

GUSTAVO A. ESPARZA
FRANCISCO J. MUÑOZ

ARBITRAJE COMERCIAL Y DERECHO CONCURSAL

PERSPECTIVAS INTERNACIONALES
Y DOMÉSTICAS DE UNA RELACIÓN
EN CONSTANTE EVOLUCIÓN

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
LISTADO DE ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	15
A. IMPORTANCIA DEL TÓPICO ELEGIDO	19
B. ESQUEMA DE TRABAJO	23
PARTE I. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL	29
I. NOCIONES ELEMENTALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL	29
A. Etimología y naturaleza jurídica	44
1. Teoría jurisdiccional	45
2. Teoría contractual	46
3. Teoría mixta	47
4. Teoría autónoma o anacionalista	47
5. Conclusiones	49
B. Breves apuntes sobre la evolución histórica del arbitraje en las distintas culturas	51
1. Arbitraje en textos religiosos	51
2. Arbitraje en la mitología	52
3. Desarrollo del arbitraje en la Edad Antigua	53
4. Desarrollo del arbitraje en la Edad Media	55
5. Desarrollo del arbitraje en la Edad Moderna y Contemporánea	58
	515

	Pág.
C. Fuentes del arbitraje	60
1. Fuentes de Derecho público	60
a) Fuentes internacionales	60
b) Fuentes nacionales	66
2. Fuentes privadas	73
a) Acuerdo arbitral	73
b) Reglamentos arbitrales internacionales y domésticos	75
D. Clases de arbitraje y principales diferencias	80
1. Arbitraje forzoso y voluntario	80
2. Arbitraje <i>ad hoc</i> e institucional	80
3. Arbitraje de equidad y de derecho	82
4. Comparación del proceso arbitral con el proceso judicial. Ventajas y desventajas	84
II. TÓPICOS RELEVANTES EN MATERIA ARBITRAL	91
A. Autonomía de la cláusula arbitral	92
B. Principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	104
C. Vías de escape: anti-suit injunctions, medidas antiarbitraje y proceso concursal	113
1. <i>Anti-suit injunction</i>	116
2. Medidas antiarbitraje	123
3. Proceso concursal como control del laudo arbitral	125
4. Vínculo entre los tribunales arbitrales y judiciales en la Argentina	128
PARTE II. NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL DERECHO CONCURSAL	133
I. INTRODUCCIÓN	135
II. CONCEPTO, ETIMOLOGÍA Y OTRAS DENOMINACIONES DEL PROCESO CONCURSAL	136
III. ASPECTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO CONCURSAL. HITOS Y SURGIMIENTO DE LOS INSTITUTOS	141
A. Derecho romano	141

	Pág.
B. Derecho estatutario, las ferias, las ciudades y el Medioevo	145
C. Derecho francés. El código Napoleón y normas posteriores	148
D. Derecho italiano. El real decreto 267/42	153
E. Derecho inglés y angloamericano. Particularidades	156
F. Conclusiones sobre el devenir histórico. El Derecho español y alemán	159
IV. PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS CONCURSALES	160
A. Los principios concursales	160
B. Presupuestos concursales	164
V. FUENTES LEGALES NACIONALES E INTERNACIONALES DEL DERECHO CONCURSAL	166
A. Fuentes internacionales	166
1. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza	167
2. Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia	170
3. Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre Insolvencia en la UE	172
4. Código Bustamante	175
5. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940	176
B. Fuentes domésticas	182
1. Estados Unidos	182
2. Inglaterra	185
3. Francia	187
4. Suiza	189
5. España	190
6. Perú	194
7. Colombia	200
8. México	204
VI. NOTAS Y CARACTERES ESENCIALES DEL DERECHO CONCURSAL	209
VII. ALGUNA NOTICIA HISTÓRICA DEL DERECHO CONCURSAL EN LA ARGENTINA	210

PARTE III. ARBITRAJE COMERCIAL Y DERECHO CONCURSAL EN EL DERECHO COMPARADO	213
I. NORMAS DOMÉSTICAS EN EUROPA Y AMÉRICA SOBRE ARBITRAJE Y CONCURSO	214
A. Estados Unidos	215
B. Inglaterra	215
C. Francia	216
D. Suiza	217
E. España	218
F. Perú	219
G. Colombia	219
H. México	220
II. CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE DERECHO CONCURSAL Y ARBITRAJE	221
A. Convención de Nueva York de 1958	221
B. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional	222
C. Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza	222
D. Ley de Insolvencia de la UE	223
E. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940	223
F. Código Bustamante	223
G. CIDIP I - Acuerdo Arbitraje Comercial Internacional	223
H. Conclusiones	224
III. CUESTIONES ARBITRALES EN EL CONCURSO Y LA QUIEBRA	225
A. Insolvencia y arbitraje desde la perspectiva de los tribunales arbitrales de la ICC	226
1. Consecuencias del concurso de una de las partes sobre la iniciación de un arbitraje	227
2. Consecuencias del concurso de una de las partes sobre arbitrajes en curso	230
3. Consecuencias del concurso de una de las partes sobre laudos arbitrales	231

	Pág.
4. Breves apuntes sobre el caso «Vivendi» y sus repercusiones	233
B. Estados Unidos	235
C. Inglaterra	243
D. Francia	246
E. Suiza	251
F. España	255
G. Perú	265
H. Colombia	270
I. México	275
PARTE IV. ARBITRAJE COMERCIAL Y DERECHO	
CONCURSAL EN LA ARGENTINA	279
I. INTRODUCCIÓN	280
II. FUENTES DEL ARBITRAJE EN LA ARGENTINA	281
A. Introducción	282
B. Regulación del arbitraje en el Nuevo Código	282
1. Cuestiones generales del arbitraje en el Nuevo Código	283
2. Cuestiones particulares del arbitraje en el Nuevo Código ...	286
C. Normas en el ordenamiento civil que delimitan las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje	300
D. Normas de Derecho doméstico sobre arbitraje	301
1. Disposiciones en el Código Civil en materia de arbitraje	302
2. Disposiciones en el Código de Comercio en materia de arbitraje	303
3. Disposiciones en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en materia de arbitraje	304
4. Disposiciones en la Ley de Seguros (N° 17.418) en materia de arbitraje	311
5. Disposiciones en la Ley de Navegación (N° 20.094) en materia de arbitraje.....	312
6. Disposiciones en la Ley de Mercado de Capitales (N° 26.831) en materia de arbitraje	313
7. Disposiciones en la Ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240) en materia de arbitraje	314
	519

	Pág.
8. Disposiciones en el Código Penal de la Nación en materia de arbitraje	315
9. Disposiciones en la Ley de Concursos y Quiebras (N° 24.522) en materia de arbitraje.....	315
10. Disposiciones en la Ley de Sociedades (N° 19.550) en materia de arbitraje	316
11. Disposiciones en la Ley de Aseguradoras (N° 20.091) en materia de arbitraje	316
E. Normas de derecho internacional sobre Arbitraje	317
1. Tratados de Montevideo de 1889	317
2. Tratados de Montevideo 1940	317
3. Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras	318
4. Convención de Montevideo de 1979	318
5. Convención de Panamá de 1975	319
6. Protocolo de Cooperación y Asistencia jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa	319
7. Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR	319
8. Tratados de Protección Recíproca de Inversiones	319
III. ARBITRABILIDAD DEL DERECHO CONCURSAL	320
A. Introducción	320
B. Sobre los fundamentos de incorporación de temas concursales en las cláusulas arbitrales o acuerdos compromisorios	322
C. Tratamiento de los temas concursales indisponibles por las partes	325
D. Sobre posibles temas concursales o relacionados con el concurso (preventivo y de quiebra) que pueden ser previstos y pactados en cláusulas compromisorias o compromisos arbitrales	329
IV. DEL ARBITRAJE Y EL CONCURSO PREVENTIVO	333
A. Introducción	333
B. Los recaudos de la demanda de presentación en concurso. La buena fe y los temas arbitrales	335

