

# PRINCIPALES DESAFÍOS PARA EL DESARROLLO INSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN NUESTRO PAÍS <sup>1</sup>

*Diego Zavala* <sup>2</sup>

La intención del presente trabajo es enfocar la atención y análisis del lector sobre el desarrollo del arbitraje como institución en nuestro país. Me gustaría explorar y ensayar algunas conclusiones en relación a cuáles serían los principales escollos para el desarrollo institucional del arbitraje y de cómo superar los mismos.

Las normas que permiten el arbitraje en nuestro país, son una de entre las varias instituciones legales con que cuentan las personas y las empresas en la realización de sus actividades económicas.

Las instituciones permiten a las personas y las empresas tomar ciertas decisiones que afectarán el futuro económico de sus negocios,

---

1 Este trabajo fue preparado para el I Congreso Nacional y Regional sobre Arbitraje y Mediación, celebrado en Asunción, Paraguay, el 4 y 5 de abril de 2003. El Congreso fue organizado por el Centro de Arbitraje y Mediación - Paraguay, bajo los auspicios del Banco Interamericano de Desarrollo.

2 Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica, Paraguay. Maestro en Leyes (LL.M.), *Yale Law School*, especializado en Comercio, Finanzas y Arbitraje Internacional. Profesor de Derecho Internacional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Universidad Católica. Asociado, *Estudio Mersan*, Abogados.

sabiendo que en futuro dichas decisiones con seguridad serán aplicadas. Por ello, el régimen institucional existente en un país, como veremos más adelante, puede determinar el desarrollo económico relativo de un país.

Pero, para que las instituciones tengan vigencia en una sociedad, éstas deben haber nacido, crecido y se deben haber desarrollado dentro de dichas sociedades, y deben haber caminado y experimentado un trecho cierto, durante tiempo cierto, que orientará a las demás personas y empresas adoptar dicha institución entre sus herramientas de negocios. De esta manera, las personas y las empresas podrán percibir con cierto grado de seguridad los beneficios que dichas instituciones pueden reportarle, de manera a que las adopten de entre el régimen institucional existente en la sociedad.

Cuando nos ponemos a analizar sobre la utilización del arbitraje en nuestro país, las preguntas que nos hacemos en la mayoría de los casos giran sobre los siguientes puntos: ¿porqué el arbitraje no está prendiendo en Paraguay (y en el resto de la región)?; ¿porqué en otros países el arbitraje ha prendido con fuerza, y representa para los emprendedores y para las organizaciones una alternativa real de solución de controversias?; ¿qué hicieron y cómo llegaron a consolidar sus instituciones que permiten el uso del arbitraje?; y por último, ¿qué nos falta hacer?

Estas preguntas están a tono con el objetivo de este *workshop*, y creo que el análisis y respuesta de las mismas representarán para los presentes un interesante trabajo.

A fin de contestar las preguntas propuestas en este trabajo, en mi opinión el método del análisis institucional nos puede brindar algunas herramientas para el estudio y respuesta de estas preguntas.

## I. La importancia de las instituciones en el desarrollo de los mercados y el crecimiento económico

Antes de proseguir en nuestro análisis, es conveniente que consideremos brevemente la importancia de las instituciones para el desarrollo del mercado y el crecimiento económico en una sociedad.

Las instituciones son las reglas de juego de una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana<sup>3</sup>. En este sentido, son instituciones las normas legales vigentes en una sociedad. Son también instituciones las pautas de conducta que regulan aspectos cotidianos de nuestras vidas (normas morales, costumbres y otros, que indican a las personas al cumplimiento de sus obligaciones).

“Los mercados funcionan si tienen normas, mecanismos de observancia y organizaciones que promuevan las transacciones. Estas instituciones, sumamente diversas, transmiten información, hacen observar los derechos de propiedad y los contratos y regulan la competencia. Al mismo tiempo, ofrecen a las personas oportunidades e incentivos para que participen en actividades de mercado provechosas”<sup>4</sup>.

El Informe del Banco Mundial para el año 2002, relativo a las Instituciones para los Mercados, ilustra sobre algunos ejemplos de instituciones que respaldan a los mercados<sup>5</sup>:

---

3 DOUGLASS C. NORTH, INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE (1990), Edición 1999, Cambridge University Press, pág. 3.

