

NUEVO REGIMEN LEGAL DEL ARBITRAJE PARA CONFLICTOS SOCIETARIOS PAUTAS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL ADOPCION DEL REGIMEN ARBITRAL PARA EL MERCOSUR

Arnoldo Kleidermacher

La presente ponencia contiene tres propuestas que se complementan. Una de ellas es una reforma legislativa, la otra es una pauta de interpretación judicial y la tercera postulará que el régimen arbitral elaborado se adopte en el marco unificado del Mercosur.

En primer término plantearémos la propuesta de un nuevo régimen legal sobre arbitraje. Debe imponerse una nueva concepción por la cual un proceso privado pueda desarrollarse sin necesidad de intervención judicial y, en su caso, una regulación normativa específica para su accionar, en virtud de la experiencia jurisprudencial registrada.

En segundo lugar propondremos la adopción de una política de interpretación judicial en favor del arbitraje, sobre la base de pautas desarrolladas por la legislación y jurisprudencia extranjera, desde nuestra propia perspectiva.

Finalmente habremos de sugerir la modalidad de adopción del régimen de arbitraje en el marco unificado del Mercosur.

INTRODUCCION

Desde que comenzamos a trabajar la problemática del arbitraje moderno, tanto desde nuestra responsabilidad editorial ⁽¹⁾, como en nuestras propues-

(1) Ver al respecto los siguientes trabajos sobre el tema publicados en la revista Derecho Económico: Aguirre Matos, Roberto, "El arbitraje: un desafío", D.E. Nº 6, págs. 539 y sigtes.; Kleidermacher, Arnoldo, "Fiscalía. La privatización de la justicia", D.E. Nº 14, págs. 135 y sigtes., Azerrad, Rafael, "El arbitraje internacional", D.E. Nº 16, págs. 349 y sigtes.; Astolfi, Siro y otros, "Simulacro de arbitraje comercial internacional", D.E. Nº 17, págs. 437 y sigtes.; Bertoni, Fernando y otros, "Arbitraje internacional institucional", D.E. 19, págs. 79 y sigtes.

tas ⁽²⁾, un tema crítico siempre mereció nuestra preocupación: la efectividad del arbitraje concertado contractualmente. Esto implicaba afrontar la cuestión de resolver el problema práctico que la experiencia demuestra y es que, una cosa es convenir a la firma del contrato someter los conflictos emergentes a arbitraje y otra es honrar tal compromiso al temer un fallo adverso. A partir de esta llave, se abren las puertas de la interpretación judicial de la cláusula compromisoria por la cual se aceptará o no el arbitraje.

De acuerdo con nuestra legislación en la materia (arts. 736 - 773, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) bastará que la parte que desea trabar el arbitraje, al demandarse la constitución del tribunal arbitral, alegue razón fundada para ello, la que debe ser así considerada discrecionalmente por el juez. Por otra parte, si no hubiere acuerdo sobre los puntos del arbitraje, el marco es asimismo discrecional y la amplitud del término "el juez en tal caso proveerá lo que corresponda" implica que el ámbito de acción judicial también resulta demasiado extenso y falto de definición para proteger el instituto.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, recordemos que nuestro más alto tribunal, en diciembre de 1988, en autos "Nidera Argentina S.A. c. Elena G. Rodríguez Alvarez de Canale" (publicado por ED el 26/7/90) resolvió que:

"La competencia del tribunal arbitral prevista para cuestiones relativas a un contrato de compraventa, no es procedente cuando se alega que es simulado y encubre un mutuo, ya que se trata de dilucidar la naturaleza de la relación, aunque se estime lícito haberla encubierto de ese modo.

Deducida simulación sobre la naturaleza del contrato, el Tribunal Arbitral puede reasumir su competencia si la justicia ordinaria rechaza la acción".

