

LOS MEDIOS DE PRUEBA **EN EL ARBITRAJE COMERCIAL Y SUS CONTINGENCIAS**

*por el Dr. Gualtiero Martin Marchesini**

Este trabajo es parte integrante de la obra “Código de Comercio de la República Argentina Comentado”, dirigido y coordinado por el Prof. Dr. Raúl Aníbal Etcheverry. Derechos reservados (Ley 11.723).-

SUMARIO: 1.- **Introducción.-** 2.- **La prueba en el proceso arbitral comercial. Legislación nacional vigente.** 2.1. Aspectos generales. 2.2. Complementación entre jueces y árbitros para el diligenciamiento de la prueba. 2.3. El delito de falso testimonio en la declaración arbitral.- 3.- **Medidas cautelares en el proceso arbitral comercial.** 3.1. Fundamentos y normación legal. 3.2. El dictado de la medida cautelar. La decisión. 3.3. La ejecución de la medida cautelar. Su cumplimiento. 3.4. Medida cautelar requerida en sede judicial previa al arbitraje. 4.- **En el Derecho Comparado:** 4.1. La Ley Modelo de UNCITRAL. 4.2. La ley española; 4.3. La ley brasilera. 4.4. La ley paraguaya. 4.5. En el Código General del Proceso de Uruguay. 4.6. La ley boliviana. 4.7. La ley peruana; 4.8. La ley chilena.-

1.- INTRODUCCIÓN:

La institución del arbitraje como medio privado de resolución de controversias que viene usándose de épocas ancestrales para resolver conflictos entre comerciantes, adquiere durante el siglo XX y en los años que llevamos de éste nuevo milenio, una relevancia inusitada, en medio de un mundo globalizado que busca afanosamente su identidad.-

No es el objetivo del presente trabajo realizar una historia del arbitraje, sino que con carácter teórico práctico nos proponemos analizar los medios de prueba a ser utilizados en este procedimiento y sus contingencias de “legue lata”, de “legue ferenda”, en el derecho vivo vigente, en la experiencia de otras naciones y en el ámbito internacional.-

Durante el siglo anterior abrieron senda la “American Arbitration Association” (A.A.A) desde 1906 y la “Corte de la Cámara de Comercio Internacional de Paris” creada en 1923, movimiento que ha sido acompañado por la celebración de tratados y convenciones internacionales en respaldo de la eficacia de sus laudos (1) .

1.- **UZAL; María Elsa:** “*Solución de controversias en el comercio internacional*”, Bs. As., 1992, ed. Ad Hoc donde podrá encontrarse un panorama de este movimiento y **ZALDIVAR; Enrique:** “*Arbitraje*”. Este autor trata el arbitraje en conexión con el derecho comercial. L.L. T. 1997-D- pág. 1049 sec. Doctrina.-

El arbitraje no mereció siempre la misma estima por parte del derecho, pues mientras el Código de Comercio francés de principios del S. XIX lo impuso obligatoriamente para resolver todas las diferencias entre los socios y medio siglo después en 1859, lo hace el nuestro; la Corte de Casación Gala declaró en 1843 la nulidad de las cláusulas compromisorias sobre la base de fundamentos que, como bien lo destaca Philippe Fouchard (2), demostraban una gran desconfianza de los jueces respecto de los árbitros de la que se contagiaron los legisladores, que en 1856 derogaron la regla de arbitraje obligatoria para los conflictos societarios, rehabilitando hacia fines del S. XIX las cláusulas compromisorias por los menos en materia comercial.-

El arbitraje transitó así desde la hostilidad hasta la tolerancia y las cicatrices las podemos advertir en una legislación relativamente reciente como es el Código Civil de Québec de 1992, en el que se caracteriza la convención de arbitraje como un contrato por el cual las partes se obligan a someter un diferendo existente o eventual a la decisión de uno o varios árbitros (art. 2638). Esa expresa referencia a diferendos “eventuales” se explica por el propósito de aventar toda duda sobre la validez de las cláusulas compromisorias (3).-

Este instituto tiene su fundamento en el acuerdo de voluntades de las partes de un contrato plasmado en una “cláusula compromisoria” o bien en un “acuerdo arbitral” sobreviniente, en el que los pactantes resuelven retomar las facultades jurisdiccionales que a través de la Constitución Nacional o Provinciales, delegaron en el Poder Judicial para dirimir sus conflictos transables, donde no esté conculcado el orden público ni los intereses de terceros para depositarla en uno o más árbitros elegidos por ellos o por una institución que brinde el servicio de arbitraje, siguiendo la tesis jurisdiccionalista (4).-

2.- FOUCHARD; Philippe: “*L’arbitrage commercial et le législateur*” en “Aspects actuels du Droit Commercial Français.- Etudes dédiées à René Roblot LGDJ, Paris 1984, pag. 65 N° 5.-

3.- ANAYA; Jaime Luis y PALACIO; Lino Enrique: “*Arbitraje, jurisdicción y honorarios*” en E.D. T. 174, pág. 286 a 299 Bs. As. 29/9/1997 y **MARTIN MARCHESINI, Gualtiero:** “*Aspectos Procesales del arbitraje comercial internacional*” publicado en www.comercioregional.com y en www.servilex.com.pe 2/7/2004.-

4.- PALACIOS; Lino E.: “*Derecho Procesal Civil*” Bs. As. 1988, T. IX; pág. 27; nota 27. Este autor se adhiere a la tesis jurisdiccionalista del arbitraje que es ampliamente mayoritaria en la doctrina nacional militando en ella, entre otros, **ALSINA; ANAYA; AYARRAGARAY; COLOMBO; FERNÁNDEZ; GOMEZ LEO; JOFRE; MORELLO; PASSI LANZA; SOSA y BERIZONCE; OTTOLENGHI Y REIMUNDIN.**-

El “compromiso arbitral” o la “cláusula compromisoria” (5) dan el marco dentro del cual se debe desarrollar el arbitraje y en el que los árbitros deban de laudar, no excediéndose de la materia que les fue sometida a arbitraje por las partes.-

Los árbitros adquieren así el carácter de un juez privado para dirimir un conflicto determinado dentro de lo estipulado por las partes en la “cláusula compromisoria” o en el “compromiso arbitral” y al igual que los magistrados tienen sobre el diferendo para el que fueron designados el “*iudicium*” o sea la facultad de juzgar, pero se diferencia con aquellos en que carecen del “*imperium*” o sea la facultad de ejecutar su propio laudo si no se cumple; es decir, ejercer la coacción o solicitar el auxilio de la fuerza pública contra el moroso, debiendo recurrir en ese caso al juez, quién sin entrometerse en el análisis de los hechos ni en la aplicación del derecho, propios de la función del árbitro, se limitará a ejecutarlo, tal cual si fuera una sentencia.-

Ellos tienen como función ineludible e inalienable la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho y el laudo que dicten en esas condiciones será inapelable, salvo que las partes hayan decidido en el “compromiso arbitral” o en la “cláusula compromisoria” la apelabilidad del mismo ante otro organismo superior del Poder Judicial o privado, cosa muy excepcional.-

El laudo arbitral es irrecurrible, salvo que las partes hayan pactado lo contrario. Los únicos recursos ordinarios admisibles en el arbitraje (6), hayan o no sido pactados por las partes en el marco del compromiso arbitral, son el de **aclaratoria** que se interpone ante los mismos árbitros dictantes del laudo y **nulidad** que se interpone ante los árbitros para que resuelva el Superior que es la Cámara de Apelaciones en la materia del lugar del arbitraje, pudiéndose ir en **queja** a la misma en caso de denegatoria. Es muy discutido en la doctrina si corresponde o no la interposición de los recursos extraordinarios de **inconstitucionalidad** y **arbitrariedad** por ante la Corte Suprema de

5.- CAIVANO; Roque J.: “*La eficacia jurídica de la cláusula compromisoria*” comentario a jurisprudencia publicada en E.D. T. 181, pág. 155.-

6.- ANAYA; Jaime Luis: “*Recursos contra los laudos arbitrales*” en E.D., T. 161, Pág. 514 comentando el fallo 46.303, C.S.J.N., noviembre 17 de 1994 “Color S.A. c/Max Factor Suc. Argentina s/laudo arbitral s/pedido de nulidad del laudo”; y, “*Control judicial del arbitraje*” en L.L. 2004-B-pág. 312, sec. Jurisprudencia; y, MARTIN MARCHESINI; Gualtiero: “*Revisión judicial de los laudos arbitrales nacionales*”, en L.L., T. 202-A-1151, sec. Doctrina.-