4 BANCO MUNDIAL, INFORME SOBRE EL DESARROLLO MUNDIAL (2002), Instituciones para los Mercados, pág. 2.

5 BANCO MUNDIAL Instituciones para los Mercados, pp. 2.

<i>Públicas</i>	<i>Privadas</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sistemas Judiciales</li> <li>• Leyes de competencia</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cámaras de comercio</li> <li>• Registros de solvencia de posibles prestatarios</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Autoridades de supervisión bancaria</li> <li>• Requisitos de transparencia de las compañías</li> <li>• Títulos formales de propiedad de la tierra y leyes que regulan la transmisión de bienes</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prestamistas</li> <li>• Reciprocidad entre los socios de las empresas</li> <li>• Normas sobre la transmisión de la tierra</li> </ul>

Mercados con instituciones confiables se ven beneficiados con mayor actividad y crecimiento económico, como consecuencia de las inversiones que realizan en dichos mercados las personas y las empresas que encuentran los incentivos adecuados. Las instituciones les proveen los incentivos a quienes pretenden realizar inversiones, al permitirle tomar decisiones con menores riesgos. En efecto, las instituciones (el régimen legal) disminuyen los riesgos de las decisiones de los empresarios, al permitirles conocer de antemano cuáles serán los costos a que estarán expuestos en el curso de sus negocios (en el mercado que pretenden invertir), y en consecuencia, cuáles serán las ganancias de la empresa luego de pagados dichos costos.

Con respecto al contexto institucional para realizar una actividad económica, North manifiesta que: "Descubrir mercados, evaluar los mercados y técnicas, y administrar empleados no ocurren en el vacío. Estas comprenden el desarrollo de conocimientos tácitos para desenterrar las complejidades asociadas con problemas de medición y ejecución. Las clases de información y conocimiento requeridas por el emprendedor son en buena parte una consecuencia de las particularidades del contexto institucional. Este contexto no sólo modelará a la organización interna y determinará la extensión de su integración

vertical y estructura de gobierno, pero también determinan los márgenes que ofrecen las mejores promesas de maximizar los objetivos de la organización.”<sup>6</sup>

En este sentido, el Informe del Banco Mundial encontró que las instituciones existentes en los mercados pueden constituirse en promotoras del crecimiento económico y pueden ayudar a los países pobres a alcanzar mejores niveles de desarrollo social. El Informe encontró que las economías de los países pobres que están creciendo más rápido, son aquellas que tienen buenas instituciones<sup>7</sup>.

## II. El régimen legal y los cambios institucionales

De modo breve he pretendido explicar el papel que juegan las instituciones en el desarrollo de los mercados de los países, y cómo éstas pueden determinar mejores condiciones para el crecimiento económico.

En las próximas líneas quiero fijar mi atención al modo en que se dan los cambios institucionales en los países. Es importante utilizar las herramientas que nos provee el método de análisis institucional, para así comprender cómo se dan los cambios institucionales. De este entendimiento podríamos sacar algunas orientaciones sobre cómo facilitar el desarrollo del arbitraje como institución en nuestro país, como medio efectivamente utilizado en la solución de controversias.

El régimen legal marca los parámetros que guían a las personas y las empresas dentro de una sociedad en la búsqueda de lograr sus objetivos de maximizar beneficios. Tomemos el ejemplo de un equipo de fútbol, que dentro de un marco de reglas establecidas, entre las que

---

6 Ver NORTH, op. cit. pág. 77.

7 Al respecto, ver el artículo Poor countries could help themselves by fixing their institutions, THE ECONOMIST, 13/Septiembre/2001, pp. —.

se encuentran las reglas que establecen la competencia entre los equipos; éstos se desenvuelven, adquieren conocimientos, talentos y desarrollan aptitudes para lograr sus objetivos. El régimen institucional determinará cuánto talento y cuánto conocimiento será necesario para ganar a los demás equipos, logrando beneficios que éstos buscan en la competencia deportiva futbolística<sup>8</sup>.

Por ello, los incentivos que se encuentran dentro del régimen institucional de una sociedad juegan un papel decisivo en la clase de aptitudes y conocimientos que determinarán los beneficios que obtengan las personas y las empresas dentro de la misma sociedad.

El agente de cambio es el emprendedor o persona individual que responde a los incentivos que se encuentran en el sistema institucional. La fuente de cambio institucional son los cambios en los precios relativos o en las preferencias. Por último, debemos tomar en cuenta que el proceso de cambio es un proceso incremental, gradual<sup>9</sup>.

El cambio consiste típicamente de ajustes marginales al complejo de normas, reglas y al sistema judicial, que constituyen en su conjunto al régimen institucional.