Oportunamente consideramos que a partir de este fallo la inseguridad para el arbitraje pactado es total, puesto que bastará alegar la simulación del contrato u otra cuestión que haga a la competencia, por un hecho distinto del compromiso arbitral contractual, para que en el conflicto de poderes el judicial se imponga sobre el arbitral. Es por ello que postulamos un proceso privado que prescindiera de la necesidad, en caso de negativa de una de las partes, de tener que demandar la constitución de un tribunal arbitral, y pueda actuar en forma expedita a partir de ser requerida su acción.

Al respecto, si bien se alega que pactar la cláusula compromisoria para el tribunal arbitral es indispensable puesto que a la firma del contrato no se conoce exactamente el marco del conflicto y que recién producido el mismo puede precisarse el campo de acción del arbitraje, consideramos que el reclamo de las

(2) Kleidermacher, Arnaldo, "Fiscalía. La privatización de la justicia", D.E. Nº 14, págs. 135 y sigtes.

partes lo precisa y los árbitros pueden determinar perfectamente su órbita de acción, que en definitiva se limita al marco contractual original.

Sin embargo, a pesar de nuestra señalada posición, posteriores estudios sobre el tema nos mostraron de cualquier forma la importancia decisiva de la actuación jurisprudencial aún frente a distinta normativa y, por otra parte, algunos cambios fundamentales en la legislación extranjera, como el Acta o estatuto de las cortes y servicios legales de Inglaterra de 1990 (Courts and Legal Services Act 1990) y fallos del tribunal estadounidense publicados en recientes estudios académicos, nos han motivado a realizar esta ponencia.

SITUACIÓN EN INGLATERRA

En una conferencia realizada por el Profesor Thomas Bingham en Roma,⁽³⁾ señalaba los cuatro principios que a su juicio deben informar todo sistema moderno en arbitraje comercial internacional.

1) Autonomía de las partes. Son pocas las cuestiones que las partes no pueden someter a arbitraje. Se permite libremente la prórroga jurisdiccional.

2) Respeto a ultranza del acuerdo para someterse a arbitraje que las partes establecieron.

3) El sometimiento que las partes dispusieron de ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial.

4) Un régimen de ejecutabilidad forzosa de la sentencia arbitral producida.

En Inglaterra existen tres estatutos (Acts) dictados por el Parlamento, concierne a arbitraje, aprobados en 1950, 1975, y 1979. Algunas de sus resoluciones han sido afectadas por la ya citada ley sobre Cortes y Servicios Legales de 1990.

La experiencia inglesa demuestra una injerencia muy grande del tribunal en los procesos arbitrales, que en la última década han crecido extraordinariamente y, que en general se ha criticado por considerarla de verdadera intromisión en el arbitraje, con demasiados poderes para el tribunal.

Esta actividad del tribunal ha dado lugar a muchos abusos y enfrentamientos con los árbitros, sin embargo se alega que jueces que han sido famosos de la Corte Comercial de Londres han aportado importantes soluciones para el proceso arbitral, tanto como jueces o por su experiencia anterior en roles de abogados y/o arbitradores. Tal el caso de Lord Justice Mustiel, Sir Michael Ken y Lord Donaldson (actualmente Master of the rolls).

(3) el 9 maggio 1991 a Roma, su invito dell'Istituto di diritto comparato presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi «La Sapienza». Publicado en *Diritto del Commercio Internazionale - Pratica Internazionale e diritto interno*. Pubblicazione semestrale. 5.1. Gennaio-Giugno 1991.

Debe considerarse que la ley inglesa no es de fácil comprensión y sus distintas interpretaciones dificultan gravemente su aplicación aún para los entendidos. Esta difícil asimilación tal vez se resuelva con la adopción de las normas de Uncitral, que Inglaterra está por realizar en un estatuto en preparación actualmente.

