XLV-C, 2017; XLV-D, 3624; L-D, 3639; XLVI-D, 4001; XLIV-C, 2528; XLVI-C, 2595).
- (31) Recordamos una vez más a Ortega y Gasset en su pensamiento de que esta proliferación legislativa no ha contribuido a crear un nuevo derecho, sino a quitar los derechos que había, al margen de la mejor intención de hacer Justicia. Le hace recordar la fábula del hombre y su amigo el oso. Mientras el hombre duerme se posa en su frente una mosca. El oso a su costado para evitarle la molestia de un zarpazo mata la mosca pero, al par, le saca la cabeza al hombre! V. art. cit. "Obras Completas", t. IX.
- (32) Por supuesto que no es un defecto folclórico. En los EE.UU. se perfila una caída de los valores inmobiliarios con afectación de las garantías hipotecarias y un movimiento de opinión insta a las autoridades a cubrir la falta de previsión y riesgos propios, exclusivos de los acreedores... Por supuesto que en las opiniones del texto no se eluden los casos en que la responsabilidad le cabe al propio accionar del gobierno... Curiosamente, como lo demuestra nuestra historia reciente en ese supuesto... la elude, ¡transfiriéndola a los particulares!
- (33) Así por cuanto no cabría, desde el punto constitucional, privar sin consentimiento del "juez natural".
- (34) El Tribunal de Arbitraje que integro lo ha hecho de manera reiterada; entendemos que el de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires hace lo mismo, según me manifestara el árbitro de esa institución Dr. Carvajal.
- (35) Nuestro maestro y buen amigo el Dr. Dalmiro Alsina Atienza nos enseñó las diferencias entre actuar "ex officio" y "oficiosamente", y los límites del "iura novit curia" cuando, como en este caso, es indispensable respetar la audiencia y la garantía de defensa en juicio.
- (36) Es doctrina reiterada de la Corte Suprema de la Nación la que establece que la "reserva" del caso federal no existe en el derecho argentino y que el "planteo" se requiere hacerlo en la primera oportunidad (C.S.N. "Fallos": 271:401; 276:336; 286:91; 289:262; 311:255, 324 y 1445 entre muchos otros).
- (37) Ver los bien fundados trabajos de MARTÍN MARCHESINI, Gualterio "Arbitraje y Recurso Extraordinario", en la "Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación" del 7 de septiembre de 2004 y su comentario "Arbitraje y Recurso Extraordinario" en LA LEY, 2004-E, 948, opiniones que son menos distantes de la que sostenemos en el texto, toda vez que lo admite como solución "in extremis"; GIL DOMINGUEZ, Andrés, "El caso Cartellone vs. Hidronor", trabajo publicado en LA LEY, 2004-E, 419, fallo publicado en el mismo tomo en la página 266, entre otros.
- (38) El criterio de la disidencia, si bien adopta una actitud crítica del contenido del fallo Cartellone, sostiene que se trata de una solución de excepción, pero que no abandona las nuevas corrientes (ver y leer detenidamente en particular CAIVANO, Roque, "La revisión de la validez de los laudos arbitrales ¿Irrenunciable o indisponible?", en J.A. 2007-II, pág. 1248, fallos citados en nota 32 de pág. 1252, y no insistan con el orden público: en rigor lo que interesa es que estén en juego derechos indisponibles, porque esto no integra la propiedad en sentido amplio de los particulares; y los artículos a los que remite el autor en nota 1253 (MARTINEZ DE HOZ, José Alfredo —h— y MACCHIA, Valeria "La doctrina del fallo 'Cartellone' ¿es aplicable a los laudos del CIADI? Comp.. Héctor Méndez, Lino Roque Palacio, etcétera.
- (39) Las experiencias del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados que integro son aleccionadoras en ese sentido: Nos arribamos al 50% de litigios arreglados en primera audiencia. Ese contacto personal con las partes, llamado inmediatez, trae a mi memoria la crítica de Sentis Melendo a la supresión de la conciliación obligatoria: "ningún juez debe o puede juzgar a nadie sin conocerlo"; y una conocida anécdota de Abraham Lincoln donde puesto a designar un funcionario clave, por varios conductos le fue recomendada la misma persona; entrevistada, no la nombró. Los autores de la recomendación le preguntaron, sorprendidos, el motivo. La respuesta laconica no se hizo esperar: "Después de los cuarenta años cada uno es responsable de la cara que tiene... y la de éste ¡no me gustó!"; el resto de nuestras estadísticas son contundentes, menos del 6% demandan apenas más de doce meses en resolverse, el 70% se resuelven dentro de los seis meses....
- (40) El juez —cualquiera sea la instancia— que no le declarara la Corte Suprema de la Nación arbitraria una sentencia, situación que equivale a su descalificación como acto jurisdiccional válido, que tire la primera piedra.