No obstante, debemos también considerar que todo régimen institucional cuenta con cierta estabilidad. La estabilidad de un régimen institucional se logra a través de un complejo sistema de limitaciones o restricciones, ubicadas en forma jerárquica, donde el cambio, para cada nivel, se más costoso de lograr que en el anterior. Estos incluyen:

- Restricciones formales: constituciones, leyes, decretos;
- Restricciones informales: son pautas de conducta no formales,

---

8 Esta dinámica también se aplica a todo tipo de organizaciones, como ser el caso de las mafias, que también se mueven dentro de un marco institucional; al respecto ver North.

9 Ver NORTH, op. cit. pág. 83.

que representan extensiones, elaboraciones y calificaciones de las reglas que a veces tienen una habilidad de supervivencia tenaz, puesto que forman parte de nuestra conducta habitual.

North nos señala entre las fuentes de cambio institucional los siguientes impulsos fundamentales:

- cambios en los precios relativos;
- cambios en los gustos o preferencias de los agentes;
- cambios en los sistemas de aplicación y ejecución de las leyes;
- cambios traumáticos y discontinuos logrados por medio de revoluciones, conquistas o desastres naturales.

En este trabajo, nos limitaremos al estudio de algunas de estas fuentes de cambio institucional.

Hemos señalado anteriormente que los cambios en los *precios relativos* constituyen una de las principales fuentes de cambio institucional. ¿Qué entendemos por precio relativo?. Para responderlo, debemos fijar primeramente el concepto del precio. Por precio se entiende el valor de un bien, lo que nos muestra cuánto tiene que darse para obtener un bien o un servicio. Normalmente, el precio se expresa en términos monetarios, aunque el pago no necesariamente tenga que expresarse en moneda. El precio relativo está expresado en términos de la cantidad de otros bienes que tiene que ser dado, para lograr la operación<sup>10</sup>.

En este contexto, debemos considerar que el cambio en los precios relativos puede darse por factores endógenos así como por factores exógenos. Endógenos serían aquellos factores de cambio que surgen desde dentro mismo de la sociedad; en contrapartida, los

---

10 Al respecto ver THE MIT DICTIONARY OF MODERN ECONOMICS (4th Edition), The MIT Press, pág. 340.

factores exógenos son aquellos factores que favorecen al cambio de una sociedad y que tienen su origen fuera de la misma sociedad.

Por lo expuesto, el hecho que las personas y las empresas decidan adoptar el arbitraje para la resolución de sus conflictos, en vez del sistema judicial ya existente en la sociedad, entrañaría **cambios en los incentivos** que cada institución ofrece a las partes, para lograr el producto deseado (la resolución del conflicto). Por ello, para lograr el cambio institucional en una sociedad, uno de los factores que debe lograrse es el cambio en el precio que el arbitraje representa, en relación con sistema judicial, lo que incentivará a los agentes en una sociedad a adoptar el arbitraje para lograr la resolución de sus conflictos en el curso de sus operaciones comerciales.

Por supuesto que esto debe ir acompañado por cambios en los sistemas de aplicación y ejecución de las leyes. Como lo veremos más adelante, en todos los países donde el arbitraje logró establecerse como institución confiable para la resolución de conflictos, el apoyo del Poder Judicial fue fundamental.

Por último, debemos observar estos argumentos desde otra perspectiva: **el régimen institucional existente en una sociedad**, además de mostrar los incentivos, **muestra también a las personas y a las empresas la dirección que deben seguir para la adquisición de conocimientos y aptitudes**, y el sentido de hacia adónde dirigir sus esfuerzos en el futuro, en la búsqueda de sus beneficios particulares.

Por ello, en el marco de la búsqueda de sus beneficios, cuando las personas y las empresas hubieren probado una determinada institución (a través de la prueba y error - si la propia sociedad favorece este tipo de experiencias), y cuando éstos hubieren comprobado los beneficios que estas instituciones les ofrecen, así como también hubieren comprobado la seguridad de los mismas a través del tiempo, entonces

iniciarán el recorrido de un camino seguro el cual será siempre utilizado para la obtención de tales beneficios (en este caso, el beneficio representa la solución de sus controversias). Esto constituirá un factor decisivo para el desarrollo a largo plazo de una sociedad (lo que se conoce como el "*path dependence*"). La importancia de este factor en el desarrollo institucional lo abordaremos más adelante.

### III. Cambios en el régimen institucional que favorecerían el desarrollo del arbitraje

A continuación analizaremos algunos cambios o experiencias que entiendo deben darse en el régimen institucional que afecta al arbitraje, con el objetivo de lograr el desarrollo y la utilización efectiva del arbitraje como método de resolución de conflictos en nuestra sociedad.