Sin embargo, el acta de 1979 en alguna medida se preocupó en poner fin a lo que se consideró un ejercicio abusivo de su poder, consistente en requerir razones a los árbitros sobre el derecho alegado en la sentencia (*face of the award*), por un posible error en su aplicación. Los árbitros generalmente se negaban a dar sus razones y en todo caso, podía haber disputa en la cuestión.

Mas como la parte podía requerir estas razones, y luego apelar, se generaban unas trabas a la ejecución de la sentencia y una *detente* al proceso arbitral. Esta posibilidad contenida en sección 21 del acta de 1950 fue sostenida por la Corte de Apelaciones en el caso "The Lysand" en 1973 (QB843) y se acepta que generó grandes abusos, resueltos con la prohibición al respecto en el acta de 1979.

Siguiendo las obras citadas, extrayendo las cuestiones destacadas a nuestro interés podemos establecer los actuales poderes relevantes y pertinentes a esta ponencia en la materia arbitral del Tribunal inglés, como sigue: en protección del arbitraje dispuesto por las partes y según la Sección I del Acta de 1975 se dispone que el tribunal puede ordenar la paralización o detención de cualquier procedimiento legal contra una de las partes de un convenio arbitral, por cualquiera de las cuestiones sometidas a dicho convenio. Se requiere que la parte demandada que requiere la *detente* no convalide con su intervención ninguna etapa del proceso después que tuvo conocimiento del mismo. La corte, salvo que el convenio arbitral sea nulo o prohibido, inoperable o incapaz de ser actuado - producido, o que lo que se debate o requiere en el proceso a detener no tiene relación con el convenio, debe ordenar la suspensión del proceso solicitado. La Corte no tiene opción y esta disposición tiene efecto sobre la Convención de Nueva York y habilita la pronunciaci3n judicial cuando el demandado no tiene argumento razonable contra el reclamo.

Otro poder considerado discrecional y así establecido en los casos "The Soce Lyne (1977 Z.L.I. Rep. 121 y The Aspen Trader (1981) I.L.I. Rep. 273, conferido por la Sección 2.7. del acta de 1950 es aquel conferido a los jueces por el cual cuando las partes fijaron términos para el arbitraje y éste puede ser considerado por la Corte demasiado estrecho o que pueda dar lugar a una injusticia, tiene la facultad de extenderlo. Asimismo en la línea de nuestro artículo 744 se otorgan una serie de facultades constructivas, que no se justifica reproducir.

Por otra parte, por interpretaci3n jurisprudencial de la Secc. 12 del Act de 1950 se puede ordenar la preservaci3n, custodia interina o venta de cualquiera de los bienes relacionados con el tema en disputa, así como la inspecci3n de cualquier

propiedad o cosa que haga a la cuestión objeto del arbitraje (incluyendo la toma de muestras o la realización de experimentos). Se puede ordenar que el monto en disputa en la cuestión sujeta a arbitraje sea asegurado y puede conceder mandatos provisorios u ordenar la designación de un síndico. También tenía poderes para ordenar el secuestro de documentación y la citación a interrogatorios pero esto fue recientemente abolido (Act de Serv. Leg. y Tribunalicios, de 1990, S.103).

La justicia sigue teniendo la potestad para ordenar que un demandante extranjero brinde seguridades por la cobertura de los costos derivados de la demanda. Esto no hace mas que reflejar una práctica común a los procedimientos de litigación civil en Inglaterra. La razón de ser de tal práctica es que si un demandado gana, y el pago de los costos procesales lo beneficia, tendrá que poder hacer cumplir la orden fácil e inmediatamente sin el riesgo y el costo de tener que rastrear y obtener el embargo de los bienes del demandante en cualquier parte del mundo. El ejercicio de este poder es, de todos modos, discrecional y en el campo del arbitraje este poder no será ejercido si las partes han acordado expresa o implícitamente excluirlo, o estarán prestos a darlo por excluido cuando hubieren adoptado reglas contrarias al ejercicio de ese poder. Y es también muy poco probable que este poder sea ejercido si las dos partes son extranjeras y han elegido realizar el arbitraje en Inglaterra sin que se demuestre en ello una intención de tomar ventaja o de someterse a el régimen arbitral inglés (Bank Mellat c. Helleniki Techwiki S.A. [1984] QB 291). Se ha propuesto que esta potestad deba ser resignada por la justicia y otorgada al tribunal arbitral, tal como muchas reglamentaciones prevén.