Justicia de la Nación, considerando nosotros que es viable siempre y cuando se haya violentado el orden público o el laudo resulte manifiestamente *inconstitucional, ilegal o irrazonable*, ya que las partes otorgaron jurisdicción al árbitro para que haga una aplicación regular del derecho sin violentar los derechos fundamentales que son *indisponibles* y están siempre bajo el “paraguas” protector de la Corte Suprema como vestal de la Constitución Nacional (7).-

Es el derecho comercial contemporáneo, en especial en el derecho societario, donde el arbitraje como medio que brinda celeridad, economía, inmediatez, confiabilidad, posibilidad de elección del árbitro especialista en el tema que va a laudar, menor formalidad en el procedimiento, discreción, etc. juega un papel preponderante en la resolución de los conflictos que se plantean entre las partes (8).-

Introducidos así en la institución del arbitraje comercial, vamos hacia el tema central de esta investigación que es la prueba en el proceso arbitral y sus contingencias.-

2.- LA PRUEBA EN EL PROCESO ARBITRAL COMERCIAL. LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE

2.1.- Aspectos generales

El proceso arbitral vigente está legislado en el Libro VI artículos 736 a 765 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, equivalentes a los artículos 774 a 803

7.- El 1/6/2004 la Corte Suprema de Justicia de la Nación decretó la nulidad parcial del laudo dictado en la causa “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/proceso de conocimiento” (véase E.D. Serie especial Derecho Administrativo del 30/6/04, L.L. del 6/8/2004, p. 5 y www.laley.com.ar que ha dado lugar a disímiles interpretaciones doctrinarias. En coincidencia con el fallo del Superior Tribunal, con algunas discrepancias parciales, se pronunciaron autores con los que coincidimos: **BIDART CAMPOS; Germán:** “*El control constitucional y el arbitraje*” en L.L. “Suplemento de Derecho Constitucional” del 23/8/04, pag. 24 a 26; **MORELLO; Augusto M.:** “*El arbitraje en la encrucijada*” en J.A. 18/8/2004; **GIL DOMÍNGUEZ; Andrés:** “*El caso “Cartellone c/Hidronor”: La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales*” en L.L. 2004 23/8/2004 y **MARTIN MARCHESINI; G.:** “*Arbitraje y Recurso Extraordinario*” comentando el precitado fallo en L.L. Diario del 20/9/04, pág. 5. Con discrepancias con el fallo se pronunciaron: **GONZALEZ CAMPAÑA; Germán:** “*Desnaturalización del arbitraje administrativo*” en L.L. Suplemento de Derecho Administrativo del 27/8/04 pág. 8 a 19 y **PALACIOS; Lino Enrique:** “*Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario*” en E.D. diario del 17/8/2004. El título es testimonio suficiente de la opinión del autor. – En forma aséptica se define **BOSCH; Juan:** “*Apuntes sobre el control judicial del arbitraje*” (a propósito de la sentencia “Cartellone c. Hidronor”) en E.D. diario del 24/8/2004.-

8.- **ZAMENFELD; Víctor y CAIVANO; Roque J.:** “*El arbitraje en materia societaria*” en E.D., T. 194, pág. 153.-

de igual Código de la Pcia. de Bs. As (9).-

Normalmente las instituciones que brindan el servicio de arbitraje tienen su reglamento arbitral que las partes aceptan y suscriben al momento de introducir la cláusula compromisoria en sus contratos o firmar el compromiso arbitral. El arbitraje requiere de dicho compromiso aceptado por las partes y de no haberse acordado el mismo se estará a lo legislado en el Código de Procedimientos del lugar del arbitraje, el que también aplicarán los árbitros supletoriamente.-

A los efectos de la prueba el Libro VI del Código de Procedimientos no trae normas específicas, debiendo aplicarse el reglamento arbitral que dictaron o consintieron las partes y de no existir o existiendo, en forma supletoria, lo legislado en el capítulo correspondiente a la prueba del Código de Procedimientos del lugar del arbitraje (10).-

En todo proceso jurisdiccional, la etapa más crítica que más recursos y tiempo insume es la probatoria.-

La realidad demuestra que una gran proporción de la prueba ofrecida por las partes, cuya producción consume tiempo e innecesarios incidentes y recursos resulta superflua e intrascendente. Un buen análisis de la causa por el tribunal una vez trabada la litis permitirá desechar la prueba que haga a hechos reconocidos por ambas partes, no controvertidos, probados por otros medios o que sean irrelevantes para dirimir el pleito, ordenándose sólo la producción de la que sea necesaria.-

9.- Sobre el juicios arbitral véase: **ALSINA; Hugo: “Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”** Segunda Edición, T. VII, Capítulo LII, pag. 17 a 92 Ediar S.A. , Bs. As. 1965; **COLOMBO; Carlos J.: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (anotado y comentado)” T.IV, pag. 816 y sigtes.** Sobre “*Diligencias de prueba*” véase la pag. 851 ap. 4, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1969. En cuanto al Arbitraje en la Provincia de Bs. As. véase a **MORELLO; Augusto M., PASSI LANZA; Miguel A., SOSA; Gualberto L. Y BERIZONCE, Roberto: “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación Comentados y Anotados”** T. IX, pag. 482 y sigtes. Sobre el tema “*Producción de pruebas. Término*” véase pag. 549 ap. VI, Ed. Platense S.R.L. y Abeledo Perrot, Buenos Aires 1979; y, **SERANTES PENA, Oscar Enrique y PALMA, Jorge Francisco: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”,** T. III, pag. 363 y sig., eds. Depalma, Bs. As. 1984. En cuanto a la prueba véase art. 750, 2º párrafo , pag. 397 el procedimiento art. 751, pag. 398 las cuestiones previas art. 752, pag. 399 y las medidas de ejecución art. 753, pag. 401.

10.- Ver **CAIVANO; Roque J.: “Arbitraje”** 2da. ed. Actualizada y ampliada, Ed. AD-HOC, Bs. As., Set. 2000, pág. 228 y sig. –

La ley 24.573 (11) incorporó al proceso judicial una audiencia para el saneamiento de la prueba.-

El artículo 359 del Código de Procedimientos de la Nación, reformado por esta ley, reemplaza el auto de apertura a prueba por una audiencia estableciendo que trabada la litis y resueltas las excepciones previas, habiendo hechos controvertidos, aunque las partes no lo pidan el juez recibirá la causa a prueba procediendo de acuerdo con lo preceptuado en el art. 360.-

En dicha audiencia, presente el Juez bajo pena de nulidad, estando las partes y los letrados, determinara los hechos conducentes a la resolución del proceso y desestimaré los inconducentes; recibirá las oposiciones de las partes y resolverá en el acto (art. 361 C.P.C.C.) y si no tienen pruebas a producir llamará autos para sentencia (art. 362 C.P.C.C.); declarará la admisibilidad de las pruebas de continuarse el juicio o si la cuestión fuese de puro derecho concluyendo la causa para definitiva, sin perjuicio de invitar a las partes a una conciliación.-

Cabría agregar a éste artículo un nuevo inciso que en caso de no arribarse a una conciliación y que la causa fuera transable, el Juez explicará a las partes los beneficios del arbitraje y entregará a las mismas un listado de los centros de arbitraje institucional y árbitros reconocidos e inscriptos en el registro correspondiente a crear en una futura ley de arbitraje para que de estar conforme, suscribieran un compromiso arbitral designando los árbitros directamente o a la institución que los designará, a quienes se les girará el expediente para que tomen la prueba a producir, dicten laudo y vuelvan los autos para la ejecución.-

Los reglamentos arbitrales y el Código de Procedimientos, que se utiliza supletoriamente, dan a los árbitros atribuciones suficientes como para dejar de lado las pruebas ofrecidas que no hagan estrictamente a la cuestión debatida, como así también los árbitros deben de tener la posibilidad de ordenar de oficio aquellas medidas que crean necesarias, aún cuando las partes no las hayan propuesto, guardando siempre el igualitario tratamiento que debe darse a ambos litigantes.-

En el arbitraje comercial debe de flexibilizarse por parte de los árbitros la producción de la prueba, como así también las pautas para su ofrecimiento sin sujetarlo a plazos fatales, siempre y cuando se agreguen antes de la providencia de autos para laudar.-

El ofrecimiento de prueba en sede arbitral no ha sido tratado por los códigos procesales de la Nación, ni de la Pcia. de Bs. As. El de Santa Fé, en cambio, dispone que podrá producirse prueba desde la aceptación de los árbitros hasta la emisión del laudo; mientras que el de Córdoba establece, en forma similar, que la prueba podrá producirse hasta el llamado de autos para definitiva.-