Conforme a la teoría del cambio institucional anteriormente expuesta, creo conveniente llamar la atención del lector sobre el **tiempo necesario para lograr los cambios institucionales: éstos son incrementales, graduales**. No concibo cambios espectaculares en el ámbito institucional, salvo el caso de cambios institucionales violentos, no consensuales, operados en el contexto de revoluciones (como fueron los cambios de instituciones legales cuando entró a operar el nuevo régimen Soviético). El ritmo o *tiempo* de cambio en las instituciones requiere de un ambiente (o *espacio*) propicio para el cambio, y dentro de éste, a través de prueba y error las partes se van animando a la utilización de esta institución como una alternativa para las resoluciones de sus conflictos.

Así, a través de la experimentación y utilización del arbitraje en nuestra sociedad, las personas y las empresas dentro de sus actividades comerciales, en forma gradual, irán conociendo y confiando en su aplicación, lo que hará que otros también se fijen y también se animen a experimentar con esta institución para su utilización en la resolución

de sus conflictos. Así se iniciarán las primeras experiencias que reforzarán el desarrollo del arbitraje y su utilización efectiva como sistema de resolución de conflictos en nuestra sociedad.

### 1) *Cambios en los precios relativos:*

En cuanto a cambios en los precios relativos, estos cambios deberían darse particularmente en el precio relativo del arbitraje en relación al de la justicia ordinaria para la resolución de conflictos. Dentro del contexto institucional, esto representaría uno de los incentivos más importantes para que las personas se animen a utilizar el arbitraje e iniciar así la consolidación de su práctica por la vía del “*path dependence*”.

En primer lugar, los centros de arbitraje deben ofrecer sus servicios y presentarlos de una forma que éstos aparezcan ante los empresarios como que tienen un *precio relativo menor* para conseguir la resolución de un conflicto particular. La noción de precio relativo a tener en cuenta es una amplia: debemos tener en cuenta que el arbitraje en sí no es menos costoso, pero otras ventajas del arbitraje —rapidez para la solución, especialización de los árbitros, confidencialidad, etc.— hacen que el arbitraje represente una alternativa de menor precio, en comparación o relacionada con la justicia ordinaria.

Pero lo vuelvo a repetir por su importancia fundamental: **debe constituir una misión prioritaria para los centros mostrar al arbitraje como una alternativa de *mejor precio relativo* frente a la justicia ordinaria.** Esto moldeará el incentivo necesario para que las personas y las empresas en la sociedad decidan adoptar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Esto no quiere decir que los centros, al ofertar sus servicios de arbitraje al público, no hagan un esfuerzo por realmente abaratar sus costos. Este debe ser un esfuerzo real y **por sobre todo, bien**

**comunicado a la sociedad.** Estas mejoras en los precios deben darse a través de acuerdos de honorarios con las listas de árbitros, de secretarios, de peritos y de otros agentes que intervienen en la resolución del conflicto. Este esfuerzo debe también incluir a los abogados que intervienen por las partes, de manera a mantener los costos del conflicto a un nivel satisfactorio, que incentive a todas las partes que intervienen en la solución del conflicto.

En cualquier caso, este debe ser un esfuerzo que parta desde los centros de arbitraje (como factor *endógeno* de cambio), controlado por los mismos centros, de manera a constituir un incentivo más para lograr el desarrollo y consolidación del arbitraje como medio de resolución de conflictos.

Además, los centros de arbitraje y las entidades que los respaldan —cámaras de comercio, etc.— deben mantenerse vigilantes y celosos custodios de cualquier evento en el régimen institucional que pueda afectar al precio relativo del arbitraje (factores *exógenos* de cambio institucional).

Hipótesis de casos (de factores endógenos) podríamos tener a montones: sentencias judiciales que sin razón legal que lo justifique impidan a las partes que —a pesar de tener firmada una cláusula arbitral— vayan al arbitraje, laudos arbitrales que en instancia de ejecución no puedan ejecutarse conforme lo manda la ley, una nueva ley, reglamento o simple acordada que exija mayores exigencias a las partes para realizar arbitrajes, y otras hipótesis más.

Todos estos casos, además de elevar los costos, atentarían contra la confianza y la seguridad que los emprendedores y las organizaciones puedan tener en el arbitraje como institución efectiva de resolución de conflictos. Al final, una mayor inseguridad incidirá en el *precio relativo* (mayor) del arbitraje, lo que determinará su no utilización y el consecuente desuso y desecho de esta institución. En otras palabras,

las normas que regulan el arbitraje como modo de solución de conflictos caerán en desgracia por no ser atractivas para las personas y las empresas, resultando en la pérdida de vigencia —*desuetudo*— de las mismas.