	Pág.
C. Carencia de normas expresas	337
D. Fuero de atracción y arbitraje	337
1. Las leyes 19.551 y 22.917. Criterios jurisprudenciales	338
2. Un nuevo precedente. La ley 24.522. Otro precedente importante	341
3. La ley 26.086. La ley 26.684	345
4. A manera de resumen	346
E. El arbitraje, la jurisdicción arbitral y los contratos con prestaciones recíprocas pendientes	347
F. Proceso de verificación y arbitraje	351
G. La suscripción de cláusula compromisoria o acuerdo arbitral con concurso preventivo en trámite	351
H. El síndico como parte necesaria en los procesos arbitrales	353
I. Medidas cautelares y procesos arbitrales. Ley 26.086	354
V. DEL ARBITRAJE Y EL CONCURSO DE QUIEBRA	355
A. Las normas legales —arts. 134 y 182 LCQ—. Fuentes	356
B. Análisis del art. 134 de la LCQ	359
1. Fundamentos	360
2. Técnica legislativa	361
3. Marco objetivo, temporal y subjetivo de la norma en cuestión	362
4. El principio y su excepción, ¿una doble excepción?	368
5. Algunas cuestiones procesales. Procesos universales concursales en que se aplica. Litisconsorcios	372
6. El fallido como actor. El síndico. Reconvención	376
C. Estudio del art. 134, segundo párrafo, de la LCQ	378
1. Reflexiones de la doctrina	379
2. Supuestos de aplicación de la norma	381
3. Mecanismo autorización. Trámite de la autorización. Resolución o sentencia de autorización. Omisión. Apelación	383
4. Relación entre el trámite arbitral y el proceso universal. Verificación	385
D. Breve esquicio y tratamiento del art. 182 de la LCQ	385
	521

	Pág.
VI. DEL ARBITRAJE Y EL ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL (APE)	387
A. Introducción	387
B. Esbozos doctrinarios en materia de arbitraje y APE	390
C. Sobre el arbitraje y el APE. Diversos temas	391
1. Algunas discusiones sobre el APE y el arbitraje. Cierta identidad conceptual y jurídica. Ventajas de las figuras	391
2. Sobre el arbitraje y el APE. Línea divisoria	393
3. Sobre el APE con cláusulas arbitrales. Alternativas y vicisitudes	397
VII. ALGUNOS TÓPICOS GENERALES EN MATERIA DE ARBITRAJE Y DERECHO CONCURSAL ARGENTINO ...	400
A. Sobre la jurisdicción y sus notas. Algunas pautas liminares	401
B. Sobre los mecanismos de solución a la insolvencia	405
C. El fuero de atracción y la jurisdicción arbitral	406
D. Acciones de ineficacia concursal decididas por árbitros	408
E. Participación de terceros acreedores en arbitraje del concursado	413
F. Limitación de actuación del juez concursal por imperio del principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	416
G. <i>Anti-suit injunction</i> y medidas antiarbitraje	417
H. Las cuestiones en materia de competencia arbitral y competencia judicial	418
I. Determinación de la constitución del Tribunal Arbitral	419
J. Reconocimiento de laudo arbitral en la Argentina en contravención a la LCQ	421
K. Aspectos generales de la verificación de un crédito con sentencia o laudo arbitral	425
L. Notas particulares de la verificación de un laudo arbitral	428
1. Laudo arbitral y verificación	429
2. Impugnación o cuestionamiento al laudo arbitral en sede concursal y los efectos de cosa juzgada arbitral	436
3. Laudo arbitral y avatares posteriores, adaptación o adecuación al escenario concursal	440

	Pág.
4. Verificación de un crédito basado en un laudo de un tribunal arbitral extranjero	442
VIII.DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA RELACIÓN ARBITRAJE-CONCURSO EN EL DERECHO ARGENTINO	446
A. Las fuentes del Derecho internacional privado y la relación arbitraje-concurso	448
B. Otras cuestiones teóricas que se plantean y algunas soluciones jurisprudenciales	451
1. Laudo arbitral extranjero y exequatur, cuestiones generales e implicancias concursales	451
2. Laudo arbitral extranjero y reciprocidad, disquisiciones y planteos de la doctrina en el tema del arbitraje	469
3. Laudo arbitral extranjero y arraigo	473
4. Laudo arbitral extranjero, crédito pagadero en el extranjero, pluralidad de concursos y algunos supuestos del art. 4° de la LCQ	475
5. Subsistencia de la cláusula compromisoria y competencia del tribunal arbitral ante la resolución del contrato y concursamiento preventivo de una de las partes. El caso «Bear Service»	477
C. A manera de síntesis	478
CONCLUSIONES FINALES	481
BIBLIOGRAFÍA	491
ÍNDICE DE DECISIONES RELEVANTES	507

PRÓLOGO

El Derecho comparado es una fuente inagotable de ideas renovadoras para analizar con espíritu crítico cualquier institución jurídica. En este libro de los doctores ESPARZA y MUÑOZ, al que tengo el placer de introducir al lector, las instituciones que se examinan son el derecho concursal y el arbitraje. Aparentemente disímiles, tanto el proceso arbitral como el falencial —ya sea que apunte a la restructuración de las deudas o la distribución y liquidación de los bienes del deudor— suelen entrar en contacto, y a veces en conflicto. Los autores han emprendido la ardua tarea de trazar líneas de pensamiento destinadas a lograr una armonía entre el arbitraje y el concurso.

En pos de este objetivo, en la primera parte de esta obra los autores nos llevan de la mano por el territorio, amplio y diverso, del arbitraje comercial, doméstico e internacional, examinando en detalle la red de tratados, leyes, reglamentos y jurisprudencia desarrollada alrededor del arbitraje, cuya utilización y popularidad continúa en aumento, habiéndose convertido en el principal medio de resolución de controversias internacionales, relegando al litigio judicial a un segundo plano «alternativo». El enfoque es esencialmente comparado; examina tanto la regulación del arbitraje en los códigos de procedimiento como también en el nuevo Capítulo 29 del Libro III del Código Civil y Comercial de la Nación, que regula por primera vez —y ampliamente— al contrato de arbitraje. Si bien esta introducción al arbitraje es amplia y general, los autores prestan atención particularizada a aquellos aspectos del arbitraje cuya comprensión es fundamental, para luego entender las eventuales rispideces que se presentan cuando el proceso arbitral y el concursal se enfrentan con el fin de determinar sus respectivos espacios. De allí la necesidad de considerar —en forma ficticia pero netamente jurídica— al acuerdo de arbitraje «separado», «independiente» y «autónomo» del contrato principal, viabilizando de esta manera la competencia arbitral a pesar de que una de las partes impugne la validez, o la existencia misma, del contrato de arbitraje.

A continuación, los autores exploran, en la segunda parte del libro, tanto el proceso de restructuración como el de liquidación concursal. La perspectiva es, también en esta parte, primeramente histórica, fundamentalmente práctica y esencialmente comparada, aunque sin perder de vista el análisis de las disposiciones de la Ley de Concursos y Quiebras. En simetría con el tratamiento de los

principios aplicables al arbitraje comercial, ESPARZA y MUÑOZ discuten con pulcra metodología la evolución histórica del derecho concursal, examinando el régimen de la quiebra en aquellos países cuyo ordenamiento jurídico tuvo, en mayor o menor medida, influencia en el desarrollo de la legislación concursal argentina (se incluye a Francia, Inglaterra, España, Italia y Suiza), así como también los esfuerzos de armonización en materia concursal hechos por la Unión Europea (Reglamento [CE] N° 1346/2000 sobre Insolvencia en la UE). Tampoco falta un análisis, breve pero sucinto y medular, del difundido Título 11 del Código de Leyes Federales de los Estados Unidos (*United States Code* o USC) y algunas jurisdicciones de América Latina, tal como México y Perú. Esta excursión por el Derecho comparado es complementada con el análisis de los tratados internacionales que intentaron regular, de manera un poco rudimentaria pero pionera, controversias transfronterizas en materia de quiebras (tal es el caso de los Tratados de Montevideo de 1889-1940 y el Código Bustamante de 1928).

En este amplio tratamiento de lo que los autores han modestamente titulado «Notas introductorias sobre Derecho concursal», se incluye un equilibrado análisis de reglas que, a pesar de permanecer dentro de la categoría de «derecho blando» (*soft law*), continúa influenciando toda labor de reforma legislativa en materia concursal. Me refiero a la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia (adoptada en 2004 y 2010), así como también a la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997, ambos instrumentos elaborados por el Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional («CNUDMI», más difundida y conocida por sus siglas en inglés, «UNCITRAL»).