En cuanto a su responsabilidad personal o del Estado por arbitrariedades judiciales, salvedad hecha en materia penal por detenciones ilegales. El libro que ya consideramos un clásico en el punto es de TAWIL, Guido Santiago, "La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia", 2ª Ed. "Depalma", nos ilustra sintéticamente sobre las dificultades que ofrece a la luz de la doctrina, jurisprudencia e insuficiencia legal.

- (41) "Burchell v. Marsh", 58 US. 344.
- (42) "Fallos", 304:781.
- (43) "Fallos": 237:392; 289:158; 302:1280; J.A. 1958-I, en la causa "Gutiérrez y otra c. Editorial Kapelusz S.R.L.", sección síntesis jurisprudencial, números 7 y 8, se refería a un laudo de amigables compondores.
- (44) Ver conforme PARODI, Victor, "El Acuerdo Arbitral: ventajas y elementos.¿ Una exigencia de la globalización?", J.A. 2008-I, y los casos "Chromalloy".
- (45) Ver conformes MORELLO, Augusto Mario, "¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?", en Rev. "El Derecho", t. 198, pág.467; BIANCHI, Roberto, "Competencia arbitral para decidir sobre la Constitucionalidad", en J.A. 2003-IV, pág. 75, y "aunque estén contenidas en leyes de orden público", pág. 79, criterio admitido de manera pacífica por el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, y por el que integramos del Colegio de Abogados de Mar del Plata.
- (46) Conformes COLOMBO, Carlos J. – KIPER, Claudio M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. "La Ley", junio 2006, t. VI, pág. 696, parágrafo 13, comentario al art. 738.
- (47) El Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata se ha cuidado de manera especial seguir el lineamiento del texto.
- (48) Por nuestra parte somos autores —en los lineamientos del texto— de un PROYECTO DE LEY PARA LA EMERGENCIA JUDICIAL.

Artículo 1° (conflictos comprendidos): Se consideran comprendidos y alcanzados por las disposiciones de la ley todos los conflictos judiciales en trámite, cualquiera sea la Instancia y estado procesal.

Artículo 2° (Instancia imperativa de Resolución Alternativa del Conflicto):

En forma prejudicial es requisito de admisibilidad de toda acción o demanda -cualquiera sea su naturaleza procesal u objeto- dar cumplimiento a la instancia de mediación y arbitraje forzoso que instituye la presente ley.

Artículo 3° (facultades ordenatorias de los Jueces, aplicación automática):

Los jueces podrán, intraprocesalmente, en ejercicio de sus facultades ordenatorias e instructorias, disponer la remisión de los pleitos en trámite, cualquiera sea el estadio procesal anterior a la cosa juzgada, al Régimen de Solución Alternativa de Conflictos, aquí reglado. El paso a Arbitros será obligatorio para los Jueces, a pedido de cualquiera de las partes vencido el plazo procesal para sentenciar y de oficio para el magistrado interviniente una vez duplicado dicho término, solución de aplicación inmediata a la sanción de esta ley a todos los juicios en que exista llamado de autos para dictar sentencia-.

Artículo 4° (decisión arbitral: vinculante o no vinculante): De mediar acuerdo de parte el laudo arbitral tendrá los efectos de una sentencia judicial. En caso de oposición de cualesquiera de las partes el laudo no tendrá efecto vinculante sino meramente orientativo para el magistrado interviniente, quien deberá dictar la sentencia en el plazo de veinte (20) días hábiles de recibido.

Artículo 5° (competencia, decreto reglamentario): Serán competentes para el entendimiento y solución de las cuestiones suscitadas, los Mediadores y Tribunales de Arbitraje institucionales de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires las Cámaras y Bolsas de Comercio sin perjuicio de otros que designe el decreto reglamentario, pudiendo requerir a estos efectos la convocatoria de jueces con jubilación especial para la formación de los necesarios si resultaren Insuficientes.

Artículo 5° (sometimiento voluntario a Arbitraje, efectos): Las partes podrán someterse voluntariamente a que decidan sus diferencias cualesquiera de los Tribunales Arbitrales institucionales o "ad hoc", acuerdo que prevalecerá aun sobre la decisión judicial pendiente. En tales situaciones podrán elegir los árbitros, el número, los procedimientos (salvo que la Institución, imponga el Reglamento propio), limitaciones recursivas, el régimen de gastos y de costas, la clase de arbitraje ("iuris", de "amigable composición", "arbitraje pericial") y/o la adopción de cualquier cláusula compromisoria.

Artículo 6° (financiación de honorarios): Los litigios inicialmente sometidos a arbitraje no pagarán otra tasa que la del uno (1) por ciento del monto del litigio, y el 5 (cinco) por ciento de honorarios para el Tribunal Arbitral. En cuanto a los que se encuentren en trámite ante los tribunales estatales de la Provincia de Buenos Aires, la parte que hubiera satisfecho la tasa judicial de actuación, previa certificación del tribunal actuante, podrá desgravarla del Impuesto de Rentas o de otras tasas provinciales que establezca la reglamentación.