No se puede dejar de mencionar que **la Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación (LAM) constituyó un avance significativo en la creación de un ambiente institucional favorable para el desarrollo del arbitraje en el Paraguay.** Nuestra ley de arbitraje se basó en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que fue recipiente de vasta experiencia y doctrina internacional en la materia, con lo cual podemos razonablemente concluir que el ambiente institucional mejoró notablemente con la adopción de esta ley.

No obstante, existirían otras áreas que también afectan al régimen institucional del arbitraje, en las cuales el avance no fue suficiente. Para mencionar algunas áreas:

- El sistema legal de selección de jueces, que al final tiene incidencia en el “*enforcement*” o en la eficacia de los arreglos arribados en el arbitraje y la mediación.
- El debido cumplimiento de las garantías constitucionales y legales de respeto de la propiedad privada.
- Falta de debida publicidad y estabilidad de las decisiones legales y judiciales.
- Problemas de credibilidad política y regulatoria, que ocasiona que los inversionistas nacionales y extranjeros no tengan confianza en el mantenimiento por parte del Estado de políticas legales y regulatorias en el tiempo, tan esenciales para el sostenimiento de proyectos de inversión.

- Por último, las implicancias para el mercado de no contar con una administración pública no profesional.

Como lo señala el “Diagnóstico Institucional de la República del Paraguay”, Paraguay inició un importante camino de reformas legales especialmente en materia económica. “No obstante, este camino ha sido demasiado lento y en algunos casos es aún incompleto, pues una parte del marco legal con efectos económicos está desactualizado.”<sup>11</sup>

## 2) *Cambios en los gustos y preferencias:*

En cuanto a los cambios en los gustos y preferencias de las personas, que las lleven a adoptar la utilización del arbitraje, la literatura que nos explique la interrelación entre los cambios en los gustos o preferencias y los cambios institucionales, aún no es muy extensa<sup>12</sup>.

Son particularmente importantes los cambios en los gustos y las preferencias de las personas, que las lleven a cambios de pautas informales de conducta que favorezcan al cumplimiento voluntario de sus compromisos. Algunas de estas pautas de conducta tienen mayor o menor presencia en las sociedades, pero algunas pautas de conducta que siguen las personas, como ser honrar los acuerdos, actitudes favorables a cumplir los compromisos, normas morales o religiosas imperantes en la sociedad que favorecen al cumplimiento de los compromisos, siempre ayudan a lograr cambios favorables en el desarrollo institucional y la consolidación del arbitraje.

Sistemas de resolución de conflictos basados exclusivamente en la ejecución judicial, utilizando el auxilio de la fuerza pública, resultan bastante onerosas y difíciles de lograr en gran escala. En este sentido,

---

11 PNUD & IIG, *Diagnóstico Institucional de la República del Paraguay*, pág.178.

12 Ver NORTH op. cit. pág. 86.

el auxilio de pautas de conducta que favorezcan el cumplimiento de los compromisos resultará de gran ayuda para el desarrollo institucional y la consolidación del arbitraje como método de resolución de conflictos.

Sobre este aspecto se puede señalar que estrategias de comunicación y de información serían muy efectivas para favorecer decisiones en las preferencias de las personas hacia la adopción de mecanismos alternativos de solución de controversias (en este caso, la adopción del arbitraje).

### **3) *Cambios en los sistemas de ejecución y aplicación de la ley (enforcement):***

Como lo hemos expuesto precedentemente, todo régimen institucional así como los cambios que operen en este, están vinculados necesariamente con los sistemas de ejecución y de aplicación de la ley (*enforcement*)<sup>13</sup>.

Recordemos que el régimen institucional sirve a las personas y a las empresas a que lleguen a contratos —aún los más complejos— que beneficien a ambas partes, dentro del ámbito del mercado. Dentro de este ámbito, la función que cumplen los sistemas estatales de ejecución coactiva de contratos, es fundamental para mantener la confianza de los actores en sus contratos; puesto que en caso que una de las partes no cumpliera voluntariamente con su parte del acuerdo, podrá ser coaccionada por el Estado (Poder Judicial), por la fuerza, en el menor tiempo y costo posible, manteniendo la confianza del mercado en el funcionamiento de sus instituciones (la seguridad de los contratos y el funcionamiento del Poder Judicial, en el caso analizado).

