



Las materias arbitrables bajo el nuevo contrato de arbitraje.

Analizando los artículos 1649 y 1651 del código civil y comercial. Un reloj que atrasa?

Por Pablo A. Van Thienen

A. Introducción.

El nuevo código civil y comercial al regular el contrato de arbitraje, o cláusula compromisoria, innova en relación a las materias arbitrables sembrando cierta confusión en el mercado pues, mirando atentamente el artículo 1651, me parece estar mirando un reloj que atrasa.

Esta norma saca de la cancha materias que pueden perfectamente ser arbitrables (tanto bajo el arbitraje de *iuris* como el arbitraje *ex aequo et bono*) y, de hecho lo eran hasta hoy sin mayor tropiezo, ni

cuestionamiento por la jurisprudencia y doctrina vernácula.

Pero todo arranca con el nuevo artículo 1649 que fija la siguiente fórmula: *las materias arbitrables son aquellas controversias que surjan de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de derecho privado,...* y donde no esté comprometido el orden público.

Es aquí donde anida el problema puesto que, saber qué controversia derivada de una relación jurídica contractual o extracontractual compromete el orden público es materia no sólo compleja, sino difusa

para el intérprete. Sirva como botón de muestra de esto que afirmo el reciente fallo de la sala F de la CNCivil que excluyó el “orden público” de la norma de pesificación; jurisprudencia que se expande y dilata.

Si vamos un poco más atrás, el mismo código nos trae cierta orientación en relación a los vínculos contractuales donde el orden público aparece relegado a un plano inferior y donde incluso, el propio código se autodefine como “supletorio”, dando lugar así a un derecho privado más flexible, disponible; y por ende, transable. Parece que en las “relaciones jurídicas contractuales” (tal como lo dice el artículo 1651) el carácter supletorio del código encierra, en sí mismo, un mensaje de fuerte contenido práctico para los operadores de derecho: el código nos dice que en el ámbito de los negocios contractuales, el orden público tiene muy poco espacio y un rol muy debilitado.

Si miramos las normas del nuevo código sobre “integración de los contratos” observamos aquí un plano secundario del derecho imperativo, dando lugar a un derecho más contractual y disponible.

No desconozco que dentro de la categoría de normas imperativas están las que tutelan intereses privados y patrimoniales, y las que tutelan el orden público. Las primeras son normas imperativas de orden privado y las segundas

normas imperativas de orden público. Mientras la violación de éstas es imprescriptible e inconfirmable, las primeras son en esencia lo contrario: prescriben y pueden ser confirmadas por las partes. Esa confirmación del acto nulo nos está indicando que la norma imperativa violada es de carácter privado, o sea, de **no orden público**. En este contexto resultará complejo definir qué norma es imperativa y supletoria, y peor aún, cuál de las imperativas será de orden público o no.

Este escollo interpretativo (valorativo) juega un rol vital en el desarrollo del pacto arbitral y su utilización como solución eficaz del conflicto. Con el nuevo artículo 1649 la cláusula compromisoria y por lo tanto el arbitraje como sistema está sometido a un riesgo imprevisible: el “*riesgo de interpretación*” o, más grave: el “*riesgo de valoración*”.

Me pregunto, podrá la cláusula arbitral someter a arbitraje la interpretación de la norma?

Me pregunto, podrá el arbitraje ser de amigables componedores?

Me pregunto, cualquiera sea la naturaleza del arbitraje (de derecho o de amigables componedores) es el laudo apelable?

Demasiadas incertidumbres para arrancar.