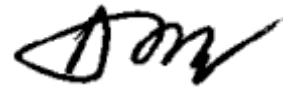
El lector encontrará la parte sustancial de la obra en la segunda mitad (partes III y IV) del libro de los doctores ESPARZA y MUÑOZ, pero le aconsejo, si desea sacar el mejor provecho a su lectura, no entrar en esta parte sin encontrarse, aunque sea superficialmente, familiarizado con las dos primeras partes. Ello porque la relación entre la competencia arbitral y la concursal puede presentarse como conflictiva, a menos que uno entienda los principios y objetivos que inspiran la competencia arbitral y el fuero de atracción del proceso concursal, única manera de vislumbrar las líneas de deslinde que permiten una convivencia armoniosa entre ambos institutos.

No se trata simplemente de trazar los linderos de las funciones de los árbitros y jueces del concurso, sino de comprender cuáles son los límites que imponen el orden público y los derechos de terceros. Para ello, los autores no se enredan en disquisiciones conceptuales o demoradas discusiones acerca de las diversas teorías que inspiran al arbitraje y al derecho concursal. El método de ESPARZA y MUÑOZ está dirigido al abogado en ejercicio, al juez o árbitro que tiene un problema para resolver, o al estudiante que persigue una comprensión de cuáles son los intereses en juego. Logran esto planteando una serie de interrogantes que surgen en la práctica profesional.

Entre las cuestiones planteadas, analizadas y respondidas en este libro, encuentro de particular importancia aquellas que apuntan a determinar si quien se encuentra bajo un proceso de insolvencia (reestructuración o insolvencia) se encuentra legitimado para celebrar un acuerdo de arbitraje (en forma de cláusula compromisoria o compromiso arbitral). Y en el supuesto de que el contrato de arbitraje haya sido celebrado con anterioridad a la apertura de un proceso de insolvencia, qué reconocimiento cabe otorgarle por parte del juez del concurso a esta relación jurídica preexistente.

A las relaciones entre la competencia arbitral y el fuero de atracción que ejerce el proceso concursal cabe agregarles otros puntos no menos importantes, tales como las facultades del síndico (u órgano representativo de los acreedores, ya sea en sede judicial o administrativa) frente a los derechos que surgen del acuerdo de arbitraje, o de un arbitraje ya iniciado o por iniciarse, los derechos de los acreedores concurrentes vis a vis con los derechos derivados de un laudo arbitral que se encuentra firme, y los mecanismos que debe seguir un acreedor para que el crédito nacido de un laudo arbitral sea reconocido por el síndico u homologado por el juez de la quiebra. Como si esto fuera poco, los autores examinan de manera pormenorizada el tipo de controversias o disputas que, aunque generalmente resueltas por el proceso concursal, en él y durante él, pueden ser sometidas a la decisión de árbitros.

No me cabe duda de que los autores no han cubierto todas las cuestiones que conducen a una mejor armonía entre el proceso concursal y el arbitral, pero abrigo menos dudas de que este trabajo, aptamente subtítulo «Perspectivas internacionales y domésticas de una relación en constante evolución», constituye un magnífico aporte, sin precedentes, a la literatura jurídica comparada hispano-americana en general y argentina en particular.



Alejandro M. GARRO

Profesor de Derecho Comparado, Universidad de Columbia
Nueva York (Estados Unidos)

30 de marzo de 2016

INTRODUCCIÓN

El Arbitraje comercial —doméstico o internacional— y el Derecho concursal —aun en los casos transfronterizos— son dos ramas que, por lo general, se presentan opuestas y hasta podrían resultar antagónicas. Ambas datan de antaño, pero en la actualidad podemos observar su notoria popularidad, ya sea a través de la incentivación de políticas de los Estados para que se utilice el arbitraje como mecanismo alternativo de controversias o, en el caso del derecho concursal, por resultar un mecanismo necesario para hacer frente a las diversas crisis económicas que rondan en el mundo.

Este libro no pretende ser solamente una recopilación de normas, doctrina y jurisprudencia sobre el tema. La intención es realizar un análisis teórico-práctico acerca de la relación entre el derecho concursal y el arbitraje en el Derecho comparado, para luego estudiar su situación en la Argentina. Pretendemos brindar, en la medida de lo posible, soluciones a ciertos problemas que pueden enfrentar las partes a la hora de redactar cláusulas arbitrales y de ejecutarlas, respecto de la tramitación de concursos o quiebras. En resumidas cuentas, intentaremos abarcar la relación arbitraje comercial y derecho concursal desde diversas facetas que se les presentan a las partes, a los árbitros y a los jueces.

En las últimas décadas, hemos sido testigos del resurgimiento del arbitraje comercial, tanto doméstico como internacional, en gran medida por la necesidad de las partes de buscar una solución alternativa a los problemas de los tribunales judiciales para resolver las controversias que se le presentan. Ya sea por lentitud, falta de especialidad o simplemente carencia de recursos, el poder judicial no ha podido cumplir acabadamente con las exigencias a las que fue sometido.

El arbitraje comercial, en los últimos tiempos, ha experimentado un avance significativo por la aceptación que ha tenido en las regulaciones internas y, analizándolo más profundamente, por un cambio de concepción filosófica de la teoría de la detentación monopólica de la administración de justicia por parte del Estado.

A su vez, las personas físicas y jurídicas se han visto obligadas a utilizar los mecanismos concursales para afrontar las obligaciones y reestructurar las deudas, o entrar en etapa liquidativa de bienes debido, en gran parte, a causas externas,

como las crisis que han ocurrido en los últimos años, y a causas internas, como la administración ineficiente de los recursos o del negocio. El fenómeno del concursamiento es propio del sistema capitalista. En particular, se basa en la idea de maximizar los beneficios que se han de obtener, y, en caso de no ser posible, de recurrir a la reestructuración o liquidación del negocio o de la sociedad.

Motivados por la importancia del Derecho concursal en la Argentina, y por la relevancia del arbitraje en el mundo, consideramos que la temática tratada en el presente resulta de actualidad. La globalización de los mercados, la rapidez de las transacciones y contrataciones generan que el Derecho comercial deba actualizarse y moverse en dicha dirección. Hoy podemos observar procesos de insolvencia transfronterizos, intercambios internacionales que se ven afectados por la cesación de pagos y acuerdos arbitrales por doquier. Todo ello hace que los dos temas que abordaremos sean de profunda actualidad.

El arbitraje como mecanismo de resolución de controversias es un sistema implementado a lo largo de la historia como alternativa paralela a la instancia judicial gobernada por el poder estatal. Sus primeras apariciones datan de la Edad Antigua. Sin embargo, actualmente se observa su mayor desarrollo y uso a través de diversas instituciones y organizaciones internacionales —tanto públicas como privadas— encargadas de promover y facilitar el acceso a él.

UNCITRAL¹, LCIA², AAA³, ICC⁴, entre otras, han creado diversos reglamentos que, de algún modo, han ayudado a fomentar la inserción global del arbitraje. Es dable destacar también la Convención de Nueva York de 1958⁵, que cuenta con gran adhesión de diversos países, manifestada a través de ratificaciones internas, y que puede considerarse el inicio de un intento de armonización internacional.

Cabe señalar que el arbitraje comercial no sólo se presenta en la esfera internacional, sino que también es muy utilizado en el ámbito doméstico. A partir del reconocimiento de la autonomía de la voluntad conflictual, que otorga a las partes la potestad para someter las contingencias a las que puedan enfrentarse

¹ Para mayor información, *vid.* <http://www.UNCITRAL.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf>.

² Las siglas hacen referencia a «The London Court of International Arbitration», una de las primeras organizaciones internacionales dedicada a las disputas comerciales internacionales. Para mayor información, *vid.* <http://www.lcia.org>.

³ La American Arbitration Association es una organización sin fines de lucro en los Estados Unidos, cuya finalidad es la de proveer servicios acerca de medios alternativos de resolución de controversias a personas y compañías que deseen resolver sus conflictos fuera de una corte. Para mayor información, *vid.* http://www.adr.org/aaa/faces/home?_afLoop=2306902144803910&_afWindowMode=0&_afWindowId=13i8jh29ro_48.

⁴ La Cámara de Comercio Internacional es una de las instituciones más reconocidas en el ámbito del arbitraje comercial internacional. Fue fundada en 1919 y tiene su sede en París. *Vid.* <http://www.iccspain.org>.

⁵ *Vid.* http://www.UNCITRAL.org/UNCITRAL/es/UNCITRAL_texts/arbitration/NYConvention.html.

durante la vida y ejecución de un acto jurídico —comúnmente un contrato—, el arbitraje se transformó en un instrumento muy requerido por los comerciantes.