Esto tal vez vale, teniendo en cuenta los poderes que la legislación inglesa le reconoce al tribunal arbitral, en el ejercicio de su discreción, en ausencia de convenio contrario. En el más amplio sentido, el tribunal arbitral puede dar tales directivas tanto como sea conveniente para una mas eficiente, expeditiva y económica gestión arbitral, incluyendo disposiciones relativas al intercambio de alegatos y escritos, la revelación, producción e inspección de documentación, la citación a interrogatorios, la determinación de (issues) preliminares, la limitación del número de peritos, el intercambio de informes periciales y documentación testimonial, la provisión de documentación previa a las audiencias y su transcripción. Puede fijar el tiempo limite para dar cumplimiento a sus órdenes así como requerir evidencias bajo juramento. Asimismo, el tribunal tiene ahora un nuevo poder, conferido por la sección 102 del Acta de Servicios Legales y Tribunalicios, de 1990, para rechazar un reclamo hecho en el arbitraje: si a) ha habido demora desmedida e injustificada de parte del reclamante en hacer el reclamo; y b) tal demora: -dará lugar al riesgo sustancial de que no sea posible llegar a una correcta resolución de los distintos aspectos del reclamo; o -ha causado o es probable que

cause o que haya causado serios perjuicios al demandado.

RECURSOS

Finalmente la ley de 1979 otorga una enmarañada galería de recursos conjuntamente con los subsistentes del acta de 1950 que establecía:

a) *Poder de anular un fallo (Acta de 1950, sección 23)*

Puede ser ejercido cuando una sentencia ha sido impropiamente hecha o excediéndose en su jurisdicción, o cuando el tribunal ha tenido un mal comportamiento en su persona o en los procedimientos, o cuando el fallo es evidentemente defectuoso, aunque puede no ser necesario anular toda la sentencia. La jurisprudencia ha dejado claramente establecido que este poder es limitado, para ser ejercido con propósitos específicos, y que no puede ser usado como vía de escape para conseguir la revisión judicial de un fallo arbitral.

b) *Poder de remitir (Acta de 1950, sección 22).*

Este es, en efecto, la potestad de enviar una sentencia nuevamente a un tribunal y solicitarle que lo piense nuevamente. Este poder puede ser ejercido, por ejemplo, cuando un tribunal indica un error en la sentencia que no puede ser salvado como error de imprenta, o cuando nueva evidencia ha aparecido no disponible cuando se realizaron las audiencias, o cuando circunstancias especiales hacen necesario que el tribunal reconsidere la cuestión. Esta potestad, parcamente ejercida, ha sido descripta como la "última barrera de seguridad para prevenir una injusticia".

c) *Poder de corregir errores legales.* Este poder es el más severamente cuestionado y dificulta notablemente el propio proceso arbitral en su faz ejecutoria que es vital.

El tribunal puede pedir razones al arbitro/s de su fallo, para decir si corresponde o no otorgar el recurso para corregir errores de derecho ya que las cuestiones de hecho están fuera de cuestión.

Lo alambicado de la regulación de este recurso ha dado lugar a dos posiciones. Los que plantean que el arbitraje debe producir una sentencia final y si es errada es el riesgo asumido por las partes y aquella que plantea que siempre debe concederse el recurso para evitar injusticias. Los fallos de la High Court "The Nema" (1982-AC 724) y "The Antaios" (1985-AC 191) proponen considerar el principio del fallo arbitral como definitivo, salvo un juicio sumamente negativo y claro a simple vista de error manifiesto sobre la sentencia arbitral.