Esta seguridad o confianza en que los contratos serán finalmente aplicados, en el menor tiempo y costo posible, es fundamental para

---

13 Ver NORTH, op. cit. pág. 88.

el desarrollo institucional del arbitraje. El auxilio eficaz que el poder judicial pueda prestar al desarrollo del arbitraje, fortaleciendo esa confianza, será crítica para su desarrollo y consolidación como institución efectiva en la resolución de controversias.

A continuación revisaremos brevemente algunas áreas donde posiblemente el Poder Judicial, a través de la interpretación y aplicación que realice de las normas vinculadas al arbitraje, podría entorpecer el desarrollo de los procesos arbitrales, generando desconfianza hacia esta institución.

### 3.1 *El diseño de la cláusula arbitral.*

En el diseño de la cláusula arbitral y del régimen de solución de controversias que las partes adopten en su contrato, resulta sumamente importante la adopción del lugar donde se llevará a cabo el eventual arbitraje entre las partes (*Venue*).

La elección del lugar del arbitraje determinará las normas de orden público que regirán al proceso arbitral (art. 1° Ley 1879/02). Es normal que las partes adopten como sitio o lugar de los arbitrajes aquellas jurisdicciones donde la práctica del arbitraje no es cuestionada por los tribunales ordinarios, o donde la interpretación y la aplicación de la ley por los jueces es predecible. En otras palabras, se busca la cooperación de los tribunales ordinarios para la práctica del arbitraje.

Una mala elección en cuanto al sitio puede resultar en muchas restricciones para el avance del proceso arbitral, los cuales algunas veces las partes ni siquiera lo tuvieron en cuenta para la selección del lugar. Por mencionar algunos: falta de auxilio de la justicia ordinaria en el otorgamiento de medidas cautelares, falta de auxilio en la constitución del tribunal arbitral por vía judicial, cuando una de las partes se rehúsa a hacerlo, y por último, el auxilio de la justicia ordinaria para la producción de pruebas.

La elección del lugar del arbitraje también será determinante para el auxilio que el Poder Judicial otorgue en la ejecución del laudo arbitral. Cuando una de las partes no cumpla voluntariamente con lo resuelto por el tribunal arbitral, es seguro que su ejecución terminará en los estrados judiciales (puesto que los tribunales arbitrales carecen de *imperium*). En este caso, la aplicación expeditiva de las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación (arts. 44 al 48), otorgará a las personas las garantías y la confianza en la efectividad del arbitraje como institución para la resolución de controversias.

### 3.2 *Objeto de Arbitraje; cláusulas arbitrales donde se ve envuelto el Estado*

En nuestro régimen legal, así como en muchos otros, la autonomía de la voluntad permite a las partes adoptar el arbitraje comercial para la solución de sus controversias (art. 669 del Código Civil).

No obstante, en la adopción del arbitraje deben observarse las prescripciones de orden público, especialmente en lo relacionado a qué pueden ser objeto de arbitraje (art. 2º LAM).

Debemos reconocer que la ley dispone con claridad cuáles cuestiones pueden ser objeto de arbitraje y cuáles no. No obstante, es en cuestiones como ésta es donde los tribunales ordinarios pueden oponer obstáculos al desarrollo del arbitraje, con decisiones que no guarden claridad, pero por sobre todo, con decisiones que no permitan el desarrollo del proceso arbitral (por ejemplo, medidas cautelares solicitadas por una de las partes contra una causa sometida a un proceso arbitral, argumentando que el objeto del litigio no puede ser sometido a arbitraje).

En opinión de algunos doctrinarios, el Estado tiene oportunidad de revisar si el proceso arbitral no ha violado normas de orden público **al término del proceso arbitral**. Esta revisión puede darse en

oportunidad del control y revisión del laudo por la vía del recurso de nulidad (art. 40 LAM), o en oportunidad de la ejecución del mismo laudo (art. 46 inc. b LAM).

Otra cuestión en las cuales los tribunales ordinarios pueden oponer impedimentos al desarrollo del arbitraje es en contratos entre los particulares y el sector público; es decir, en cuestiones donde el Estado sea parte en procesos de arbitraje.

Esta cuestión fue decidida con claridad en la Ley de Arbitraje y Mediación (art. 2º), al permitir que el Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas, las empresas públicas y las municipalidades puedan someter sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros “... siempre que dichas diferencias surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.”

Las decisiones que en transcurso del tiempo adopten los tribunales ordinarios en relación a esta cuestión será de crucial importancia, puesto que otorgará seguridad y confianza a las partes en el proceso arbitral, puesto que generalmente son utilizadas en este tipo de contratos.