Diversos países han ido adoptando en sus ordenamientos jurídicos leyes sobre medios alternativos de resolución de controversias y, en particular, sobre arbitraje. Muchas de ellas se sancionaron en consonancia con los reglamentos arbitrales anteriormente citados. Países con tradición comercial marcan el rumbo en esta materia. Entre ellos, pueden destacarse Francia⁶, Inglaterra⁷, Estados Unidos⁸ y Suiza⁹, entre otros.

La Argentina ha regulado el arbitraje a través de la sanción de la Ley nacional 26.994, conocida por ser la que prevé el Nuevo Código. A su vez, la Argentina cuenta con códigos de procedimiento que también han regulado la materia. Pese a ello, la regulación dista de ser moderna, como en los casos de Francia o los Estados Unidos. Como veremos, varias y diversas son las cuestiones que se deben mejorar para poder tener un sistema que apunte a la eficiencia y promoción del arbitraje en la Argentina.

El Derecho concursal se remonta a los orígenes de las primeras corporaciones. Si bien los antecedentes más remotos se observan en el Derecho romano, las instituciones tal como se las conocen en la actualidad —como por ejemplo el desapoderamiento y el concurso preventivo— ya se perfilaron con las notas que aún hoy se mantienen en el Derecho de las corporaciones en la Edad Media. Como se explicará *infra*, el derecho falencial es una herramienta muy utilizada para superar o administrar situaciones de crisis y para recomponer la situación patrimonial en búsqueda de un inicio comercial más próspero.

La LCQ¹⁰ es un estatuto nacional incorporado al CCo —y ahora incorporada al Nuevo Código, pese a las discusiones que existen sobre este punto—, sancionada con el fin de regular el proceso falencial desde sus orígenes hasta su finalización. Como se describirá con posterioridad, la ley prevé dos situaciones de crisis: la primera es el concurso preventivo, mientras que la segunda es la quiebra. Diversos efectos poseen tanto el concurso preventivo como la quiebra respecto de las relaciones jurídicas preexistentes, y no son ajenos a ellos las convenciones arbitrales ni el proceso arbitral. Y a ello se suman, en aspecto

⁶ La Ley de Arbitraje francesa forma parte del Código Procesal Civil de dicho país. Versión en francés: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id>.

Versión traducida al español: http://www.clubarbitraje.com/files/docs/sar_11.pdf.

⁷ Legislación federal autónoma. Versión en inglés: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

⁸ Legislación federal autónoma. Versión en inglés: T. VÁRADY y J. J. BARCELÓ III, *Documents supplement to International Commercial Arbitration. A transnational perspective*, 5ª ed., Saint Paul, West, 2012, p. 104 (American Casebook Series).

⁹ *Ibidem*, p. 130. Es un capítulo de la Ley de Derecho internacional privado de Suiza.

¹⁰ Sancionada en 1995 mediante la Ley Nacional N° 24.522 y sujeta a diversas reformas, la última en 2011, por medio de la Ley Nacional N° 26.684.

sumamente discutido, los conflictos que presenta el acuerdo preventivo extrajudicial.

Las implicancias del proceso de insolvencia varían de acuerdo a los países y las concepciones jurídicas, pero confluyen en un pensamiento en común, la idea de crisis. Por ello, las instituciones jurídicas, durante la etapa de concurso preventivo o quiebra, exhiben diversos matices diferentes a la etapa de un sujeto *in bonis*. Varias relaciones jurídicas se ven afectadas por la iniciación del proceso concursal o falencial, ya sea por la extinción de la relación voluntaria o por decisión judicial o por la continuación con distintos matices.

El arbitraje —como convención autónoma— no es la excepción. Tanto el concurso preventivo como la quiebra de una o de ambas partes afectan al arbitraje de diversas maneras. Puede modificarse el acuerdo ya pactado, puede obligarse a las partes a desestimar dicha elección o incluirse una parte no considerada —como es el síndico—, entre otros efectos que explicaremos con posterioridad. Para lograr llevar a cabo el análisis correctamente, explicaremos las teorías de separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral, el principio *Kompetenz-Kompetenz* y los mecanismos que las partes pueden utilizar para evitar el arbitraje o la sede judicial.

El lector deberá comprender que la intención de estos autores es que la obra sea una adecuada introducción, lo más completa posible, a la temática tratada, tanto desde la esfera concursal como desde la órbita arbitral. Es decir, nuestra voluntad es que, a través de este libro, el lector cuente con un enfoque particular sobre el arbitraje y el concurso, sus relaciones, y conclusiones finales tanto teóricas como prácticas.

Así, intentaremos brindar alternativas para que, antes de recurrir a los mecanismos previstos en la LCQ, las partes las consideren durante las negociaciones en caso de una situación de crisis, o en el supuesto de que la contraparte se concurse o quiebre. Lo que pretendemos es que se puedan evaluar las alternativas que ante tales situaciones se plantean, se maximicen las ventajas del arbitraje y se minimicen los riesgos del concurso al elaborar o redactar el acuerdo arbitral.

Si bien el arbitraje y el derecho concursal merecen su estudio pormenorizado, el trabajo intentará tratar conceptos generales estrictamente relacionados con el objeto de la discusión, que es la relación entre la cláusula arbitral y el proceso concursal. Cuando así lo consideremos, sugeriremos lectura complementaria —que de ningún modo intentará ser de enunciación taxativa, sino orientadora— a fin de poder abarcar en mayor medida los institutos, las teorías o las doctrinas a las que se haga referencia, que por cuestiones de extensión o coherencia con la obra hemos tenido que tratar brevemente.

A través de ejemplificaciones y explicaciones de teorías y regulaciones relevantes en la materia, intentaremos lograr nuestro propósito. Asimismo, creemos conveniente, para alcanzar nuestro objetivo, realizar un análisis de las regulaciones comparadas sobre la temática, debido a que brindan una visión diferente y por ello enriquecedora de los institutos. Esto, sin la intención de aplicarlos directamente

en la Argentina, principalmente, dado que sistemas jurídicos diversos, con culturas disímiles, no tendrían otro efecto que generar confusión en el ordenamiento jurídico y demostrar su errónea e incoherente inserción. En todo caso, y cuando estos autores lo entendemos apropiado, sugeriremos la forma más conveniente para que su inserción en nuestro Derecho sea lo más adecuada posible.

A. IMPORTANCIA DEL TÓPICO ELEGIDO

El avance significativo en materia tecnológica y de los medios de comunicación ha tenido consecuencias positivas en las negociaciones globales entre diversas compañías internacionales y multinacionales, lo cual ha aumentado el nivel y la celeridad de dichas negociaciones. El Derecho, como ordenamiento social justo¹¹, debe evolucionar conforme al desarrollo de las nuevas formas de contratación y a los nuevos parámetros sociales. Dicha evolución debe estar alineada con los principios generales y los valores sociales, para que efectivamente el Derecho pueda ser objeto de la Justicia.

El Derecho hoy no puede ignorar los avances mencionados en el Derecho contractual y conflictual, ni la presencia de nuevos mecanismos de negociación y de superación de crisis. Paralelamente, han reflorado diferentes medios alternativos de resolución de controversias, que permiten acompañar la celeridad de los negocios y las decisiones que se deben tomar. En particular, se destacan la negociación, la mediación y el arbitraje, cada uno con sus respectivos matices. Resaltamos que estos medios han «renacido», debido a que su surgimiento se remonta prácticamente a los orígenes de la organización de personas en sociedad.

El arbitraje exhibe diversos matices y características propias, que imprescindiblemente obligan a los legisladores a prever un ordenamiento autónomo. Como medio alternativo de resolución de controversias, su correspondencia con diversas ramas del Derecho es una realidad, lo que genera la necesaria consideración de las consecuencias de dichas relaciones. Un ejemplo de dicha correspondencia es la que tienen el arbitraje con el concurso y la quiebra.

En la otra esfera se encuentra el Derecho concursal. Es innegable su realidad actual, ya que es una herramienta comercial fundamental que poseen las personas físicas o jurídicas para hacer frente a sus obligaciones en una etapa de crisis financiera o económica, así como también un mecanismo de defensa del crédito y un elemento más del estatuto que integra el crédito del acreedor.

Destáquese que el Derecho falencial no se encuentra delimitado solamente al Derecho concursal, sino también al derecho de quiebras y al acuerdo preventivo extrajudicial. Estos institutos permiten al deudor en estado de cesación de pagos poder, de una u otra forma y con diversos matices, recomponer la realidad económica a la que se intenta hacer frente.