1. El arbitraje en materia societaria: Y el orden público?

Si bien el nuevo código acepta el arbitraje en materia societaria pudiendo los socios incorporar cláusulas compromisorias en los estatutos, la noción de orden público cierra las puertas a este sistema eficaz de solución de conflictos. No es poca la jurisprudencia mercantil en material de conflictos societarios donde el orden público ha jugado un papel protagónica; incluso me animaría a afirmar que esta noción ha contaminado seriamente la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales a lo largo y ancho de la República. Es muy fuerte, y se encuentra muy enquistada entre nuestros jueces la noción de orden público en el derecho societario. La nulidad absoluta, insanable e imprescriptible ha calado demasiado hondo e incluso hecho metástasis dentro de todo el sistema judicial. Materias tales como aumentos de capital, prima de emisión, elección de directores, régimen de quórum, convocatoria a asambleas, entre otros temas han sido catalogados como “asuntos de orden público”.

Desde la doctrina del caso Albrecht hasta nuestros días, el orden público ha estado muy presente en nuestros jueces usando y abusando de un concepto difuso que terminó contaminando todo el sistema.

Siendo esto así me pregunto: cuál será la eficacia de una cláusula compromisoria estatutaria?

2. El arbitraje en materia patrimonial-familiar.

Aquí la cuestión se pone más tensa pues el propio código excluye de manera expresa y contundente de la solución arbitral las “cuestiones de familia” (*ver.*, artículo 1651).

A primera vista uno podría entender que las “cuestiones de familia” (a secas tal como lo propone el nuevo código) excluyen del régimen arbitral aquellas cuestiones donde está involucrado el orden público, quedando por lo tanto fuera de la exclusión las cuestiones (patrimoniales) de familia.

Con el nuevo artículo 1649 la cláusula compromisoria y por lo tanto el arbitraje como sistema está sometido a un riesgo imprevisible: el “riesgo de interpretación” o, más grave: el “riesgo de valoración”.

La pregunta que uno debe formularse a esta altura es, si las cuestiones (patrimoniales) de familia involucran orden público. Y aquí estamos nadando en aguas muy turbulentas pues la jurisprudencia acumulada hasta hoy no ha sido pacífica en esta materia. Hay quienes entienden que las cuestiones patrimoniales de familia son privadas, transables y renunciables; y otra corriente que entiende que el régimen patrimonial tiene por objetivo tutelar intereses

privados donde está seriamente comprometido el orden público.

Ahora bien, si miramos el nuevo código y analizamos el actual régimen patrimonial-familiar, observamos con evidente elocuencia un espacio muy amplio para la autonomía de la voluntad. Entran en escena nuevas figuras jurídicas tendientes a regular aspectos económicos, patrimoniales y financieros de la “familia”, como son los acuerdos prenupciales y los convivenciales; cuyo único propósito es permitir a los fundadores “de la familia” regular, precisamente, aspectos patrimoniales.

Incluso el nuevo código habilita a los fundadores de la familia optar por dos sistemas patrimoniales: (i) el régimen de ganancialidad expresamente previsto en el código o, (ii) el régimen privado donde las partes pueden regular sus mutuos intereses patrimoniales buscando acordar un sistema que permita asegurar el bienestar del conjunto (la familia), sin perder de vista el bienestar individual (de las partes).

Esta elección o derecho de opción ahora reconocido en el nuevo código es una pauta de fuerte orientación interpretativa del sistema, y de los derechos en juego, donde

claramente el Estado ha decidido replegarse cediendo a las partes un amplio espacio para que diseñen y configuren sus derechos económicos y patrimoniales como mejor resulte a sus mutuos intereses particulares e intereses comunes.

Resulta llamativo que mientras el código baja un claro mensaje de “libertad de configuración” en el ámbito patrimonial de la familia, al mismo tiempo esté dando un mensaje absolutamente opuesto: *en caso de controversia, ésta deba resolverse por los jueces estatales.*

La pregunta que uno debe formularse a esta altura es, si las cuestiones (patrimoniales) de familia involucran orden público. Y aquí estamos nadando en aguas muy turbulentas pues la jurisprudencia acumulada hasta hoy no ha sido pacífica en esta materia

Es también llamativo que mientras las partes tienen el derecho de optar por uno régimen patrimonial (opción de entrada), al mismo tiempo el Estado no deje a

las partes optar bajo qué sistema deciden dirimir sus controversias contractuales y patrimoniales.