2.2.- Complementación entre Jueces y Árbitros para el diligenciamiento de la prueba.-

Todos los medios probatorios son procedentes para ser ofrecidos ante un tribunal arbitral, las partes pueden proponer todas las pruebas que estimen conducentes para acreditar los hechos invocados en la causa.-

Para algunos medios probatorios puede haber mayor dificultad en la producción atento a la falta de “*imperium*” de los árbitros. Si el propio tribunal arbitral no pudiera proveerla por si mismo o tuviera dificultades en su producción, podrá pedir el auxilio de la justicia para que le otorgue la “*coercio*” de la que es recipiendario el Poder Judicial.-

Por ejemplo, en la prueba testimonial, los árbitros no tienen la potestad de hacer comparecer y declarar forzosamente a terceras personas que no se han sometido voluntariamente a su jurisdicción. Si un testigo es citado por el tribunal arbitral, no concurre y este lo considera imprescindible para la dilucidación de la causa, deberá recurrir al auxilio de los jueces estatales a fin que dispongan las medidas coercitivas necesarias para que la declaración finalmente sea realidad.-

En el supuesto de una prueba informativa, si el oficio librado por el tribunal arbitral no es contestado por la persona o repartición pública a la que se le libró en los plazos previstos en el C.P.C.C., los árbitros podrán solicitar al juez que lo intime a

hacerlo bajo apercibimiento de aplicar las sanciones previstas en el art. 399 del Código Procesal (12).-

Los Códigos de Procedimiento de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires prevén en forma expresa la obligación de los jueces a prestar a los árbitros la asistencia que éstos soliciten, atento al “*imperium*” con que están investidos los primeros. El fundamento legal lo encontramos en el artículo 753 del Código Nacional y 791 del C.P.C.C. de la Pcia. de Bs. As., disponen que los árbitros deberán requerir al Juez las medidas compulsorias, “y este deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”(13).-

Si bien los ordenamientos legales no establecen cual es la vía procesal idónea para peticionar ante el Juez, los usos y costumbres hacen que lo corriente sea darle igual tratamiento al de un oficio proveniente de un juez ordinario de otra jurisdicción, aplicando la normativa de la ley 22.172 (14).-

El árbitro, al igual que el Juez de extraña jurisdicción, tiene facultades jurisdiccionales pero carece de la potestad de hacer uso de la fuerza pública en ese territorio, aunque las razones por las que carecen de ese “*imperium*” son diferentes, ya que el Juez tiene el “*imperium*” que le da su jurisdicción limitado a un territorio diferente; el árbitro, en cambio, porque la suya está privada de ese atributo; en ambas situaciones se necesita de un Juez con “*imperium*” para suplir la carencia.-

Si bien no está específicamente legislado para el arbitraje la comunicación entre un árbitro y un juez se debe confeccionar bajo la forma y estilo de un oficio, indicando en forma expresa la identificación de los árbitros y de las partes, el objeto del juicio, la transcripción de la “cláusula compromisoria” o del “acuerdo arbitral” de donde surge la competencia del tribunal o árbitro exhortante, la explicitación clara y completa de la medida que se solicita y la firma de los árbitros o al menos del director del procedimiento certificada por el presidente del tribunal o por autoridad competente de la

12.- BOTTARINI; Ambrosio Luis y CLERC; Maria Alicia: “*La producción de prueba en el arbitraje: El requerimiento a los órganos jurisdiccionales*” en L.L. 2000-D, pág. 942 a 944, Sec. Doctrina.-

13.- ALVARADO VELLOSO; Adolfo: “*El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses*” L.L. 1986-E-1005.-

14.- Ver A.D.L.A, T. XL-A- 1980, pág. 70 a 74.-

entidad que patrocina el arbitraje institucional (15).- Es de buena práctica enviar al juez junto al oficio una copia del documento donde está inserta la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral y del reglamento con que se rige el procedimiento arbitral.-

El Juez al que el árbitro dirige el oficio examinará sólo sus formas sin juzgar sobre la procedencia de la medidas solicitadas (16), se limitará a darle cumplimiento dictando las resoluciones necesarias para su ejecución. No olvidemos que el árbitro tiene la responsabilidad plena, total y absoluta de la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho y de dirimir cualquier planteo sobre su competencia; el juez se limitará a ejecutar lo resuelto por el árbitro, excepto que las medidas solicitadas violen de modo manifiesto el orden público. En caso que el juez fundadamente deniegue la ejecución de la medida adoptada por el árbitro esa medida es apelable ante el Superior que es la Cámara de Apelaciones correspondiente.-

En el supuesto que el árbitro requiera al Juez la citación compulsiva de un testigo se registrá por las pautas antedichas, debiendo el testigo ser citado por el Juez para que comparezca a deponer en la sede y ante el tribunal arbitral en la audiencia que este haya prefijado previamente, bajo apercibimiento, en caso de no concurrencia, de ser conducido por la fuerza pública a los estrados del juzgado donde se constituirá el tribunal arbitral junto a las partes y sus letrados, con el sólo objeto de tener cerca al juez para que emplee la coerción necesaria a efectos de vencer la resistencia del testigo rebelde pero quién recibirá la declaración será el árbitro o tribunal arbitral sin otra ingerencia judicial más que la aludida. El procedimiento a aplicar será el que establezca el reglamento arbitral convenido por las partes, tal como si se efectuara en la sede del tribunal.-

Estas medidas serán excepcionales pero si se dieran en razón de la inmediatez de los árbitros con la causa, las partes y el objeto de la resolución del conflicto será conveniente que en el oficio mediante el cual soliciten la medida al Juez, le indiquen las dificultades que se prevean en el caso concreto (17).-

15.- Ver art. 3º, ley convenio 22.172 cit. en nota 14.-

16.- Ver art. 4º Ley 22.172 cit. en nota 14.-

17.- CAIVANO; Roque J.: ob. cit. en 10, pág. 230.-

2.3.- El delito de falso testimonio en la declaración arbitral.-

En todo proceso judicial cuando se comienza a interrogar a un testigo, después de hacerlo por las generales de la ley, se le advierte que el falso testimonio está tipificado en el art. 275 del Código Penal, reprimido con prisión de un mes a cuatro años con más inhabilitación absoluta por el doble de la condena, toda vez que el testigo, perito o intérprete afirmase una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante autoridad competente.-

Este es un delito doloso, para que se tipifique la acción u omisión se requiere que el testigo conozca la falsedad de la afirmación, de la negativa o que calle la verdad cuando tiene obligación de declararla. La falsedad debe producirse respecto de hechos con trascendencia probatoria que influyan sobre la decisión a tomarse y que produzcan perjuicio pues si recae sobre circunstancias intrascendentes, no habrá delito. La no prevención al testigo de las consecuencias penales de la declaración mendaz o la no existencia de juramento o promesa de decir verdad son circunstancias que impiden la tipificación del delito.-

El centro de la cuestión está en determinar si el árbitro es “autoridad competente” para que el delito encaje en la norma penal.-

Un viejo fallo penal de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en votación dividida, la mayoría entendió por “autoridad competente” a aquella que forma parte de la administración pública, de ahí que concluyeron que el delito no puede cometerse cuando se declara o se informa ante tribunales arbitrales. En el mismo fallo, el voto disidente entendió que por “autoridad competente” no debe entenderse sólo a la referida al concepto de funcionario, sino al de “competencia jurisdiccional” es decir a la de todo órgano cuyos actos produzcan efectos jurisdiccionales reconocidos por las leyes (18).-

En la doctrina penal encontramos también los dos criterios definiéndose

18.- C.N. Crim. y Corr. Capital 2/8/1946 en L.L. T. 44, pág. 735.-

Oderigo, Breglia Arias y Gauna entre otros por el de la mayoría de la Cámara; Soler y Creus comparten el voto en disidencia.-

En el ámbito de la doctrina arbitral Caivano sostiene que “los árbitros tienen verdaderas potestades jurisdiccionales, similares a las de un juez estatal” (19) por tanto la declaración mendaz o reticente de un testigo queda atrapada por el delito de falso testimonio.-