¹¹ J. J. LLAMBÍAS, *Derecho Civil Parte General*, 16ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1995, p. 22.

La obra tratará solamente acerca del Arbitraje comercial nacional e internacional y del proceso falencial de personas físicas y jurídicas. Es decir, no se abordarán conflictos en los que esté involucrado el Arbitraje de Derecho internacional público —como por ejemplo, el arbitraje de inversión—¹² debido a que otros principios confluyen en esta clase de arbitraje, ajenos al objeto de la obra. Tampoco se abordará la compleja y discutida temática de la insolvencia de los Estados.

Cabe destacar brevemente que el Arbitraje de inversión presenta principios propios en la materia¹³, distintos del Arbitraje comercial y, asimismo, diversos requisitos para que quede configurado como tal¹⁴. La participación de un Estado como una de las partes del proceso y los principios de soberanía territorial y nacional son elementos característicos de esta clase de arbitraje. Todas cuestiones que no se presentan en el arbitraje comercial, dado que si un Estado —que puede ser parte de un arbitraje comercial— participa de esta clase de procesos, lo hace desde la órbita de sujeto privado.

En lo que hace al Arbitraje internacional, trataremos también los arbitrajes con laudos extranjeros. Formulamos esta distinción debido a que consideramos que los arbitrajes son internacionales cuando poseen conexiones con diversos países. Así, un arbitraje es internacional porque las partes que se someten son de diversos países, o son del mismo país, pero la sede del arbitraje es extranjera.

En cambio, un laudo arbitral será extranjero cuando sea dictado en un país distinto al país en el cual se pretende su reconocimiento o ejecución, sin perjuicio

¹² A fin de comprender la complejidad de la temática, sugerimos la lectura de A. P. NEWCOMBE, y L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009; J. R. WEERAMANTRY, *Treaty interpretation in Investment Arbitration*, Oxford International Arbitration, 2012 (Oxford International Arbitration Series); J. W. SALACUSE, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University Press, 2013; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009; R. DOLZER y C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2012; T. COLE, *The Structure of Investment Arbitration*, Abingdon, Routledge, 2013; J. CALAMITA; D. EARNEST y M. BURGSTALLER (eds.), *The future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, vol. IV, British Institute of International and Comparative Law, 2013; A. REINISCH y C. KNAHR, *International investment law in context*, Eleven International Publishing, 2008; C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2009; y C. BROWN y K. MILES (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011.

¹³ Debe tenerse en cuenta que en el arbitraje, en general, una de las partes es un Estado nacional con soberanía propia, donde confluyen principios del Derecho internacional privado y Derecho internacional público, razón por la cual el tratamiento del arbitraje es de carácter público. Asimismo, dentro de los principios sustanciales se encuentran el tratamiento al inversor extranjero, la protección respecto de la expropiación y el pago de una compensación justa, entre otros. Para mayor información, *vid.* C. MCLACHLAN; L. SHORE y M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive principles*, Oxford, 2008.

¹⁴ Entre estos requisitos se destacan los siguientes: a) que exista una inversión; b) que dicha inversión esté protegida por un acuerdo de inversión o un acuerdo expreso de sujeción a los términos del acuerdo; c) que la persona sea nacional del Estado que ha celebrado el acuerdo de inversión; y d) que exista algún perjuicio sobre la inversión realizada.

de que sea el mismo país de residencia o incorporación de las partes. A modo de ejemplo, si el actor y el demandado en un arbitraje son de nacionalidad argentina y la sede del arbitraje es Montevideo, el arbitraje será internacional para el Derecho argentino. Por el contrario, si dos partes de Uruguay deciden que la sede del arbitraje sea Buenos Aires, el arbitraje para el Derecho argentino será internacional pero el laudo nacional, y tendrá los efectos del art. 499 y siguientes del CPN.

El análisis del arbitraje de inversión motivaría explicar los orígenes y fines de dicho instituto y las regulaciones internacionales que lo prevén¹⁵. Existen principios rectores de esta clase de arbitraje, que difieren diametralmente del arbitraje comercial, debido a que se tiene en consideración *a*) el trato justo y equitativo que un Estado le dio a una empresa extranjera que invierte en un país; *b*) la presencia de un Tratado Bilateral de Inversión que garantiza la inversión extranjera en un país determinado; *c*) un accionar de un Estado tendiente a menoscabar los derechos del inversor extranjero; *d*) un perjuicio al inversor extranjero causado por dichas actuaciones; y *e*) el sometimiento a un tribunal de inversión, entre otras cuestiones.

Asimismo, sería imprescindible analizar las características del inversor, su nacionalidad —con los problemas que conlleva estudiar la nacionalidad de una compañía, en especial, por el análisis de la teoría de la incorporación y del asiento principal de sus negocios—, si se encuentra protegido por el tratado entre el país de su nacionalidad y el país de la inversión, y la interpretación que debe darse del término inversión contenido en el tratado bilateral. Como se ve, estamos hablando de otra clase de arbitraje, con elementos característicos y singulares que lo hacen merecedor de extensas obras y tratados para lograr un estudio ordenado y sistemático.

El tema que hemos elegido pregona la relación entre arbitraje y el proceso concursal de una de las partes del arbitraje o de las dos partes, y, si abordáramos la temática en el arbitraje de inversión, deberíamos considerar la insolvencia no sólo del inversor, sino también el posible estado de cesación de pagos de países soberanos¹⁶, cuestión por demás debatida en la doctrina contemporánea y que no encuentra opiniones pacíficas en cuanto a su posible configuración.

La importancia del tópico —arbitraje y concurso— también se puede observar desde una óptica ontológica. Ambas estructuras jurídicas poseen sus propios valores y características que, en ciertos estadios, las tornan incompatibles. Desde un aspecto filosófico, tanto el arbitraje como el Derecho concursal exhiben matices particulares, diferentes a las demás ramas del Derecho. En conjunción, cada uno busca maximizar sus características abarcando y modificando a las demás ramas del Derecho con las que deben relacionarse.

¹⁵ Hacemos especial mención a los arbitrajes de inversión que se promueven a través de el ICSID, regidas bajo la órbita del Banco Mundial.

¹⁶ Ejemplos de esta situación pueden ser la Argentina, Chipre, Grecia, cada uno con sus características.

Creemos también conveniente poner de manifiesto las diferencias filosóficas que estos dos instrumentos jurídicos poseen. En especial, si se toma en cuenta la *ultima ratio* del proceso concursal como un todo y del proceso arbitral. Las diferencias filosóficas no impiden lograr que ambos institutos puedan confluir en un objetivo común, que es el de resolver una disputa —ya sea universal o particular—, atendiendo a los intereses y pretensiones de las partes.

De un análisis sobre la finalidad del concurso se desprende que esta estructura jurídica tiene como objetivo la reestructuración, salvataje o liquidación del patrimonio de una persona que no puede hacer frente a sus obligaciones, o dicho en otras palabras, en estado de cesación de pagos. Ello con el objeto de poder hacer frente a las obligaciones contraídas anteriormente a la iniciación del proceso.

Entre las características principales del proceso concursal encontramos que es un proceso universal, que afecta todos los derechos y las obligaciones contraídas por el sujeto en concurso —a excepción de aquéllos que por su naturaleza no son patrimoniales, como por ejemplo, las acciones del derecho de familia—, y que es el fuero de atracción una de sus herramientas esenciales para lograr dicho cometido. En los términos de HEREDIA CERVANTES, sobre la base de dicho accionar se vislumbra «el imperialismo del derecho concursal»¹⁷. La visión del Derecho concursal abarca una colectividad de elementos, como el deudor, su patrimonio, los acreedores, el síndico, los empleados del deudor, el fisco, entre otros.

El arbitraje posee una finalidad opuesta. Es un mecanismo de resolución de controversias de carácter individual, alternativo, flexible, en el que los procesos colectivos no son moneda corriente. El objetivo del arbitraje es brindar un proceso de justicia alternativo al que ofrece el Estado, considerando los intereses y las pretensiones que tienen las partes al momento de pactar el acuerdo arbitral y durante su ejecución. En términos filosóficos, el arbitraje permite la aplicación de la justicia en el caso concreto.