Recordemos nuevamente, que las controversias que giran en torno a relaciones jurídicas contractuales son, en esencia, materia arbitrable. Ergo, todo lo relacionado con acuerdos de convivencia o pactos prenupciales, debería poder estar sometida a árbitros.

Está claro que para el nuevo código la materia patrimonial-familiar escapa al orden público. Y esta es la razón del derecho de opción reconocido en los pactos convivenciales y en los acuerdos prematrimoniales, ahora aceptados por el derecho positivo.

En mi opinión, y con fundamento en lo expresado hasta aquí, las “cuestiones de familia” (como materia no arbitrable) excluye necesariamente las cuestiones patrimoniales que pueden resolverse extrajudicialmente.

3. Cuestión de interpretación de las leyes.

Nos enfrentamos a dos normas que se excluyen entre sí; pero la pregunta del millón es: cuál prevalece?

Veamos:

Por un lado tenemos el artículo 1649 con una fórmula amplia, pero que excluye el orden público; y por el otro tenemos el artículo 1651 con una fórmula restringida a las “cuestiones de familia”. Ahora bien, esta última fórmula es tan restringida que termina siendo al mismo tiempo demasiado amplia. Qué quiso decir el legislador cuando escribió “cuestiones de familia”.

Y aquí caemos en el “riesgo de interpretación” que ninguna de las partes está dispuesta a asumir, y menos, correr con sus costos. Será muy difícil encontrar a algún

abogado dispuesto a correr ese riesgo sumiendo a sus clientes en un conflicto judicial.

A la hora de tener que interpretar la ley, no nos queda otro recurso que caer en manos del intérprete (juez) quien podrá aplicar a dichos efectos los diferentes métodos de interpretación:

(i) El método *gramatical* o literal, (ii) el método *histórico* que permite interpretar la norma acudiendo a la historia del texto legal, (iii) el método *lógico* que busca valerse del análisis intelectual de las conexiones que las normas de una misma ley guardan entre sí o bien, con otras leyes que versen sobre la misma materia, (iv) el método *sistemático* que permite interpretar la norma atendiendo a las conexiones de la misma con la totalidad del ordenamiento jurídico y, por último el método *teleológico* que permite establecer el sentido de la norma considerando el fin, es decir, los objetivos que el legislador buscó regular con la norma.

Está claro que para el nuevo código la materia patrimonial-familiar escapa al orden público. Y esta es la razón del derecho de opción reconocido en los pactos convivenciales y en los acuerdos prematrimoniales, ahora aceptados por el derecho positivo.

Cuál de estos métodos prevalece en la labor interpretativa? Cómo armonizar ambos dispositivos? Cómo hacemos para que la cuestión (patrimonial) de familia sea materia ajena a los jueces estatales?

Un antecedente que preocupa y alarma y que forma parte del método (ii), es que el anteproyecto expresamente disponía en el artículo 1651 que quedaban fuera de la materia arbitrable las cuestiones de familia, salvo las relativas al régimen patrimonial. O sea, la comisión redactora incluía en forma expresa e indubitada a las cuestiones patrimoniales de familia como materia arbitrable. Lamentablemente el legislador lo eliminó del proyecto: cómo podríamos interpretar esta conducta?

Caemos en esa frase mística que nos remite al “espíritu del legislador”.

El precedente “SVR v DAE” es un caso muy interesante que bien vale la pena recordar. En este caso el Dr. Eduardo Roca actuó como árbitro amigable componedor en un juicio de divorcio donde las partes habían celebrado un acuerdo de liquidación de sociedad conyugal. El caso prosperó, el Dr. Roca dictó laudo arbitral inapelable y el diferendo patrimonial se resolvió por cuerda separada y por fuera de los jueces estatales.

Sin duda, e materia arbitral, el artículo 1561 es un reloj que atrasa y nos saca del mundo civilizado.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Pablo A. Van Thienen