### 3.3 *Situaciones que pueden ocurrir previamente al inicio del proceso arbitral:*

Antes del arbitraje, podrían darse casos donde una de las partes de un convenio arbitral, a pesar de haberlo firmado, se vea tentada a iniciar su reclamo utilizando los tribunales ordinarios. En estos supuestos, el auxilio de los tribunales ordinarios al arbitraje comercial se daría cuando dichos tribunales reciban los reclamos de una de las partes, ordenando inmediatamente a las partes que remitan su controversia a la decisión de un tribunal arbitral (art. 11 LAM).

También, antes del inicio del proceso arbitral, el auxilio que los

tribunales ordinarios pueden prestar para la constitución del tribunal arbitral es de suma importancia. En efecto, en caso que exista una cláusula que obliga a las partes a constituir el tribunal arbitral en caso de controversia, y que una de las partes no cumpla su obligación, la otra podrá concurrir ante un juez ordinario a reclamar el cumplimiento de dicha obligación (arts. 8, 9 y 13 LAM). Es en esta etapa donde los tribunales ordinarios prestarán un auxilio fundamental, y cuya importancia no puede ser soslayada si pensamos en fortalecer el desarrollo institucional del arbitraje.

### *3.4 El desarrollo del proceso arbitral. El auxilio de la justicia ordinaria en la producción de pruebas.*

Una vez iniciado el proceso arbitral, debemos considerar otras situaciones donde puede ocurrir que se interrumpan los procesos de arbitraje.

Una de ellas podría darse en los casos en que iniciado un proceso arbitral, la otra parte impugne el proceso arbitral, cuestionando la validez misma del contrato. Esto nos plantea la cuestión si la invalidez del contrato arrastra consigo la invalidez misma del pacto arbitral. O puesto de otra manera: ¿lo accesorio, sigue la suerte del principal?.

La cuestión expuesta anteriormente plantea (necesariamente) otra cuestión, distinta de las anteriores, pero vinculada a las mismas: el hecho que una de las partes niegue validez a la cláusula arbitral, ¿afecta necesariamente la competencia de los árbitros?. Y si, plantea esta cuestión: ¿pueden los árbitros decidir sobre su propia competencia? (*Kompetenz-Kompetenz*).

Si la impugnación del contrato significara simultáneamente la del acuerdo arbitral, hasta tanto esa impugnación sea definitivamente rechazada por la justicia estatal, los árbitros no podrían estimarse con jurisdicción suficiente para entender en la controversia y el proceso

arbitral quedaría interrumpido. Esta situación obviamente favorecería al litigante de mala fe, interesado en trabar el proceso arbitral: le bastaría con aducir algún vicio en el contrato principal, con el objetivo de excluir la intervención de la justicia arbitral pactada entre las partes en una de las cláusulas del contrato<sup>14</sup>.

Estas cuestiones fueron expresamente resueltas en el texto de la Ley de Arbitraje y Mediación (art. 19), que recogiendo la experiencia y doctrina contenida en la Ley Modelo, establece **la autonomía de la cláusula arbitral** y establece que **los árbitros tendrán competencia para decidir sobre su propia competencia**.

Por otro lado, también debemos considerar las situaciones donde los árbitros necesitarán del auxilio de los jueces ordinarios para dictar o ejecutar medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales (art. 20 LAM), así como para la producción de pruebas (art. 9 LAM). El pronto auxilio que preste la justicia favorecerá sin duda a la utilización del arbitraje.

Por último, en las cuestiones anteriormente expuestas, las decisiones de los tribunales ordinarios serán de suma importancia para la consolidación institucional del arbitraje y su utilización extensiva como herramienta de solución de conflictos.

### 3.5 *El laudo y su revisión: el recurso de nulidad:*

Esta es la oportunidad señalada por la mayoría de los doctrinarios, en la cual los jueces ordinarios tienen para la revisión de los laudos. El art. 40 LAM dispone en qué casos las partes pueden recurrir de nulidad los laudos arbitrales.

---

14 Horacio Grigera Naón, "La autonomía del Acuerdo Arbitral", La Ley Argentina, T. 1989-D, Sec. Doctrina, pág. 1.107.

Ningún sistema de resolución de conflictos puede estar exento de controles. Los controles —en este caso el recurso de nulidad— ayudarán al sistema a revisar que decisiones (arbitrales) que ocurran dentro de ella se hallen dentro de las normas políticas fundamentales que organizan a la comunidad<sup>15</sup> (normas que afectan al debido proceso, arbitrajes en cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje, etc.). Por ello, el control y revisión de nulidad de los laudos arbitrales, correctamente aplicada por el Poder Judicial, contribuirá al desarrollo institucional del arbitraje.