En nuestra opinión, teniendo el árbitro jurisdicción que le ha sido conferida por las partes para ese caso particular que lo substraen de la órbita del Poder Judicial, sus potestades son similares a las de un juez estatal, teniendo sus resoluciones el valor de cosa juzgada y sus laudos están revestidos de la misma e idéntica fuerza que las sentencias de los magistrados, por tanto la mentira, la reticencia, la falsedad en los dichos de un testigo produce el mismo daño que si lo hace ante un juez estatal y por ello debe ser sancionado como falso testimonio. Los árbitros ejercen una jurisdicción que desplaza por el libre albedrío de las partes a la que hubiese correspondido al juez ordinario. El derecho a reconocerle al laudo la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales y al admitir por esa vía judicial su ejecución forzada, convierte al arbitraje en un sistema de clara naturaleza jurisdiccional sujeto a idénticas reglas (20).-

La falta de “*imperium*” que les impide imponer coactivamente el cumplimiento de sus decisiones no eclipsa dos notas esenciales que fundamentan el carácter de autoridad jurisdiccional de los árbitros que son: a) sus atribuciones para decidir con efecto de cosa juzgada las cuestiones a ellos sometidas y b) la obligatoriedad del laudo, característica de los actos de autoridad (21).-

No puede negarse al árbitro el carácter de autoridad para resolver el conflicto en el que ha sido designado. El Código Penal no habla de funcionario o agente ni tampoco exige que la declaración se presente ante autoridad pública. Lo que si requiere es que se trate de autoridad “competente”. Soler nos enseña que es competente “la autoridad que, de acuerdo con las leyes y reglamentos, está facultada para recibir declaraciones

19.- CAIVANO; Roque J.: ob. cit. en 10, pág. 234.-

20.- CHILON MEDINA; José M. Y MERINO MERCHAN, José F.: “*Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*” Ed. Civitas 2º ed., Madrid 1991, p. 119.-

21.- PALACIO; Lino E. : “*Manual de Derecho Procesal Civil*” Ed. Abeledo Perrot, 11ª. Bs. As. 1955, pág. 888.-

testimoniales sea cual fuera la materia de éstas”, por lo que “en consecuencia, una vez establecido que la autoridad tiene facultades para recibir testimonio oral, queda establecida la posibilidad del delito”(22).-

Los árbitros cumplen con esa condición, con el acuerdo arbitral la parte reasume o retoma la jurisdicción que a través de la Constitución Nacional delegó en el Poder Judicial y la entrega para ese caso particular al árbitro. El juez ya no puede entender en esa causa, es incompetente por falta de jurisdicción y el árbitro es el único competente para entender en las cuestiones que le fueron sometidas y por lo tanto quedan habilitados como “autoridad competente” para recibir la declaración de los testigos y para merituar su valor probatorio, su veracidad y su integridad.-

Es por ello que compartimos la opinión con quienes sostienen que la conducta de aquellos que afirman una falsedad o niegan o callan la verdad, declarando como testigos en un procedimiento arbitral, encaja perfectamente en la acción antijurídica contenida en la norma penal tipificada en el art. 275 del Código de la materia, sin recurrir a la analogía rechazada como método de interpretación de la ley represiva.-

Mentir, falsear la verdad, retacearla o callarla ante un árbitro tiene las mismas consecuencias penales que hacerlo ante un Juez porque el fin de ambos procedimientos es el mismo, resolver un conflicto mediante un laudo o finiquitar un juicio mediante una sentencia produce para las partes idénticos efectos, por tanto, los vicios, las alteraciones dolosamente provocados en los medios probatorios conducentes a producir ese acto resolutivo final jurisdiccional, deben ser sancionados en igual forma.

3.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL COMERCIAL

3.1.- Fundamentos y Normación legal.-

Los jueces tienen la facultad y obligación de resolver todo asunto sometido a su jurisdicción como así también la de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, ejecutándolas de ser necesario con el empleo de la fuerza pública, atribución que emana

22.- SOLER; Sebastián: “Derecho Penal Argentino” T.E.A., 1992.-

del atributo de soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico(23).-

Los árbitros carecen de esa potestad que llamamos “*imperium*” propia de los jueces, pero tienen al igual que éstos último el “*iudicium*” o sea, la jurisdicción suficiente para sustanciar y decidir las causas litigiosas (24).-

La inadecuada interpretación de la falta de “*imperium*” del árbitro llevó a la errada conclusión que no pueden dictar medidas cautelares y como apoyo legal se invoca el artículo 753 del Código de Procedimiento Nacional (25) que entre las “medidas de ejecución” dispone: “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.-

La carencia de “*imperium*” en el árbitro no impide la facultad de dictar la medida cautelar y la norma procesal citada tampoco constituye un obstáculo.-

La medida cautelar es una decisión destinada a ser ejecutada y conlleva dos pasos necesarios y sucesivos a saber: la toma de la **decisión** y luego la **ejecución**. Una cosa es resolver la conveniencia de tomar una medida precautoria y otra llevarla a la práctica. Son dos operaciones diferentes y escindibles.-

Admitido que se trata de cuestiones separables, pueden ser efectuadas por sujetos u órganos diferentes. Hemos analizado ya que el laudo es dictado por los árbitros y ejecutado por los jueces, porque no las medidas cautelares que sólo tienen por fin asegurar que el laudo pueda cumplirse no puedan correr igual suerte. Quién puede lo más puede lo menos. Entremos entonces en el análisis jurídico de la posibilidad de la medida dentro del derecho positivo. Analizaremos separadamente “decisión” y “ejecución” y hasta donde incide el principio de la falta de “*imperium*” de los árbitros.-

23.- GOZAINI; Osvaldo Alfredo: “*Medidas cautelares y arbitraje*” en J.A. 1992-IV, pág. 878 a 883.-

24.- AYLWIN AZOCAR, Patricio: “*El juicio arbitral*” colección de Estudios Jurídicos y Sociales, N° 34, Ed. Jurídica de Chile, 2ª. Ed., Santiago, 1958.-

25.- Reproducido en el art. 791 del C.P.C.C. de la Pcia. Bs. As. -

3.2.- El dictado de la medida cautelar. La decisión.

Como dijimos ya en el acuerdo arbitral las partes, integrantes del soberano, reasumen la jurisdicción delegada por éste último en el Poder Judicial y la entregan a favor de los árbitros particulares que desplazan para ese caso concreto a los jueces del Estado y quedan investidos de sus mismas facultades a la sola excepción de la coerción, del uso de la fuerza, del “*imperium*” que es monopolio absoluto del Estado.-

El contenido de la jurisdicción delegada a los árbitros no sólo alcanza a la resolución del conflicto sino también a las accesorias de aquellas (26).- El dictado de una medida cautelar es un accesorio de las cuestiones que las partes les sometieron pues su finalidad es asegurar los derechos a debatir, no tiene carácter autónomo sino que actúa como una garantía para que el resultado del proceso se pueda concretar y no quede en forma declarativa de derechos.-

Las medidas cautelares deben estar comprendidas dentro de aquellas cuestiones respecto de las cuales los árbitros tienen jurisdicción, siguiendo para dictarlas la regla que es competente “el que deba conocer en el proceso principal”(27).-

El juez estadual que no tiene competencia para conocer en el proceso principal porque las partes le han quitado la jurisdicción para dicho proceso y se la entregaron al árbitro, según el artículo 196 del C.P.C.C. Nacional e igual del de la Pcia. de Bs. As., deberá abstenerse de decretar medida precautoria alguna por no ser la causa de su competencia. No obstante, que la ley procesal a renglón seguido admite la validez de las que fueron decretadas en violación a ésta regla, el principio sigue incólume que si carece de competencia para resolver el fondo debe abstenerse de conocer y decidir sobre la cautelar.-

26.- Véase arts. 754 del C.P. Nacional y el 792 del C.P. de la P. Bs. As. y **ROJAS; Jorge A.:** “*Amparo al Arbitraje*” en especial recomendamos leer apartado 4 “*Los sistemas cautelares*” en E.D., T. 205, pág. 87. Comentario a la jurisprudencia de la C.N. Civ. y Com. Fed. S. II, agosto 26-2003 en “*Administ. N. de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c/Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. s/acción meramente declarativa*”. En igual sentido “*A.N.U.T.E.U. c/Central Puerto S.A. s/acción meramente declarativa*”, sentencias del 26/8/03 y 20/5/03 en E.D. T. 205, pág. 84.-

27.- Ver art. 6°, inc. 4° del C.P. Nacional, idem del C.P. Pcia. Bs. As.-

Si los árbitros son competentes con exclusividad para resolver sobre el fondo de la disputa, con el mismo grado de exclusividad deben resolver si se dan las condiciones que justifiquen la adopción de una medida cautelar . La falta de “*imperium*”, no perjudica la obligatoriedad de sus decisiones. Si el laudo indiscutiblemente es asimilado a una sentencia judicial idénticos efectos debe tener una resolución que revistiría el carácter de interlocutoria.-