Artículo 7°: (arbitraje forzoso; procedimiento, recursos): La decisión judicial vinculante que remita al procedimiento alternativo de esta ley no admitirá recurso alguno, salvo el de nulidad por expedirse sobre puntos no sometidos o el de expedirse fuera del plazo del Reglamento de Actuación del Tribunal Arbitral actuante.

Artículo 8° (de forma): Comuníquese, publíquese ... etc.

(49) Los artículos 8 y 18 de los Acuerdos del MERCOSUR reconocen la facultad del tribunal arbitral para resolver los problemas relativos a la existencia y validez del acuerdo arbitral. En suma es competente para resolver sobre su propia competencia y en líneas generales sea por remisión (16.3 de la Ley Modelo de UNCITRAL Y 25.3 de los Acuerdos) así se acepta. El Decreto Nacional 931 del 7 de agosto de 1998 que aprueba el Reglamento de Procedimientos ante las Cámaras Arbitrales de Cereales, establece en su artículo 47 la facultad de decidir sobre su propia competencia. En el orden interno, el proyecto de Ley de Arbitraje de 1998 expresamente determina la atribución de la competencia de los árbitros de decidir sobre su propia competencia y de las defensas relativas a la existencia y validez del acuerdo de arbitraje.

(50) No se tenga la menor duda que la inmediatez en el arbitraje aparea mejores y más justas soluciones en el menor tiempo.

(51) Notificación de medidas de no innovar, no contratar, anotación de litis provisionales —cuando los registros resistan registros sin orden de los jueces del estado—; embargos de fondos, etcétera.. Conforme con el texto ver ZINNY, Jorge, "El Juez y el Árbitro" en Revista de Derecho Procesal en homenaje a Ramiro Podetti, pág. 288. comp. Walter Peyrano quién se pronuncia por "el árbitro decide y el juez ejecuta", pero para superar la objeción y los engorros

es menester el auxilio, pero —en nuestra modesta opinión— legislativo;

(52) En buena medida gracias a uno de sus mentores: el Dr. Jorge Walter Peyrano, entre sus múltiples trabajos "Medida innovativa, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil", "Editorial Rubinzal y Culzoni", Santa Fe 2003; y "Sentencia Anticipada", mismo editorial, año 2000, etcétera.

(53) Art. 323

(54) Cap. X, núm. XVI, Ordenanzas de Bilbao; la bastardilla no es de origen.

(55) Art. 51

(56) Art. 448, Cód. de Com. actual.

(57) Adla, 1852-1880, 219.

(58) Conf. Diccionario de la Real Academia, vocablo "toda", acep. 8va., ed. 1956.

(59) Ubi lex.

(60) Art. 20, Cód. de Proced.

(61) DIGESTO JURÍDICO LA LEY, I verbo ley, núms. 244, 246 a 249, 259.

(62) "Curso", t. III, número 531.

(63) "Curso", t. I, n° 463.

(64) Núm. 1618 v. dictamen en LA LEY, 35-825/6.

(65) V. "infra".

(66) CComercial de la Capital Federal, J.A. t. 1, pág. 740; Cám. De Apels. de Tucumán J.A., t. 14, pág. 1365; la prestigiosa Cám. Civil 2ª. J.A. t. I, pág. 430; en igual sentido la Cám Civ. 1ª J.A., t. 3, pág. 624; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en LA LEY, 12-528; Ac. y Sent. 1956-VI págs. 270/273; 1960-V, p.496, LA LEY, 102-175 entre muchos otros.

(67) V. J.A., T. 35 pag. 416.

(68) Conf. Cámara 1º Civil y Comercial de La Plata, en J.A., 1947-IV, p. 599; id., 1948- III, p. 179; Cámara de Apels. En lo Comercial de la Capital Federal, LA LEY, 72-162; Cámara Comercial de Apelaciones, sala C, t. 102, p. 81, con disidencia del doctor Abelardo F. Rossi sustentado en el precedente inserto en LA LEY, 90-430, etcétera.

(69) "in re": "Castellanos, Roberto y otros c La Esmeralda, S.R.L. ", del fallo de 1ª instancia, LA LEY, 102-82, que se remite a lo decidido por la Sala A de la Cámara de Apels. En lo Comercial de la Capital Federal.

(70) "Ubi lex...", todas las cuestiones, etcétera.

(71) Alertábamos sobre tales inconvenientes en n/ trabajo publicado en LA LEY, 120-118, TEJERINA, W., "La demanda de liquidación ¿ es cuestión social a los fines del art. 448 del Cód. de Comercio?, en particular en el parágrafo V, de pág. 120 bajo el título "El Arbitraje en la práctica", en comentario a fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, admitiendo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en contra del criterio de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata que, por voto, del que fuera luego excelente árbitro del Tribunal del Colegio de Abogados, Dr. Luis María Games se pronunció por la competencia arbitral.