Así, el arbitraje y el concurso tendrían fines contradictorios, que al momento de su conjunción brindarían un choque de filosofías distintas. Sin embargo, no creemos que ello implique necesariamente que estas finalidades diversas sean un elemento obstativo para lograr una armonía entre ambos institutos, tanto a la hora de legislar como a la hora de interpretar. Es decir, tanto los partícipes del proceso como los encargados de legislar e interpretar deben lograr que el arbitraje y el concurso no se excluyan, sino que, más precisamente, se complementen.

Entendemos que diversas vías pueden permitir lograr una simbiosis entre el arbitraje y el proceso concursal, como pueden ser: *a)* la decisión del juez del concurso de facilitar el arbitraje; *b)* la incentivación del arbitraje para cuestiones que pueden ser sometidas a dicho mecanismo; *c)* la regulación de la arbitrabilidad de materias concursales; y *d)* el correcto delineamiento de las funciones de los árbitros y de los jueces para que no se superpongan las tareas, entre otras. Sin

¹⁷ I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje y concurso internacional*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008.

embargo, estas cuestiones no pueden ser interpretadas de manera absoluta, sino a través de la consideración de límites impuestos por el orden público y el de no afectar derechos de terceros.

B. ESQUEMA DE TRABAJO

Este libro intentará abordar diversos problemas y circunstancias que exhibe el arbitraje cuando una o ambas partes se encuentren inmersas en un proceso falencial —ya sea de reestructuración o de quiebra—. A tal efecto, se analizarán opiniones, decisiones judiciales y arbitrales, y legislación tanto comparada como nacional. Se llevará a cabo un paneo general del Derecho comparado, mostrando la regulación y las decisiones de las influencias recíprocas del arbitraje y el proceso concursal, para luego culminar la obra con el análisis del Derecho argentino.

En particular, resaltamos que la obra mostrará algunas aristas de la relación existente entre el arbitraje y el Derecho concursal, por la cual este último influye de manera directa en el proceso arbitral —antes de su conformación, durante el proceso y al momento de la ejecución del laudo—. Las consecuencias de esas influencias revisten gran importancia y pueden ser de interés para debate de la doctrina, árbitros, jueces y legisladores, debido a que podrían llegar a brindar nuevas herramientas para mejorar la toma de decisiones tanto para fallar como para legislar.

La Parte I estará dedicada al Arbitraje comercial doméstico e internacional. El objetivo de esta parte es explicar cuestiones particulares del arbitraje, necesarias para luego poder tratar el tema objeto del libro. En primer lugar, analizaremos la definición de arbitraje, la etimología del concepto y las distintas teorías que justifican la naturaleza jurídica del instituto.

En segundo lugar, haremos una breve mención a los distintos tipos de arbitraje que se hallan en la doctrina y en las legislaciones, y sus principales diferencias con la jurisdicción judicial. Variada doctrina clásica existe sobre este tema, por eso consideramos más conveniente centrarnos en la confidencialidad y los costos como principales diferencias.

En tercer lugar, abordaremos el tema de las fuentes del arbitraje, tanto de carácter público como de carácter privado. Así, atenderemos a aquellas fuentes que tienen naturaleza internacional y nacional, al acuerdo de arbitraje y a los reglamentos de arbitraje de organizaciones arbitrales, siguiendo el esquema predicado por diversos tratadistas sobre el tópico.

Culminaremos esta parte con la discusión sobre temas actuales del arbitraje, de vital significado para el estudio que nos compete, como son la teoría de la separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral, el principio de competencia-competencia (*Kompetenz-Kompetenz*) y las vías de escape (*Getaway Issues*). Tanto los principios, las características, como las teorías mencionadas anteriormente, que

van a ser desarrolladas en el transcurso de la obra, revisten gran importancia para comprender la relación entre el derecho concursal y el arbitraje.

La Parte II se centrará en el estudio de la regulación y los principios generales en materia de derecho concursal, tanto el proceso de reestructuración como el proceso de liquidación. En primer lugar, se desarrollará el concepto de derecho concursal, sus caracteres y notas distintivas.

Luego, brindaremos un detalle de las fuentes legales del derecho concursal, tanto domésticas como internacionales. Ello será el escenario preliminar para luego poder abordar el estudio comparado de la relación arbitraje y Derecho concursal en algunos países destacados del mundo. Concluiremos esta parte con el tratamiento de los principios reinantes en materia de Derecho concursal.

Resulta de vital significado este estudio porque, tal como se ha mencionado antes, el Derecho concursal es el Derecho en una situación de crisis, en la que los institutos y principios se ven afectados por esta situación. Pero para comprender como influye la reestructuración o la quiebra en el arbitraje —y viceversa—, es necesario explicar los principios rectores en el Derecho concursal y las notas esenciales de dicha rama del Derecho.

La Parte III se concentrará en el estudio de la relación entre arbitraje y Derecho concursal en los Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Suiza, España, Perú, Colombia y México, países que hemos elegido de manera discrecional teniendo en cuenta su evolución en materia arbitral, pues son los principales países elegidos como sede de arbitrajes y brindan mayor jurisprudencia en esta relación, entre otros motivos. Sepa disculpar y entender el lector aquellas omisiones o imprecisiones en el tratamiento del Derecho comparado. Éste se ha efectuado teniendo en cuenta la opinión de la doctrina y jurisprudencia que se ha hallado en esta materia.

Para efectuar este estudio, primero nos enfocaremos en determinar aquellas normas previstas en las leyes concursales de dichos países relacionadas con el arbitraje, y viceversa, es decir, aquellas cuestiones concursales previstas en las leyes arbitrales. Ello nos permitirá observar el marco regulatorio de la relación. Seguidamente, trataremos las normas internacionales en materia de insolvencia y de arbitraje y la previsión de la relación.

Una vez determinado el marco legal, haremos el desarrollo de la relación arbitraje y concurso en los países ya mencionados —previo análisis de la relación arbitraje-concurso desde la óptica de la ICC— en atención a cuatro grandes interrogantes: *a)* ¿quién se encuentra legitimado o capacitado para acordar una cláusula arbitral cuando una de las partes está bajo un proceso de insolvencia —reestructuración o liquidación—?; *b)* ¿qué efectos tiene la apertura de un proceso de insolvencia sobre la cláusula arbitral, un arbitraje ya comenzado y la posibilidad de iniciar un arbitraje?; *c)* ¿cuáles son los mecanismos que debe seguir un acreedor para obtener el reconocimiento de un crédito nacido de un laudo arbitral?; y *d)* ¿qué materias concursales son arbitrales?

Destáquese que la idea de analizar el Derecho comparado se hace en un sentido descriptivo y en los términos de GUTTERIDGE¹⁸. En sentido descriptivo, en tanto se emplea el Derecho comparado como descripción y comparación de sistemas jurídicos internacionales¹⁹. En sentido aplicado, debido a que la finalidad de la mención de los ordenamientos jurídicos radica en elaborar teorías y desarrollar cuestiones prácticas en el Derecho nacional²⁰.

La Parte IV hará énfasis en la relación existente entre el arbitraje y el derecho concursal en la Argentina —tomando principalmente como base la LCQ, ya que la Argentina carece de legislación específica en materia arbitral—. En primer lugar, abordaremos de manera introductoria las fuentes del arbitraje en la Argentina, analizando las normas de Derecho nacional y de Derecho internacional en las que se haga mención al arbitraje.

En segundo lugar, nos enfocaremos en el análisis de las materias concursales que puedan estar sujetas a arbitraje. Para ello, haremos un repaso de las normas de la LCQ y del carácter de orden público de ciertas disposiciones. Luego sí nos detendremos en el desarrollo de la relación arbitraje con el concurso de acreedores, el proceso de quiebra y el APE.

En tercer lugar, plantearemos y desarrollaremos —y en algunos casos dejaremos expresadas inquietudes— temas que pueden ser relevantes para explicar, entender y decidir la relación entre arbitraje y Derecho concursal. Entre estos temas se destacan: la posibilidad de que árbitros resuelvan incidentes de revisión o acciones de ineficacia concursal; la participación de terceros acreedores en un proceso arbitral; la limitación de la actuación del juez del concurso cuando hay un arbitraje; el dictado de medidas cautelares a favor del arbitraje; la declaración de constitución de un tribunal arbitral; y el reconocimiento de un laudo arbitral en contravención a la LCQ.