De todo lo expuesto concluimos en que el sistema inglés efectivamente permite una extraordinaria ingerencia del poder judicial respecto del proceso arbitral.

EE.UU. Desde el caso *United* ⁽⁴⁾ los jueces norteamericanos han establecido una línea de interpretación en favor del arbitraje, en caso de duda y salvo que en forma expresa se lo hubiere excluido. Esta línea se convirtió en política Federal en el caso "*Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corporation*" que refiriéndose al Acta Federal de Arbitraje produjo un dictamen de la Corte Suprema que señaló que el efecto del acta es crear un cuerpo sustantivo de ley Federal de arbitraje aplicable a cualquier acuerdo cubierto por la ley.

Mas en el tema de establecer quien decide la competencia, la Corte reservó tal rol en forma exclusiva al poder judicial por lo cual en caso de conflicto es el juez el que decide quien juzgará y si determina que cabe el arbitraje, recién allí los árbitros establecerán el mérito de las partes en las controversias "*AT&T Technologies Inc. v. Communications Workers of America*" y "*Dalma Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan*".

Debe acatarse al respecto que cuando la cuestión se plantea en sede arbitral la decisión puede tomarse en este ámbito sin necesidad de girar el caso a la corte, que deberá pronunciarse sólo si la cuestión se le plantea directamente por la parte en su sede. Así se ha incluido en las normas de American Arbitration Association (AAA) enmendadas en tal sentido y en rigor a partir del 1.ero. de setiembre de 1988.

Particularmente interesante resulta el desarrollo jurisprudencial en materia de valores mobiliarios, derechos intelectuales, patentes, bancarrota-quebra- medidas precautorias judiciales y consolidación.

VALORES MOBILIARIOS (COMMODITIES)

Hasta hace poco tiempo la jurisprudencia tenía establecido que las cuestiones internacionales en la materia podían ser tema de arbitraje mientras que las cuestiones meramente internas eran no arbitrables. El argumento básico era que en las negociaciones internacionales, entre sujetos de distinta nacionalidad, prever la jurisdicción y ley aplicable es de la esencia del contrato mientras que entre ciudadanos de EE.UU. esto podía estar ausente por cuanto era claro el derecho aplicable, y ello estaba fuera del contrato y la concertación.

Más recientemente se ha registrado un caso que modifica la jurisprudencia en favor del arbitraje y que puede considerarse el nuevo "Leading Case". Se trata de "*Shearson/American Express Inc. v. Mc Mahon*".

Los cónyuges *Mc Mahon* tenían una cuenta con la *Shearson* y habían firmado una cláusula compromisoria. Solicitaron a la U.S. Court for the Southern District

(4) *Bernadini, Piero y Pillitteri, Roberto* han estudiado la evolución jurisprudencial en materia y seguimos su desarrollo en la obra "*L'arbitrato commerciale internazionale negli Stati Uniti: recenti sviluppi giurisprudenziali*", en *Revista: Diritto del Commercio Internazionale - pratica internazionale e diritto interno* 5.1. Gennaio-Giugno 1991, págs.15 y ss.- *Giuffrè Editore*

of New York que procese por fraude y ordene la reparación según la RICO Act (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act de 1970). La Shearson solicitó la aplicación de la cláusula compromisoria según la Federal Arbitration Act y la política federal en favor del arbitraje señalado. Sobre estas bases y la "fuerte política en favor del arbitraje" el juez falló a favor del arbitraje apoyándose en el caso "Dean Witter Reynolds Inc. v. Byrd". En la apelación se denegó la arbitralidad sobre la base del caso "Wilko v. Swan" y la Exchange Act. Elevado a la Corte Suprema esta falló en favor del arbitraje por 5 votos contra 4 y definió Así la aplicación a ultranza aún en conflictos internos de la política federal en favor del arbitraje. La interesante línea de interpretación de la corte fue que correspondía al alegante, Mc Mahon, demostrar que el Congreso en el caso específico había excluido la posibilidad de comprometer el tema de securities en arbitraje y que, en ausencia de ello, debía estarse a favor de la justicia privada.