Con lo dicho hasta aquí podemos sacar una primera conclusión que los árbitros tienen la potestad de evaluar la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares solicitadas por las partes en el proceso. Es atribución exclusiva de los árbitros examinar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contracautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución y los eventuales pedidos de ampliación o mejora. Esta dentro de las facultades de los árbitros disponer una medida distinta de la solicitada o limitarla teniendo en cuenta la importancia y la naturaleza del derecho que se intenta proteger.-

Los arts. 753 del C. Proc. Nacional y 791 del C.P.C.C. Pcia. Bs. As. no pueden producir el efecto de vedar a los árbitros la facultad de decidir, ya que son los verdaderos jueces de la causa, tanto para las cuestiones principales cuanto para las accesorias.-

Los Códigos Procesales prohíben a los árbitros dictar “medidas compulsorias”. **Compulsión** significa “apremio o fuerza que se hace para compeler a alguien a que ejecute una cosa” y **compeler** es “obligar a alguien, con fuerza o autoridad, a que haga lo que no quiere”.-

Las medidas cautelares no son compulsorias ya que antes de su ejecución requieren un proceso intelectual de decisión en nada compulsorio para después pasar al proceso de ejecución que si debe admitirse que es compulsorio sin olvidar que el ejecutor es un juez estadual investido del “*imperium*” quién puede ejercer la “*coercio*” propia de la soberanía del estado.-

La normativa procesal no debe verse como un impedimento al árbitro para “resolver sobre la procedencia de una medida cautelar” sino como la prohibición de ponerla en ejecución forzada por sí mismo, debiendo en tal caso recurrir al Juez según lo mandado por la norma que dice: “deberán requerirlas al Juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.-

La jurisprudencia al respecto no ha sido pacífica y como antecedente tenemos que la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata en 1998 (28) confirma un fallo de Primera Instancia y sienta jurisprudencia manifestando que “nuestra legislación procesal, adscripta a que la función jurisdiccional sea exclusivamente ejercida por el Poder Judicial, impide que los árbitros las decreten (art. 791, Cód. Procesal)”. “La medida cautelar preventiva no puede ser decretada por un Tribunal Arbitral y, por ende, no es posible efectivizarla mediante una rogatoria a un Juzgado o Tribunal de Justicia Provincial u ordinario que no la ha decretado previamente” (según fallo de Primera Instancia).-

Tremenda mal interpretación del artículo 791 del C.P.C.C., Pcia. de Bs. As. era lapidaria para el arbitraje pues no podía dictarse o decidir medidas cautelares en el proceso arbitral.-

Ello levantó una gran polvadera en la doctrina que trajo nuevos vientos esclarecedores y pronto se vieron sus frutos. Conil Paz (29) reflexiona como epílogo de su comentario al fallo sobre la causa o la razón de ésta jurisprudencia y dice: “No puedo dejar de anotar una superioridad lateral de los árbitros sobre los jueces. La selección de los primeros es decididamente democrática. Está en manos de sus justiciables no así los integrantes del Poder Judicial que son elegidos sin participación popular, advirtiéndose en su garantía de inamovilidad una perdurabilidad aristocratizante”. Por eso, dice más adelante, por ser diferente su procedimiento selectivo el árbitro está ligado al nivel de su tiempo respondiendo al requerimiento de prontas y artesanales respuestas jurídicas,

28.- Causa 49.019, C. 1ª. C.C. Mar del Plata, Sala I, Julio 7-1998 – Autos: “**SASSO**, Nicolás c/**NEYRA**, Orbella y otra s/**embargo preventivo**” ver E.D. T. 181, pág. 238 “Arbitraje: Medidas Cautelares: traba dentro del proceso arbitral; inadmisibilidad”.-

29.- CONIL PAZ; Alberto: “La lucha por el Arbitraje” (El caso de las medidas cautelares) en E.D. T. 181, pág. 238.-

comprensivas de la realidad cotidiana. Esto contrasta con la “insensibilidad de los jueces respecto de los cambios económicos o sociales; en fin su retardo en comprenderlos y aceptarlos”.-

El más profundo y prolífico investigador del arbitraje contemporáneo Caivano, hace un profundo análisis de éste fallo y después de estudiar la “**decisión**” sobre la procedencia de la medida cautelar y el dictado de la misma como propias y exclusivas de la competencia del árbitro y la “**ejecución**” como propia del juez, investido del “*imperium*” que el árbitro no tiene, concluye que éste último tiene facultades exclusivas y excluyentes para decidir sobre la procedencia o improcedencia de una medida cautelar, solicitada en un proceso arbitral y manifiesta la necesidad de un cambio cultural frente al arbitraje mejorando el ordenamiento legal, tomando ejemplo de las legislaciones peruana y boliviana, como así también difundir y enseñar sobre éste instituto para que los abogados decidan a utilizarlo como herramienta eficaz para dirimir los conflictos y los jueces no se sientan empequeñecidos ni disminuida su función ante el colega árbitro libremente elegido(30) .-

Esta brillante doctrina dio sus frutos y el mismo Tribunal, aunque con composición parcialmente diferente, al año siguiente tuvo oportunidad de rectificarse (31) admitiendo “que los tribunales arbitrales dicten medidas cautelares, a los fines de dotarlos de instrumentos necesarios para alcanzar una mejor y eficaz solución de los conflictos y constituirse, de tal modo, en una opción real para los litigantes al margen de la solución jurisdiccional.-

Ya analizamos anteriormente que es atribución exclusiva de los árbitros examinar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contracautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución de eventuales pedidos de ampliación o mejora, sin perjuicio que en ciertos casos sea necesaria la intervención judicial a los fines de

30.- CAIVANO, Roque J.: “Medidas cautelares en el arbitraje” en J.A. 1998-IV, pág. 47 Comentario al fallo dictado por al C.A.C.C. Mar del Plata, S. 1° en “*Sasso c/Neyra*”, cit. en 28, y, del mismo autor “*La Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje*” en L.L. 1994-A-994.-

31.- Causa 50.035 C. 1° C.C. Mar del Plata, Sala I, diciembre 2 de 1999 Autos: “**PESTAÑA**; Odilio Alberto c/**GUERINI**, Oscar s/**inscripción medidas cautelares**” con comentario de **CAIVANO**, Roque J.: “*Medidas Cautelares en el Arbitraje: una saludable rectificación de la justicia marplatense*”, en J.A. T. 187, pág. 338.-

su ejecución forzada. Esta rectificación de la Cámara marplatense fue un importante paso a favor de la consolidación del arbitraje como alternativa jurisdiccional.-

Hasta aquí analizamos la decisión en la toma de la medida cautelar, la procedencia o improcedencia de la misma, nos toca ahora analizar:

3.3.- La ejecución de la medida cautelar. Su cumplimiento

El hacer cumplir la medida cautelar decidida por el árbitro en la substanciación del procedimiento arbitral sigue igual curso que las demás resoluciones. El árbitro tiene “*indicium*” pero no tiene “*imperium*” por tanto debe recurrirse al Juez que le da su fuerza coactiva que le viene de la soberanía del Estado haciendo cumplir con el uso de la fuerza de ser necesaria, lo decidido por el árbitro. El árbitro decide y el juez ejecuta sin analizar la decisión.(32)

No siempre es necesaria la compulsión, ya que si se cumple voluntariamente la medida cautelar no es necesario ejecutarla forzosamente. Estas medidas tienen como destinatarios a quienes son parte en el proceso donde se dictan. El afectado por las consecuencias de la medida está sometido a la jurisdicción del árbitro que la dispuso.-

No obstante hay medidas que no se pueden cumplir con la voluntad sola de la parte, sino que necesitan inexorablemente de un tercero: el registro que toma razón de un embargo o una inhibición general de bienes; el tercero en poder de los bienes objeto del secuestro; el deudor a quién se le ordena abstenerse de pagarle a su acreedor, etc.-

Cuando coincide el destinatario de la medida y el encargado de realizar la conducta con una de las partes, por ejemplo cuando un árbitro decreta la prohibición de innovar ordenando al demandado que mantenga el “*status quo*” vigente, el juez notifica la medida directamente a la parte. Cuando avancemos con la cultura del arbitraje esa medida la podría notificar el mismo árbitro que la adoptó, pero en caso de no ser acatada no podría dar lugar al delito de desobediencia tipificado en el art. 239 del

32.- Ver arts. 499 del C.P.C.C. Pcia. Bs. As.-

Código Penal que requiere la orden emane de funcionario público, pudiendo no obstante tipificarse en alguno de los supuestos del art. 173 del Código citado (defraudación).-