La regulación en materia de concursos y quiebras en la Argentina no ha sido ajena al tratamiento de esta relación conflictiva —aunque de manera limitada, como veremos a lo largo de la obra—. Nuestro ordenamiento concursal prevé en los arts. 4° y 134 diversas contemplaciones en atención a la quiebra transfronteriza y al arbitraje en la quiebra. Sin perjuicio de ello, no existe un análisis sistematizado de estos dos artículos en el que se especifiquen los efectos de la quiebra sobre el acuerdo arbitral, el proceso arbitral y el laudo arbitral. Existen excelentes abordajes parciales que ha efectuado calificada doctrina concursalista y procesalista y a los cuales nos referiremos oportunamente.

No podemos dudar de que el arbitraje se encuentra en un momento central de la literatura jurídica y que cuenta con un futuro promisorio. Sujeto a ello,

¹⁸ H. C. GUTTERIDGE, *El Derecho comparado*, Barcelona, Rafaél Salvá, 1954. Este autor sostiene que el Derecho comparado presenta características propias, diferentes a las ramas del Derecho y es un método elástico para ser aplicado a todas las disciplinas.

¹⁹ *Ibidem*, p. 18.

²⁰ *Ibidem*, p. 20.

entendemos que es necesario concentrarse en ciertas materias que revisten particular importancia en los ordenamientos jurídicos internos y que no siempre han sido abordadas con suficiente independencia y dedicación²¹. En especial, debido a que no es del todo habitual que se presente en la práctica jurídica la confrontación entre el arbitraje y el concurso, en los términos que se explicarán a continuación.

Creemos básicamente que esta obra podría contribuir con el lector al darle mayores herramientas no sólo a la hora de la ocurrencia del conflicto entre ambos campos del Derecho, sino también al momento de negociar los términos del acuerdo de arbitraje, para evaluar la conveniencia de incluir referencias específicas a situaciones concursales y su interacción con el arbitraje.

Enfatizando ello, para los analistas del Derecho mencionamos datos estadísticos que demuestran la confianza que las compañías en el mercado global tienen en el arbitraje, haciendo la aclaración pertinente respecto de la fiabilidad que merecen estas encuestas, y considerando que una de las principales características del arbitraje continúa siendo la confidencialidad²². Así, observamos que la posibilidad de incluir referencias concretas y de regular la relación entre el arbitraje y el proceso concursal en la cláusula arbitral es una realidad palpable que, entendemos, puede ser fundamental para evitar las confrontaciones filosóficas entre ambos institutos y lograr su simbiosis.

Premonitoriamente, en la década de los cuarenta, el maestro italiano CARNELUTTI, al dar a luz sus *Instituciones del Proceso Civil* y en conceptos que mantuvo en las ediciones posteriores, arriesgaba los motivos de desarrollo del arbitraje (si bien no distinguía entre el internacional y el doméstico, lo que no viene al caso porque es un tema conceptual e indistinto), los que lucen actuales en una y otra esfera. Decía el florentino lo siguiente²³:

«Las razones por las cuales pueden las partes preferir la solución de la *litis* por medio de árbitros a la solución procesal ordinaria son varias: ante todo la naturaleza de las cuestiones que exijan particular experiencia en quien tiene que resolverlas; la conveniencia de sustraer a la publicidad el proceso; la dificultad de servirse en el proceso ordinario de documentos que no se encuentran en regla con las prescripciones tributarias...».

²¹ En diversas encuestas realizadas por auditores de «*The School of International Arbitration, Queen Mary, University of London*», con la colaboración de White & Case, en 2010 se puede observar que de la consulta se desprende que el 68% de las corporaciones tienen la política de incluir cláusulas de arbitraje o elección de foro —el arbitraje fue elegido en el 92% de los casos—. Asimismo, las empresas prefirieron arbitraje institucional; la ICC fue considerada la más confiable —50% de las empresas la eligen— por sobre la LCIA —14%—, y la AAA —8%—. *Vid.* http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf.

²² En 2012, la ICC recibió 759 pedidos de arbitraje —*vid.* <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>; la LCIA recibió 265 —*vid.* http://www.lcia.org/LCIA/Casework_Report.aspx; mientras que la AAA recibió más de 4200, incluidos el arbitraje doméstico y el internacional en el área comercial — <http://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=%2FUCM%2FADRSTAGE2011201&revision=latestreleased->.

²³ F. CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*, vol. 1, Buenos Aires, Librería El Foro, 1997, p. 118.

Desde un punto de vista del análisis económico del Derecho, en el marco internacional, el arbitraje brinda mayores eficiencias como mecanismo de resolución de controversias²⁴. Asimismo, permite un acceso más fácil y una mayor libertad de elección de los juzgadores. Por consiguiente, resulta más conveniente en términos económicos que los tribunales judiciales. Todavía no existe un mercado perfecto del arbitraje —como se verá con posterioridad, las limitaciones y desventajas del arbitraje lo tornan imperfecto²⁵—, pero las ventajas comparativas del arbitraje respecto de otras formas de resolución de conflictos lo tornan un elemento considerable desde la óptica económica.

En cuanto al derecho concursal, puede observarse la misma tendencia que en el arbitraje. Este derecho ha sido una solución que han adoptado las empresas para recomponer su situación patrimonial o liquidar la compañía para saldar las deudas. A nivel mundial, siempre considerando los diversos matices que cada derecho falencial posee en su ordenamiento interno, las estadísticas demuestran la importancia del proceso concursal dentro de la esfera judicial²⁶.

En resumen, anticipamos al lector que en las próximas páginas encontrará tratado el tema del proceso arbitral ante los procesos concursales (preventivos o liquidativos, domésticos e internacionales, incursionando en el Derecho comparado y un capítulo específico sobre la legislación, jurisprudencia y doctrina argentina) involucrados y relacionados —sin agotar la enumeración y a manera de escueta síntesis—, que confluyen en difícil convivencia y deslinde, al menos respecto de los siguientes temas de neta provincianía o comarca concursal: *a*) el contrato o compromiso arbitral en sí ante la cesación de pagos y los procesos concursales; *b*) las pautas o temas concursales que pueden pactarse o preverse en las cláusulas compromisorias de acuerdo a cada legislación (internacional o local) comprometida; *c*) el compromiso arbitral como uno de los tantos contratos o las denominadas relaciones preexistentes ante la situación concursal; *d*) la cláusula compromisoria y el fuero de atracción; *e*) la sentencia o laudo de los tribunales arbitrales y su relación con los mecanismos de insinuación en los procesos concursales (verificación o similares institutos); *f*) la relación de la cláusula compromisoria con los temas de ineficacia o revocatorias; *g*) la constitución de los tribunales arbitrales y su relación con los actos sujetos a autorización del juez concursal vinculados a tal constitución; *h*) el síndico (o similar órgano, sea judicial o administrativo) del proceso concursal ante las cláusulas compromisorias o

²⁴ B. BENSON, «To arbitrate or to litigate: that is the question», *European Law Journal of Law and Economics*, vol. 8, issue 2, 1999, pp. 91-151.

²⁵ K. HYLTON, «Agreements to waive or to arbitrate legal claims: an economic analysis, Supreme Court economic review», vol. 8, Chicago, University of Chicago Press, 2000, pp. 209-263.

²⁶ A modo de ejemplo, en los Estados Unidos, durante el año fiscal 2012, se registraron 1.261.140 casos de insolvencias presentados ante jueces federales (fuente: <http://news.uscourts.gov/bankruptcy-filings-down-fiscal-year-2012->). En Francia se registraron 658.091 solicitudes de concursos y quiebras (conforme datos del *Baque de France*). Vid. http://webstat.banque-france.fr/en/browseChart.do?DIREN_SECTACT=ZZ&node=5384230&DIREN_OBJET=DF&DATASET=0-.

procesos arbitrales en marcha o por constituirse; y *i*) los acreedores concurrentes ante las cláusulas compromisorias y los arbitrales en marcha o por constituirse.

Amplio —y sólo ejemplificativo, no taxativo o cerrado en temas— panorama que, esperemos, sepamos transitar con alguna —paradojalmente— solvencia que permita aportar nuevas perspectivas al debate. En el presente trabajo hemos intentado recopilar y procesar la legislación vigente, las opiniones doctrinarias y las decisiones jurisprudenciales más relevantes. Este trabajo seguramente presente errores o confusiones, que será necesario clarificar o explicar *a posteriori*. Estos autores están abiertos a cualquier comentario o sugerencia al respecto, para poder lograr fomentar el debate sobre el tópico y generar mayor armonía entre el proceso concursal y arbitral.