Siguieron una serie de fallos que confirmaron definitivamente esta línea como, por ejemplo, "Scherk v. Alberto-Culver Co.", "Mitsubishi Motors Corp. v. Soler-Chrysler-Plymouth Inc.", "Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp." que remata con el caso "Rodríguez de Quijas v. Shearson/American Express" que marca con firmeza el nuevo y más amplio marco del arbitraje, la instalación de la política Nacional de interpretación judicial en favor del arbitraje y extiende el ámbito de la cláusula compromisoria y su respeto.

DERECHOS INTELECTUALES - COPYRIGHT - PATENTES Y MARCAS

Como en el tema Securities, (valores mobiliarios) el copyright tiene un estatuto (Act) que en principio dispone la exclusiva competencia judicial federal en caso de conflicto.

En el caso de Patentes y Marcas, según la Public Law 97-247 de 1982 los conflictos son arbitrales incluso los concernientes a su validez y el laudo resultante puede ser ejecutado cuando se comunica al comisionado de Patentes y Marcas, pero vincula solamente a las partes involucradas. En la misma tendencia se ubican la Ley de enmiendas a las patentes de 1984 (Patent Law Amendments Act y la Semiconductors Chip Protection Act).

En cuanto al Copyright el antecedente jurisprudencial es el caso "Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press Inc." en el cual se disputaba respecto de un contrato sobre la licencia de una muñeca y el conflicto surgido sobre su producción. Se había librado una Injunction (mandamiento ejecutivo) como medida preliminar para que se realice el arbitraje comprometido en el contrato por violación del copyright. Se alegó que el Parlamento había dispuesto la exclusiva competencia

en el tema de la Corte Federal. El Tribunal sostuvo que "no sigue como la noche al día que el arbitrador va a decidir sobre el derecho intelectual en si o sobre su validez" sino que se trata de un contrato y es en este marco en que se discutirá la aplicación y el respeto de lo concertado.

Por otra parte y aun considerando involucrado el tema del monopolio por lo cual un error en la decisión podría implicar aceptar un monopolio no amparado por la ley la Corte señaló "que no hay razón para pensar que un arbitrador puede estar más expuesto a errar en un caso de copyright que el estado o el tribunal lo está".

QUIEBRA

A pesar de que el Código de Bancarrotas (Bankruptcy Code) suspende automáticamente todos los procesos en curso, la Corte de Bancarrotas ha confirmado recientemente la prosecución de un arbitraje que se desarrollaba en Londres, por el mismo argumento de no existir un intento del legislador de excluir el arbitraje en materia concursal, y respetando Así una cláusula compromisoria válida (In re "Mor-Ben")

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN MEDIDAS PRECAUTORIAS (INJUNCTIONS)

Estas órdenes judiciales de hacer o no hacer tienen jurisprudencia contradictoria basadas, la afirmativa, que es acogida por las circunscripciones 1ª, 2ª, 4ª, y 7ª, en que debe protegerse el proceso arbitral evitando que sea inútil el laudo si no puede ejecutarse por falta de solvencia o desaparición del objeto del laudo. En cambio la posición negativa, acogida por las 8ª y 10 Circunscripción (Circuit) se funda en que el Juez para disponer la medida debe leer la demanda y considerar su mérito.

Attachment

Se trata de una medida de protección, de conservación, asimilable al secuestro conservativo italiano, y conjunción entre nosotros de una medida de no innovar, embargo, anotación de litis, que impone un privilegio real sobre el bien, evita su transferencia, su remoción o dispersión.