Situación distinta es cuando el encargado de realizar la conducta es un tercero, no alcanzado por la jurisdicción arbitral y por tanto no obligado a cumplir la medida dispuesta por el árbitro. Como tampoco está obligado a no cumplirla, si le da cumplimiento espontáneo, no incurre en responsabilidad alguna por no haber ilegitimidad o ilicitud de la acción.-

Si el destinatario no da cumplimiento a lo resuelto por el árbitro deberá requerirse la ejecución forzada del juez.-

Una consideración especial la merecen los registros que reciban una comunicación de un tribunal arbitral solicitándole que inscriba una medida cautelar sin intervención judicial. En principio deberían inscribirla si están satisfechos los requisitos que garanticen su autenticidad (33), caso contrario deberá solicitarse la ejecución forzada judicialmente en los términos del art. 753 del C.P.C.C.N. Los árbitros pueden disponer que la ejecución sea directamente solicitada por el interesado en sede judicial expidiendo el pertinente testimonio.-

El Juez no tiene jurisdicción para entender en la decisión de la medida cautelar ni para revisar su razonabilidad, extensión o alcance, ni le está permitido modificarla o limitarla. No podrá negarse a prestar el auxilio coactivo ya que la norma procesal que lo obliga es imperativa, pues dice “deberá” prestar el auxilio solicitado ordenando el cumplimiento de la medida dispuesta por el árbitro, salvo y por excepción, que la medida arbitral atente de manera ostensible a una norma de orden público (34).-

3.4.- Medida cautelar requerida en sede judicial previa al arbitraje

Es la situación que se plantea cuando existiendo una cláusula compromisoria o

33.- Ver Ley 22.172, art. 7° en ADLA, T. XL-A-1980, pág. 70 a 74.-

34.- Ver Ley 22.172, art. 4°.-

un acuerdo arbitral, el accionante quiera solicitar la traba de una medida cautelar antes de iniciar la demanda o postulación arbitral. El tribunal arbitral puede aún no estar siquiera constituido, si se tratare de un arbitraje “*ad hoc*”, no habría árbitros designados a quienes solicitar la medida.- En ese caso la parte puede requerir al juez estadual que la disponga, pues existe una imposibilidad de hecho que impide requerírsela a quién resulta competente para dirimir el conflicto que es el árbitro. El fundamento legal de esta medida lo encontramos en el segundo párrafo del artículo 196 del C.P.C.C.N.-

¿Qué incidencia tiene este pedido sobre la jurisdicción arbitral pactada?. ¿Puede considerarse que hay una renuncia a la jurisdicción arbitral y prorrogada a favor de los jueces estaduales?. La respuesta a ésta última pregunta es negativa, pues el pedido de una medida cautelar no significa la interposición de una demanda (35).-

En nuestro derecho no se corre ese riesgo o bien es muy remoto pues el Código de Procedimientos (36) se encarga de legislar que siempre que la medida haya sido dispuesta de conformidad con el mismo ella será válida aunque el juez resultara incompetente “**pero no prorrogará su competencia**” hacia este magistrado. No obstante, en derecho comparado (37) las más modernas legislaciones establecen en forma expresa que el hecho de haber pedido una medida cautelar en jurisdicción estadual no torna incompatible al arbitraje.-

35.- El art. 2º del C.P.C.C.N. establece que se opera la prórroga si las dos partes por convenio escrito manifiestan explícitamente su decisión de someterse a la competencia del Juez a quién acuden. “Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo y opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria”.-

36.- Ver art. 196, párrafo 2º “in fine” del C.P.C.C.N.-

37.- Ver art. 9 de la Ley Modelo de UNCITRAL y las legislaciones que la adoptaron directamente o se inspiraron en ella.- Esta “Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional” (C.N.U.D.M.I.) fue aprobada el 21 de Junio de 1985, recomendada a los Estados Miembros por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 4.072 del 11 de Diciembre de 1985 y se la conoce comúnmente con la sigla en inglés UNCITRAL. Ver Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session, 40 U.N., GAOR, Anexo I, Supp. N. 17, ps. 81/93, U.N. Doc. A/40/17 (1985) entre otros la estudia en amplitud:

GARRO, Alejandro M.: “*El arbitraje en la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional y en la nueva legislación española de arbitraje privado: Un modelo para la reforma del arbitraje comercial en América Central*”. Revista JUS, N° 41, págs. 6/50. Las legislaciones estaduales de éstas dos últimas décadas la adoptaron directamente como propia o bien la adaptaron a su derecho adoptando lo substancial de sus normas.-

Cuando la medida cautelar se solicitó ante el Juez del Estado con anterioridad al proceso arbitral para evitar su caducidad, la parte solicitante debe de interponer la demanda o postulación arbitral dentro de los diez días siguientes a su traba (38).-

La interposición de la acción se hará ante el tribunal arbitral con jurisdicción para resolverla por voluntad expresa de las partes y si éste no está constituido dentro del mencionado plazo de caducidad (diez días) la parte incoante deberá iniciar el procedimiento previsto para la designación de los árbitros o constitución del Tribunal.-

Algunas legislaciones establecen que tales medidas se pidan judicialmente, incluso iniciado ya el juicio arbitral, sin que afecte el arbitraje (39). En nuestro derecho también existe esa posibilidad, atento la excepción que habilita el párr. 2º del artículo 196 del C.P.C.C.N. La parte solicitante es la que debe decidir ante quién la pide.-

Más allá de las razones de practicidad o economía procesal que puedan haber inspirado a estas legislaciones determinar que la medida cautelar se solicite y ejecute ante el Juez estadual, en cualquier etapa del procedimiento arbitral, sin afectar a éste, no participamos de éste procedimiento pues es al árbitro que corresponde decidir sobre la conveniencia o no de adoptar la medida, ya que tiene el “*iudicium*” y el conocimiento cabal e íntegro de la causa recurriendo al Juez, que no está dentrado en la causa, a que le de su “*imperium*” para ejecutarla. Solo es admisible solicitarla al Juez cuando no esté constituido todavía el tribunal arbitral.-

4.- EN EL DERECHO COMPARADO

En las más modernas legislaciones en materia de arbitraje comercial, los árbitros tienen facultades suficientes para escoger aquellas pruebas que resulten piezas necesarias e importantes para el análisis y estudio de la causa y dejar de lado otra que podrían incluso, servir para confundir a las partes y a los propios árbitros por ser evidentemente improcedentes y no conducentes para arrojar luz sobre los hechos controvertidos. Los principios de celeridad y economía justifican ésta flexibilización en

38.- Ver art. 207 del C.P.C.C.N. y Bs. As.

39.- Ver el art. 9 de la Ley Modelo de UNCITRAL, notas 37 y 40.-

materia de prueba en el ámbito arbitral; y, aún más hacer posible que los árbitros, en aras de la búsqueda de la verdad material, sean capaces de producir pruebas de oficio para mejor proveer, respetando desde luego la igualdad de las partes y no sufriendo de este modo la negligencia o torpeza de ellas.-

4.1.- En La Ley Modelo de UNCITRAL (40)

En su artículo 17 trata la facultad del tribunal de ordenar medidas provisionales cautelares, estableciendo que salvo acuerdo en contrario de las partes podrá, a petición de una de ellas, ordenar a las mismas, que adopte la intimada las medidas provisionales cautelares que considere necesarias el árbitro respecto del objeto en litigio, pudiendo exigir de la requirente de la medida una garantía o contracautela apropiada en conexión con esa medida, y en caso de incumplimiento podrá requerir la asistencia de un juez estadual para la ejecución, según se establece en el artículo 27 que analizaremos más adelante.-

En su artículo 23 que legisla la incoación y traba de litis dice que las partes podrán (no dice deberán) aportar en la demanda y contestación todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los mismos u otras pruebas que vayan a presentar, quedándole la opción de presentarlas también en la audiencia que trataremos a continuación. Establece en el art. 24, inc. 1º que el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas y alegatos orales, o bien si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de los documentos ya agregados y pruebas presentadas. Salvo acuerdo en contrario de las partes (art. 24) el Tribunal arbitral celebrará las audiencias en el momento oportuno y a petición de una de ellas las que deberán notificarse con suficiente antelación ya sea para el examen de mercaderías, otros bienes o documentos. De todas las pruebas aportadas por una de las partes al tribunal se dará traslado a la otra, como así también a ambas, de las pericias y/o cualquier otro documento en los que el tribunal arbitral pueda basarse para adoptar su decisión. En caso de incomparecencia de una parte a las audiencias o no presentare pruebas documentales (art. 25, inc. c) el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas disponibles en el expediente.-