PARTE I

NOTAS INTRODUCTORIAS SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL

SUMARIO: I. Nociones elementales del arbitraje comercial. A. Etimología y naturaleza jurídica. 1. Teoría jurisdiccional. 2. Teoría contractual. 3. Teoría mixta. 4. Teoría autónoma o anacionalista. 5. Conclusiones. B. Breves apuntes sobre la evolución histórica del arbitraje en las distintas culturas. 1. Arbitraje en textos religiosos. 2. Arbitraje en la mitología. 3. Desarrollo del arbitraje en la Edad Antigua. 4. Desarrollo del arbitraje en la Edad Media. 5. Desarrollo del arbitraje en la Edad Moderna y Contemporánea. C. Fuentes del arbitraje. 1. Fuentes de Derecho público. a) Fuentes internacionales. b) Fuentes nacionales. 2. Fuentes privadas. a) Acuerdo arbitral. b) Reglamentos arbitrales internacionales y domésticos. D. Clases de arbitraje y principales diferencias. 1. Arbitraje forzoso y voluntario. 2. Arbitraje ad hoc e institucional. 3. Arbitraje de equidad y de derecho. 4. Comparación del proceso arbitral con el proceso judicial. Ventajas y desventajas. — II. Tópicos relevantes en materia arbitral. A. Autonomía de la cláusula arbitral. B. Principio *Kompetenz-Kompetenz*. C. Vías de escape: *anti-suit injunctions*, medidas antiarbitraje y proceso concursal. 1. *Anti-suit injunction*. 2. Medidas antiarbitraje. 3. Proceso concursal como control del laudo arbitral. 4. Vínculo entre los tribunales arbitrales y judiciales en la Argentina

I. NOCIONES ELEMENTALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL

Vasta literatura encontramos respecto del Arbitraje comercial doméstico e internacional. Diversas compilaciones de casos, opiniones doctrinarias y técnicas se han escrito a fin de poder lograr una concreta noción de las características y los elementos de este instituto. No es el propósito de esta obra abundar en detalle respecto de ellos, pero creemos necesario explicar ciertas nociones básicas cuyo conocimiento resulta esencial para poder comprender el objeto del presente libro¹.

¹ M. L. MOSES, *The principles and practice of international commercial arbitration*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2012; A. F. LOWENFELD, *International Litigation and Arbitration*, 3ª ed., Saint Paul, West, 2005; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3ª ed., Kluwer Law International, 2009; J. KLEINHEISTERKAMP, *International Commercial Arbitration in Latin America: Regulation and Practice in MERCOSUR and the Associated Countries*, Oxford University Press, 2005; J. D. LEW; L. MISTELIS y S. KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer International, 2003; P. J. MARTINEZ FRAGA, *The American influences on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge University Press, 2009; E. ONYEMA, *International Commercial Arbitration and the arbitrator's contract*, Londres, Routledge, 2010; J. M. LOOKOFKY y K. HERTZ, *Transnational Litigation and Commercial Arbitration*, 2ª ed., JurisNet, 2004; F. FERRARI (ed.), *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2013; J. M.

El arbitraje ha sido definido de distintas maneras. Sin agotar las citas, y como base metodológica, solamente se transcribirán algunas de ellas. Estos autores siguen la opinión brindada por René DAVID y reproducida en *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* según la cual destacan el instituto del arbitraje comercial internacional como un medio en el cual la resolución de una disputa entre dos o más partes es encargada a una o varias personas cuyos poderes derivan de un acuerdo privado y no de la autoridad del Estado, por lo que deben, en consecuencia, resolver conforme los límites previstos en el acuerdo².

JARROSSON define al arbitraje como «una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos»³.

Otro especialista en el tema, Gary BORN, define al arbitraje como «un medio por el cual disputas internacionales de negocios pueden ser resueltas por acuerdo de partes, por un tercero independiente, aplicando procedimientos neutrales judiciales que permiten a las partes ser oídas»⁴.

De las definiciones propuestas surgen las principales características del arbitraje, que deben ser tenidas en miras por las partes y por los árbitros tanto a la hora de acordar la cláusula compromisoria como al momento de iniciar y resolver la disputa. Así, se logrará evitar grandes conflictos referidos a las diversas interpretaciones de los convenios arbitrales que una cláusula poco clara puede ocasionar o conflictos respecto de las controversias que están previstas, entre otros. Finalmente, será útil que los árbitros y jueces las tengan en cuenta a la hora de decidir su competencia y, en última instancia, lograr una solución justa en el caso concreto.

Previo al análisis de las características del arbitraje, creemos oportuno señalar el significado de «comercial», «nacional» e «internacional», debido a que este libro, como hemos expresado en la Introducción, solamente estudiará la relación proceso concursal/arbitraje comercial nacional e internacional. Encontramos, por ejemplo, que a modo de guía, la Convención de Nueva York de 1958 ha establecido

CHILLÓN MEDINA y J. F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991; J. L. ANAYA, «Arbitraje Societario», *Revista de Derecho procesal*, n° 1, 2007, p. 483; F. GONZÁLEZ COSSÍO, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.

² E. GAILLARD y J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 8, Kluwer Law International, 1999, citando a R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, 5, 1985.

³ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 372 (Bibliothèque de Droit Privé). En francés la definición versa así : «l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci».

⁴ Traducción de los autores; el texto original dice «international commercial arbitration is a means by which international business disputes can be definitively resolved, pursuant to the page "64' parties" agreement, by independent, non-governmental decision-makers, selected by or for the parties, applying neutral judicial procedures that provide the parties an opportunity to be heard». G. BORN, *International Commercial...*, op. cit., p. 64.

lo que se conoce como la «reserva comercial», que no es otra cosa que una reserva que los Estados miembros de la Convención podían adoptar a la hora de la firma, la ratificación o el acceso a la Convención. En dicha reserva, se diferencia el carácter comercial o no comercial del arbitraje, que va a estar determinado por el Derecho nacional del Estado⁵.

Por otro lado, la Ley Modelo sobre Arbitraje carece de una definición precisa del término «comercial». En la Nota Explicativa N° 12 se determina lo siguiente:

«La Ley Modelo no contiene ninguna definición estricta de lo que se entiende por el término “comercial”. En la nota al párrafo 1) del art. 1° se señala que debe dársele “una interpretación amplia” y se enumeran varios ejemplos de relaciones, que podrían describirse como de índole comercial “contractuales o no”. La finalidad de esa nota es soslayar toda dificultad técnica que pudiese surgir, por ejemplo, al determinar las operaciones que deberían regirse por un determinado texto de derecho mercantil que exista en algún ordenamiento jurídico».

Como se puede apreciar, claramente estamos hablando de un término que de por sí resulta muy arduo de definir y, por ende, delimitar. Consideramos que la aproximación propuesta por la Convención de Nueva York de 1958 es la más acertada, pues deja a los Estados la determinación del concepto de «comercial». Ello, debido a que resulta imposible lograr una unificación en cuanto a lo que debe entenderse por comercial sin excluir algunos actos de comercio. Sí precisamos que debe darse una interpretación amplia del término «comercial» en el arbitraje, incluyendo en la mayoría de las ocasiones cualquier acto realizado por compañías o sociedades que haga nacer una disputa de carácter económico⁶.

En lo que respecta a la clasificación del arbitraje como nacional o internacional, en la mayoría de los supuestos este entendimiento se ha dejado en manos de los Estados. Al igual que en el Derecho internacional privado, para determinar el carácter internacional del arbitraje se deben analizar ciertos elementos y contactos con multiplicidad de Estados⁷. Siguiendo a FOUCHARD GAILLARD Y GOLDMAN, estos elementos pueden ser: *a)* nacionalidad y domicilio de los árbitros; *b)* nacionalidad y domicilio de las partes; *c)* lugar de ejecución o de cumplimiento del contrato; *d)* localización de los bienes; *e)* lugar del arbitraje; y *f)* derecho aplicable elegido por las partes, entre otros supuestos⁸.

Sin perjuicio de ello, instrumentos internacionales han dado pautas de interpretación o definiciones de los conceptos, sobre todo, del arbitraje internacional. Un ejemplo de ello es la Ley Modelo sobre Arbitraje, la cual, en el art. 1.3, determina que un arbitraje es internacional cuando:

⁵ Art. I, párr. 3, de la Convención de Nueva York de 1958.

⁶ E. GAILLARD y J. SAVAGE, *op. cit.*, p. 35.

⁷ *Ibidem*, p. 46.

⁸ *Ibidem*, pp. 46 y 47.