Los tribunales estadounidenses son contrarios a otorgar esta medida por considerarla opuesta en lo dispuesto en la Convención de Nueva York en su espíritu y letra (art. 2, párrafo 3), tal como lo establecieron en los casos "Cooper v. Ateliers de la Motobécane S.A." y "Drexel Burnham Lambert Inc. v. Ruebsamen and Ruebsamen".

Se exceptúa la disputa marítima como el caso "E.A.S.T. Inc. v. Alaia et alii and Advance".

DAÑOS. PUNICIÓN

Dado que el imponer sanciones, tiene raigambre penal, tradicionalmente el tribunal norteamericano ha negado esta facultad a los árbitros, cuya competencia se agota en lo civil y comercial. Esta doctrina se había sentado firme en el caso "Garrity v. Lyle Stuart Inc."

Sin embargo basado en la misma línea jurisprudencial que hemos visto establecida "política federal en favor del arbitraje" y que no existe una renuncia del arbitraje en compensar y penar los daños ocurridos en el marco previsto de un contrato comercial los recientes casos vienen aceptando esta posibilidad para el árbitro. En el fallo más reciente en la materia "Barbier v. Sherson Lehman Hutton Inc.", así se dispuso.

Asimismo lo consienten las reglas de la American Arbitration Association (A.A.A.).

LA CONSOLIDATION

Se trata de un arbitraje entre partes conectadas por un vínculo referente a la materia arbitrada pero estrictamente no pertenecientes al mismo conflicto sino a una derivación o consecuencia inmediata que les afecta. Por ejemplo el conflicto sobre un contrato principal, relaciona a los subcontratistas fatalmente. En tales caso puede plantearse un arbitraje multilateral o consolidado que requiere de la intervención judicial y la voluntad de las partes.

Se considera conveniente su previsión pero no existe aún un tratamiento normativo de consenso internacional y si bien Holanda y Hong Kong ⁽⁵⁾ han dispuesto recientemente la consideración legislativa del tema, es un instituto particular del derecho norteamericano consolidado en la justicia. Al respecto también confirma esta tendencia el caso "Re Shui On Construction Co. Ltd. v. Schindler Lifts Hong Kong Ltd.", donde el tribunal de Hong Kong también dispuso la consolidation en una cuestión interna existiendo dudas sobre su validez atento el art. 5 par. I d. de la Convención de N. York.

En Inglaterra no se acepta, salvo una indicación, que el tribunal pueda efectuar de integrar un panel de arbitraje pero no indicarle su comportamiento; ("Abu Dhabi v. Eastern Bechtel"), mientras que en otro caso dispuso que no hay poder que pueda obligar a integrar a las partes conectadas a un solo arbitraje ("The

(5) 1986 - art. 1046 Cod. Proc. Civil Holandés. Section 6B Hong Kong Arbitration Ordinance. 1982.

Eastern Saga”) sin su expreso y total consentimiento. En el mismo sentido se expidió Francia en el llamado “affaire SOFIDIF”.

Si bien doctrinariamente el tema aparece en los 70 es recién en el caso “Compañía Española de Petróleos S.A. (CEPSA) v. Nereus Shipping” que se decide formalmente un tribunal.

La norma *ut supra* citada Holandesa tiene la particularidad de permitir el acogimiento parcial o total y su basamento es sobre la línea de que se excluye la posibilidad si las partes a su vez expresamente excluyeron la posibilidad de consolidation.

Nuestra jurisprudencia ha evolucionado desde considerar que sólo pueden ser motivo de arbitraje cuestiones de hecho como en el “affaire SOFIDIF” (Caso “Bolonté Hipólito y otro c. Bolonté Gilberto M. y otra” CNCCom. “D”, 20/10/78)⁽⁶⁾, hasta aceptar libremente la prórroga jurisdiccional y de ley aplicable, pero no existe un principio claro como política en favor del arbitraje.

En tal sentido el fallo que señalamos al principio de la Corte Suprema, importa un claro revés para el arbitraje.