40.- Ver nota 37 y **FELDSTEIN DE CÁRDENAS; Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN; Hebe M.:** *“El Arbitraje”*, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998. La Ley Modelo podrá verse en el “Apéndice”, pág. 181 y su comentario en el Capítulo XV, pág. 165.-

En cuanto a la prueba pericial, en el art. 26, siempre respetando la voluntad de las partes en caso que hubieran acordado lo contrario, el tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que le determinarán. Asimismo el tribunal podrá solicitar a las partes o a una cualquiera de ellas que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos. Si las partes no pactaron lo contrario, cuando una de ellas lo solicite o bien si el tribunal lo estima necesario una vez presentado el dictamen escrito u oral, se fijará una audiencia en que los requirentes tendrán oportunidad de hacer al perito preguntas y llevar otros expertos para que informen sobre los puntos controvertidos.-

En el artículo 27 se prevé también que el tribunal arbitral o las partes con la aprobación de aquel podrán pedir la asistencia de un juez del Estado investido de “*imperium*” para la ejecución de la prueba proveída en forma coactiva de ser necesario. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.-

4.2.- En la Ley española (41)

España siempre demostró su preocupación por la armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, con el fin de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias no sólo domésticas sino también interestadales, comunitarias o entre particulares de distintos estados.-

Como antecedente de la actual ley 60/2003 tenemos la ley 36/1988-XII-5 que ya demuestra la vocación que mencionamos en el primer párrafo y explicitada aún antes en el Real Decreto 1094/1981-V-22 que abrió las puertas del arbitraje comercial internacional en la Madre Patria y la comunidad iberoamericana para evitar recurrir a otros tribunales con distinto idioma, diferente cultura jurídica, con derecho fundado en el “Common Law” y no en los Códigos, en fin extraños a nosotros.-

41.- Ley N° 60 del 23/XII/2003, ver en www.servilex.com.pe/arbitraje/legislación.html. **FELDSTEIN DE CARDENAS; Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN; Hebe M.** en ob. cit. en 40. En los capítulos XI; XII; XIII y XIV las autoras analizan los distintos Tribunales y Cortes de Arbitraje españoles y su jurisprudencia.-

Esta ley fundada en sus antecedentes nacionales, se inspira en el régimen de la Ley Modelo de CNUDMI /UNCITRAL “teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional” (42), tomando en consideración los trabajos emprendidos por aquella Comisión para incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en cuanto a los requisitos del convenio y la *adopción de medidas cautelares*.-

Esta nueva ley española sintetiza y amalgama a la Ley Modelo de UNCITRAL con su sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidadoso estudio del derecho comparado; y, los cánones tradicionales del ordenamiento jurídico ibérico, con sus raigambres latinas, con antecedentes románicos y tintes napoleónicos. Por ello es muy recomendable que los estados latinoamericanos al reformar su legislación arbitral den un vistazo a esta ley española tanto más cercana a nuestro derecho, a nuestra costumbre y tradición y no adopten en forma automática la Ley Modelo de UNCITRAL.-

En cuanto al tema que es objeto de estudio en este trabajo, la ley en su título IV, el artículo 23 incorpora una de las principales novedades, que es la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes directamente en el acuerdo o recurriendo al Juez, caso contrario se considera que la aceptan. El árbitro tiene “*iudicium*” más no tiene “*imperium*” por tanto para la ejecución de la medida cautelar se debe recurrir al Juez, al igual que si corresponde ejecutar el laudo. La ley reconoce a los árbitros la potestad *declarativa* de la medida cautelar, salvo acuerdo en contrario, reservando al juez la *ejecutiva*. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.-

42.- Ver Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, apartado I.- Los antecedentes nacionales podrán estudiarse en **LORCA NAVARRETE; Antonio M.a: “Derecho de Arbitraje Interno e Internacional”**, ed. Tecnos SA., 1989, Madrid.-

La fase probatoria del arbitraje en la ley española está presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros con la mayor flexibilidad, pero es inexorable que se cumplan dos requisitos básicos **el derecho de defensa** y el **principio de equidad**.- Sólo establece normas sobre la prueba pericial, de singular importancia en el arbitraje contemporáneo, aplicables en defecto de la voluntad de las partes. Estas normas están encaminadas a permitir tanto los dictámenes emitidos por los peritos designados directamente por las partes como los emanados de peritos designados de oficio o a instancia de parte por los árbitros y a garantizar la debida contradicción respecto de la pericia.-

El artículo 32 de la ley española siguiendo el artículo 26 de la Ley Modelo de UNCITRAL regula el nombramiento de los peritos respetando siempre la voluntad de las partes; la completa información con la disponibilidad por el experto de toda la documentación o mercaderías en poder de los litigantes y agotan la prueba con la aportación de dictámenes de otros peritos designados por los requirentes del arbitraje.-

Se regula también en el artículo 33 la asistencia judicial para la práctica de pruebas, que es una de las tradicionales funciones de apoyo judicial al arbitraje, siguiendo el artículo 27 de la Ley Modelo de UNCITRAL.-

En los países latinoamericanos, en especial los integrantes y adherentes al MERCOSUR, encontramos legislaciones contemporáneas, más actualizadas que la de nuestro país y que son dignas de mención:

4.3.- La ley brasilera (43)

El arbitraje en el derecho brasileño es legislado desde mucho antes, ya en el Código de Comercio de 1850 llegó a ser obligatorio para ciertos conflictos. Sin embargo debemos reconocer fue un mecanismo de muy poca aplicación en este país hasta que con el advenimiento de esta ley se produjo un auténtico despertar por el interés de los mecanismos alternos de solución de controversias.-

43.- Ley N° 9307 del 23/IX/1996 ver en www.servilex.com.pe/arbitraje/legislación.html

En la ley brasileña actual no encontramos ninguna mención a pruebas establecida expresamente, salvo lo que determine el artículo 22, que expresa: “*Podrá el árbitro o el Tribunal Arbitral tomar las declaraciones de las partes, oír testimonios y determinar la realización de pericias u otras pruebas que juzguen necesarias mediante el pedido de partes o de oficio*”.-

No obstante, en forma general, en su artículo 25 menciona que el arbitraje se someterá al procedimiento establecido por las partes en el acuerdo arbitral institucional o entidad especializada y más aún, faculta a las partes a delegar en el propio árbitro o en el tribunal arbitral, la regulación del procedimiento. En el inciso 1° de este mismo artículo se menciona que no habiendo estipulación acerca del procedimiento, cabrá al árbitro o al tribunal arbitral establecerlo.-

En el procedimiento arbitral, se respetará los principios del contradictorio, de la igualdad de partes, de la imparcialidad de los árbitros y de la libre convicción (44).-

4.4.- La ley paraguaya (45)

La ley paraguaya, que es una de las más modernas en la región, sigue los lineamientos de la Ley Modelo de UNCITRAL.-

En materia de prueba en el arbitraje comercial el artículo 27 que trata sobre Audiencias y actuaciones por escrito, sigue casi textualmente el artículo 24 de la Ley Modelo de UNCITRAL, a la sola excepción de los últimos párrafos de los inc. 1° y 3° de esta última, que no hacen a la esencia de la cuestión. Se respeta la voluntad e igualdad entre las partes.-

En cuanto al nombramiento de peritos el artículo 29 de la ley paraguaya sigue substancialmente al artículo 26 de la Ley Modelo de UNCITRAL, respetando la

44.- CALLIZO NICORA; Federico: “*Medios de prueba en el arbitraje en las Legislaciones Iberoamericanas*” en www.servilex.com.pe/arbitraje

45.- Ley 1879/2002 de Arbitraje y Mediación Ver en www.servilex.com.pe/arbitraje/legislación.html

voluntad de las partes, el derecho del tribunal a nombrar uno o más peritos, la obligación de los recurrentes al arbitraje a dar al perito libre acceso a documentos y mercancías y la del experto de dar explicaciones en audiencia posterior (art. 30).-

Al igual que la ley modelo (art. 27) la paraguaya (art. 312) prevé que el tribunal o las partes con la anuencia de aquel, podrán pedir asistencia del juez competente para la ejecución de pruebas, emplazando a éste que resuelva en el término de siete días.-

En cuanto a la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares el artículo 20 de la ley paraguaya sigue los lineamientos del artículo 17 de la ley modelo. Prevee que el Tribunal disponga sobre la adopción de medidas cautelares provisionales necesarias; dispone la obligación por parte del tribunal de exigir contracautela al peticionante de la medida y establece la efectivización de la medida por orden judicial “adoptada inaudita parte dentro del tercero día de solicitado por dicho tribunal”.-