Además, es importante llamar la atención sobre la cuestión de la oportunidad para la revisión del laudo, el cual es resultado del proceso arbitral. Al revisar el laudo también se revisa todo el proceso arbitral. Por ello, si en el transcurso del proceso arbitral los jueces ordinarios intervienen de cualquier forma que obstaculice el proceso arbitral, con la intención de proteger a una de las partes, no sólo estarían interviniendo innecesariamente —puesto que la oportunidad para hacerlo con todas las facultades que la ley les otorga para ello, será en oportunidad del recurso de nulidad— sino que también su intervención dañará la confianza que las partes tienen en el arbitraje como método de solución de controversia.

### 3.6 *Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales*

Por último, el auxilio que el Poder Judicial preste al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales —nacionales y extranjeros— será fundamental para la consolidación institucional del arbitraje en nuestro país.

Recordemos que los árbitros carecen del *imperium*, a distinción de los jueces ordinarios. Por ello, el laudo que fuere dictado por los árbitros, en ejercicio de la facultad de conocer y decidir en el caso que

---

15 W. MICHAEL REISMAN, SYSTEMS OF CONTROL IN INTERNATIONAL ADJUDICATION AND ARBITRATION (1992), págs. 1-10.

les fue otorgada por las partes en el respectivo contrato, no tendrá la suficiente fuerza si es que no cuenta con el respaldo del juez ordinario para su ejecución por el uso de la fuerza pública.

Además, esta es otra oportunidad (además del recurso de nulidad) en que los jueces tienen oportunidad para revisar si el laudo se ajusta con los preceptos básicos del orden público. En caso que no se ajuste a dichos preceptos, los jueces podrán denegar la ejecución del referido laudo (art. 46 inc. b LAM).

La interpretación que los jueces puedan realizar de este artículo, en especial a lo que se refiere a que "... *la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional* ...", tendrá mucha importancia a la hora de asegurar la ejecución eficaz de los laudos arbitrales, lo que por última afectará a su desarrollo institucional como herramienta de solución de conflictos.

#### IV. Reflexiones finales

De los argumentos expuestos precedentemente, se podrá apreciar que el proceso de consolidación del arbitraje comercial como institución a disposición de las personas y las empresas para la resolución de sus conflictos será lento, gradual.

Hemos visto que el proceso de cambio institucional es gradual, e implica la conjunción de factores endógenos (causados desde dentro) y exógenos (causados desde fuera). Además, en el proceso de cambio institucional, deben producirse cambios en el *precio relativo*, que otorguen incentivos a las personas y a las empresas para adoptar el arbitraje comercial con preferencia a los tribunales ordinarios, como sistema de resolución de conflictos comerciales.

En este proceso de cambio institucional, para que las personas y empresas decidan utilizar el arbitraje comercial, el apoyo que el

Poder Judicial pueda prestar al arbitraje será fundamental. Este apoyo que el Poder Judicial otorgue al arbitraje permitirá inspirar confianza e incentivar a las partes a que utilicen en la resolución de sus conflictos.

De las situaciones expuestas anteriormente, hemos podido apreciar que son muchas las situaciones en que el Poder Judicial puede poner restricciones antes, durante y al finalizar el proceso arbitral. La correcta interpretación y aplicación de las leyes que regulan el arbitraje, "garantizará" a las personas y a las empresas que adopten cláusulas arbitrales en sus contratos comerciales, que estos serán respetados y hechos valer en todos los casos. Las decisiones que se implementen en este sentido en el Poder Judicial, contribuirán al *enforcement* del arbitraje, lo que incidirá positivamente en la utilización del arbitraje en nuestro país.

Así, la aplicación e interpretación de esta Ley contribuirá a la confianza que los empresarios puedan tener en esta ley, e iniciará el recorrido del camino del *path dependence*, hacia la dirección que lleve a la práctica uniforme y sin interrupción del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, tal como en otros países también se ha evolucionado.

Los cambios y los avances que se registren en los ámbitos institucionales anteriormente mencionados, serían los desafíos que enfrentaría nuestra sociedad en los próximos años, de manera a que, a contar de la promulgación de la ley a quizá diez años más adelante, podamos medir el grado de desarrollo efectivo del arbitraje como institución para la resolución de controversias en nuestra sociedad.

Los avances institucionales que registremos en el arbitraje y los demás métodos alternos de resolución de conflictos, dentro del marco de otros avances de instituciones ligadas con el desarrollo económico de nuestro país, contribuirá a establecer condiciones positivas para el desarrollo económico y social de nuestro país.