La realidad es que entre nosotros el instituto no ha cobrado todo el desarrollo posible porque la parte que obstaculiza el arbitraje obliga a la contraria a elegir entre acudir al tribunal para ejecutar la cláusula compromisoria demandando la constitución del tribunal arbitral o demandar directamente y entonces se opta por esto último.

Obsérvese que en el caso referenciado al principio luego de pleitear varios años recién comenzará el juicio de simulación y luego se podrá ver, si triunfa la validez del contrato, el conflicto de base en sede arbitral.

Es por ello que proponemos el proceso privado con ejecución inmediata restringiendo al mínimo la actuación judicial, la que informará sobre el principio del favor arbitral.

Por lo expuesto, concretamente proponemos estas ideas básicas para su adopción, las que deberán ser oportunamente estructuradas y reglamentadas.

A)

1. Debe establecerse legislativamente un nuevo proceso de arbitraje privado a partir de haberse pactado en el contrato societario. En el mismo se designarán los árbitros. Producido el conflicto y requeridos los árbitros designados para actuar, se constituirán en tribunal arbitral, procediendo según la normativa pactada, o supletoriamente de acuerdo con las normas procesales pertinentes. No será

(6) Citado por Horacio Grigera Naón en la Revista de Derecho Mercantil Nro. 163, Madrid, 1982, en donde puede verse con provecho y aun vigente parcialmente una síntesis del régimen argentino.

necesario que se precise otro compromiso arbitral ante el Poder Judicial, siendo el marco de referencia el propio contrato social, los hechos alegados y el derecho aplicable. La no comparencia de un árbitro y su falta de sustitución por la parte que representa, facultará al de la otra parte o partes a nombrar su sustituto.

2. El tribunal arbitral podrá requerir la intervención judicial para el mejor cumplimiento de su cometido solicitando:

a- El aseguramiento de costas y honorarios.

b- Las medidas conservatorias menester para evitar que se tornen ilusorios los eventuales derechos de las partes.

c- Las medidas necesarias para la producción de las pruebas pertinentes.

d- Toda otra medida que se estime conveniente.

3. Cualquiera de las partes integrantes de un contrato social, en el que se hubiere pactado el arbitraje previsto, que fuere demandada ante el Poder Judicial, podrá solicitar en su primer presentación la suspensión del procedimiento y su subordinación al proceso arbitral acreditando haberlo solicitado. El Juez requerido, salvo que el acuerdo fuere nulo o que el juicio iniciado fuera por cuestiones ajenas al contrato social, deberá suspender las actuaciones.

4. El laudo arbitral debidamente notificado sólo será susceptible del recurso de nulidad por haberse violado normas indisponibles o no transables para las partes o haberse fallado fuera del marco contractual societario.

5. Se establecerá el proceso de ejecución de sentencia para el laudo arbitral privado sin necesidad de homologación judicial.

B) Principio de interpretación jurisprudencial.

El legislador debe establecer una norma expresa que fije una política en favor del arbitraje, como pauta de interpretación jurisprudencial en caso de duda, con alcance nacional.

C)

1. A los efectos de la armonización legislativa, prevista en el Pacto de Asunción, proponemos que la reforma sugerida se adopte en el marco unificado del Mercosur invitando a los restantes países miembros a suscribirla, para todas las sociedad binacionales y emprendimientos conjuntos en el contexto de una asociación para el mercado común involucrado.

2. En el caso de ser necesaria la actuación judicial, ya sea para que pueda desarrollarse el arbitraje o para la ejecutoriedad del fallo, se considerará competente en primer término el fijado por las partes, en ausencia de tal previsión, el tribunal internacional para el Mercosur si hubiere entrado en funciones y, en su defecto, el juez del lugar donde primero se hubiere inscripto la sociedad o el del domicilio legal o el de la principal sede de los negocios a elección del tribunal arbitral o del ejecutante del laudo en su caso.