4.5.- En el Código General del Proceso de Uruguay (46)

No existe una ley de arbitraje específica en el Uruguay, las normas sobre la materia surgen del Título VIII del “Código General del Proceso” que no sigue a la Ley Modelo de UNCITRAL, no obstante analizaremos los artículos que hacen a la prueba en razón de ser un país integrante del MERCOSUR y sede convenida en muchos arbitrajes internacionales.-

Establece que el arbitraje sólo se podrá convenir en cuestiones transables (art. 476); será voluntario o necesario, imponiéndose en éste último caso por la ley o por convención de las partes (art. 474.1); se pacta a través de una cláusula compromisoria (art. 473) o por un compromiso arbitral (art. 474.2); renunciando así a la jurisdicción ordinaria (art. 475) y no admitiéndose más recursos que el de nulidad (art. 499).-

46.- C.G.P. del Uruguay Ley 15.982, promulgada el 18/X/1988 y publicada en el Diario Oficial del 14/XI/1988 N° 22.743, T° 333. Para profundizar el estudio de la presente ley podrá consultarse **VESCOVI, E.:** “Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado”, T. 2, Montevideo, 1993 ed. Abacó. **TARIGO, E.:** “Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código”, T. I, 3° Ed. Montevideo, 1998, Fundación de Cultura Universitaria.-

En cuanto a la prueba en el proceso arbitral podemos decir que las anticipadas, las medidas cautelares y las necesarias para la formalización del compromiso arbitral se tramitarán ante el tribunal que habría intervenido en el asunto de no haber existido el compromiso (arts. 488 y 494).-

Establece que el arbitraje sólo se podrá convenir en cuestiones transables (art. 476); será voluntario o necesario, imponiéndose en éste último caso por la ley o por convención de las partes (art. 474.1); se pacta a través de una cláusula compromisoria escrita (art. 473) o por un compromiso arbitral (art. 474.2); renunciando así a la jurisdicción ordinaria (art. 475) y no admitiéndose más recursos que el de nulidad (art. 499).-

En cuanto a la prueba en el proceso arbitral podemos decir que las anticipadas, las medidas cautelares y las necesarias para la formalización del compromiso arbitral se tramitarán ante el tribunal que habría intervenido en el asunto de no haber existido el compromiso (arts. 488 y 494).-

El procedimiento en la etapa probatoria es totalmente libre, pudiendo convenir las partes el que consideren más conveniente; si nada convinieron, los árbitros aplicarán de oficio las disposiciones establecidas por el Código de la materia para el proceso ordinario, privilegiando siempre la conciliación a la que deberán convocar al inicio del proceso bajo pena de nulidad absoluta de las actuaciones posteriores, reiterándola toda vez que resulte oportuno (art. 490).-

En lo referente a la prueba testimonial, si las partes no convinieron otra cosa, se regirá por el Código del rito, no obstante los árbitros en caso de negativa del testigo a presentarse voluntariamente a declarar recabarán la colaboración de los tribunales ordinarios para que el Juez, investido del "*imperium*" y de la "*coercio*" necesaria, el testigo concurra con el auxilio de la fuerza pública (art. 492).-

También el árbitro recurrirá al juez en los casos de pruebas informativas que solo pueden darse por mandato judicial.-

Es de destacar en el procedimiento arbitral uruguayo el respeto a la libre voluntad de las partes y el uso solo supletorio del Código General del Proceso.-

4.6.- La ley boliviana (47)

Esta legislación también sigue la ley modelo y en cuanto a las medidas precautorias establece en su artículo 35 que el tribunal, a petición de parte y salvo acuerdo en contrario, podrá ordenar las medidas que estime necesarias, solicitando a la peticionante una contracautela adecuada para asegurar la indemnización de daños y perjuicios a favor de la contraria en caso que la pretensión se declare infundada; prevee el auxilio judicial del Juez del lugar de ejecución de la medida precautoria en caso necesario (art. 36) a cuyo efecto el tribunal oficiará al juez competente y acompañará copia del convenio arbitral y de la resolución que dispone la medida; el juez dispondrá de un plazo máximo de cinco días para definir la solicitud sin sustanciación y se limitará a cumplirla, sin juzgar sobre la misma, salvo que contraríe el orden público (art. 37).-

4.7.- La ley peruana (48)

Al igual que la anterior sigue la ley modelo y en cuanto a medidas cautelares en sede arbitral que legisla en el artículo 81, establece que en cualquier estado del proceso, a petición de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o garantizar el resultado, podrá exigirse contracautela, contra esta resolución no procede recurso alguno, para su ejecución los árbitros pueden solicitar el auxilio del juez quién con la copia del convenio arbitral y la resolución de los árbitros, sin merituar la medida, ni admitir recursos procederá a ejecutarla.(49)

Una disposición importante en esta ley es la del artículo 34, numeral 5,6 y 7 que legislan la producción de los medios probatorios en una o más audiencias dentro de un plazo que no podrá exceder de quince días en vista a acotar el proceso arbitral.

47.- Ley N° 1770 del 10/III/1997. Publicada en “Gaceta Oficial de Bolivia del 11/III/1997.-

48.- Ley N° 26.572 promulgada el 3/1/1996 y publicada en el Diario Oficial El Peruano del 5/1/1996.-

49.- CAIVANO, Roque J.: “*Medidas cautelares en el arbitraje*” J.A. 1998-IV, pág. 47. Este autor trae en las conclusiones estas dos legislaciones criticando la resolución de la C.A. de M. Plata que negó a prestar el auxilio judicial para una medida cautelar por considerar que los árbitros no tenían jurisdicción para resolverla, proponiendo que la ley argentina tenga disposiciones explícitas como la de nuestros hermanos bolivianos y peruanos.-

Producida la prueba los árbitros pueden solicitar a las partes un resumen escrito de sus alegatos, dando a los árbitros como directores del proceso el deber de velar para que el mismo se desarrolle bajo los principios de celeridad, inmediación, privacidad, concentración y economía procesal, posibilitando la adecuada defensa de las partes.-

Los árbitros tienen la facultad legal para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. En cualquier etapa del proceso pueden pedir a las partes aclaraciones o informaciones, pueden ordenar de oficio la producción de pruebas que estimen necesarias, solicitar a los peritos explicaciones o ampliación del dictamen, prescindir fundadamente de pruebas no producidas, si se consideran suficientemente informado y probado mediante otros los hechos invocados. Contrariando el principio de inmediatez el tribunal podrá delegar en uno o más de sus miembros la realización de determinados actos procesales.- Por otra parte podrá también pedir el auxilio de la justicia estadual para la producción de las pruebas debiendo dar cumplimiento el juez a la solicitud en un plazo no mayor de cinco días, bajo responsabilidad.-

4.8- La ley chilena (50)

Es la más nueva de las legislaciones americanas, pues fue publicada el 29 de Setiembre de 2004 y sigue casi textualmente a la llamada Ley de UNCITRAL que ya comentáramos en el apartado 4 numeral 1. En los artículos referentes a la prueba en el arbitraje comercial, no encontramos diferencias y nos remitimos a lo allí expresado. Debemos remarcar en cuanto a la prueba que se respeten claramente los principios de libertad de las partes; inmediatez del tribunal, imparcialidad de los árbitros y libre convicción de los mismos.-

Con éste trabajo esperamos dar al lector una visión panorámica de la prueba en el procedimiento arbitral indicando en las notas las fuentes del derecho en que podrá profundizar su estudio.-

50.- Ley N° 19.971 del 29/IX/2004 Ver en www.anfitrion.cl/actualidad/20ulle/2004092919971.html

*El autor es Doctor en Ciencias Jurídicas; Abogado con diploma de honor y Escribano (USAL); Académico de Paestum, Salerno, Italia (1989). Profesor Titular post grado de la Maestrías en “Sistemas de Resolución de Conflictos” de la Facultad de Derecho de la U.N.L.Z. y Profesor Invitado de Doctorado en la Facultad de Derecho de la U.C.E.S.; Árbitro Titular de las Salas de Derecho Comunitario y de la Integración de los Tribunales Arbitrales Institucionales de la F.A.C.A.; del C.A.L.Z. y del C.I.A.M.” “Manuel Belgrano” en la “Asociación Dirigentes de Empresas” (A.D.E.). Primer Premio al Mejor Trabajo sobre Arbitraje en el Mercosur de la F.I.A. (2000). Publicista.-