

Pablo PEREIRA BRAUSE

Universidad de Montevideo (Uruguay)

Asociado en Martínez de Hoz & Rueda

pablo.pereirabrause@mhrlegal.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9947-5636>

Recibido: 16/10/2022 - Aceptado: 21/11/2022

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Pereira Brause, Paulo (2022). El proyecto de ley de arbitraje doméstico: una reforma impostergerable.

Revista de Derecho, 21 (42), 105-126. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.6>

El proyecto de ley de arbitraje doméstico: una reforma impostergerable

105

Resumen: El presente trabajo tiene como objeto analizar las principales disposiciones contenidas dentro del proyecto de ley de arbitraje doméstico actualmente a estudio del Parlamento. El estudio se focaliza en la eliminación del compromiso arbitral, la fijación del arbitraje de derecho como regla, la arbitrabilidad de las normas de orden público, la reafirmación de la autonomía del acuerdo arbitral y la reivindicación de las medidas cautelares. A esos efectos, se contrastan las modificaciones propuestas con un análisis crítico de la legislación vigente, para concluir que estamos frente a un proyecto sumamente positivo, que toma como insumo las mejores prácticas a nivel comparado y cuya sanción daría un importante impulso al arbitraje doméstico y a la imagen de nuestro país como centro de referencia para la resolución de disputas en la región.

Palabras clave: Arbitraje, arbitraje doméstico, compromiso arbitral, kompetenz-kompetenz, medidas cautelares.

The domestic arbitration bill: a reform that cannot be postponed

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the main provisions contained in the domestic arbitration bill recently presented before the Uruguayan Parliament. The study focuses on the elimination of the arbitral commitment, the establishment of arbitration at law as a rule, the arbitrability of public policy norms, the reassertion of the autonomy of the arbitration agreement and the vindication of interim measures. To this end, the proposed amendments are contrasted with a critical analysis of the current legislation, to conclude that this is a very positive bill, which takes as input the best practices worldwide, and whose approval would give an important boost to domestic arbitration and to the image of our country as a reference in the region for alternative dispute resolution.

Keywords: Arbitration, domestic arbitration, arbitration agreement, kompetenz-kompetenz, interim measures

106

O projeto de lei sobre arbitragem doméstica: uma reforma que não pode ser adiada

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar as principais disposições contidas no projeto de lei sobre arbitragem doméstica atualmente no Parlamento. O estudo se concentra na eliminação do compromisso arbitral, no estabelecimento da arbitragem em lei como regra, na arbitrabilidade das regras de política pública, na reafirmação da autonomia da convenção de arbitragem e na reivindicação das medidas provisórias. Para tanto, as emendas propostas contrastam com uma análise crítica da legislação atual, para concluir que estamos diante de um projeto muito positivo, que toma como insumo as melhores práticas em nível comparativo e cuja sanção daria um importante impulso à arbitragem interna e à imagem de nosso país como centro de referência para a resolução de disputas na região.

Palavras-chave: Arbitragem, arbitragem doméstica, compromisso arbitral, kompetenz-kompetenz, medidas provisórias.

1. Introducción y plan de trabajo

El Uruguay ha reformado y actualizado su legislación en materia de comercio internacional y resolución de disputas de manera sostenida. Esta actitud es consistente con lo que ya es una política de Estado de atracción y fomento de inversiones, cuya arista jurídica no puede ser soslayada.¹

Así, en 2018 se aprobó la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (N° 19.636) tomando como base las mejores prácticas a nivel comparado reflejadas en la Ley Modelo UNCITRAL, y en 2020 se sancionó la Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920), dando ingreso a la autonomía de la voluntad en materia contractual, luego de más de un siglo de ser retaceada.²

En este orden de ideas se encuadra el proyecto de ley de arbitraje doméstico, presentado en el marco del Programa de Modernización Legislativa y actualmente a estudio de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes, que viene a corregir un largo debe en la materia. Si bien refiere, como su nombre lo indica, a la resolución de disputas internas, el arbitraje internacional y el doméstico no son más que dos caras de la misma moneda, y la vetustez de este último constituye un punto débil del sistema en su conjunto.

El objetivo de este estudio es comentar las principales reformas contenidas dentro del proyecto, y a través de ellas efectuar un análisis crítico de la legislación vigente, para concluir que se trata de una propuesta auspiciosa, cuya aprobación legislativa resulta a nuestro juicio altamente conveniente.

107



2. El proceso arbitral en el CGP. Origen y falencias

No caben dudas que el Código General del Proceso, que en 1989 vino a reemplazar al ya centenario Código de Procedimiento Civil, constituyó una gran innovación en nuestro medio. Su premisa principal, que se desprende de la Exposición de Motivos remitida por el Poder Ejecutivo de la época al Legislativo, era *“la consagración de un proceso mixto (escrito y oral), por audiencia, permitiendo, de esa manera, la inmediatez, la concentración y la publicidad, entre otros de los principios cuya vigencia efectiva es unánimemente reclamada.”*³

Por ello, tampoco puede causar sorpresa el hecho de que el proceso arbitral doméstico no haya sido un protagonista de la reforma, ni mucho menos. Este extremo fue reconocido por los propios autores del Código, los profesores Gelsi Bidart, Vécovi y Torello, al

1 Ya Alberdi (2003) hace casi dos siglos proclamaba en sus Bases que *“La legislación civil y comercial, los reglamentos de policía industrial y mercantil no deben rechazar al extranjero que la Constitución atrae. Poco importaría que encontrase caminos fáciles y ríos abiertos para penetrar en el interior, si había de ser para estrellarse en leyes civiles repelentes. Lo que se avanzaría por un lado, se perdería por otro.”* (p. 113). Más cerca en el tiempo, Vargas Llosa (2018), evocando a Hayek, ha dicho que *“la libertad de producir y comerciar no sirve de nada (...) sin un orden legal estricto y eficiente que garantice la propiedad privada, el respeto de los contratos y un poder judicial honesto, capaz e independiente del poder político.”* (p. 110).

2 Para Fresnedo (2021), la Ley 19.920 *“invierte los términos en materia de autonomía de la voluntad”, estableciendo “como principio general que la ley reguladora de los contratos es la que elijan las partes.”* (p. 74). El Prof. Operti (2022), impulsor de la reforma legal, agrega que *“Esta disposición (...) adhiere a la solución autonomista de aceptación doctrinaria y de derecho positivo, generalizada y de fuerte incidencia en el comercio internacional. Se deja así de lado la solución preceptiva de los Tratados de Montevideo y Apéndice del Código Civil y constituye una de las innovaciones de la LG de mayor importancia”* (p. 35).

3 Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, No. 243, T. 313, 13 de abril de 1988, pp. 210-211.

afirmar que el mismo “*se regula en el anteproyecto sin mayores variantes en relación al régimen vigente, agregando, solamente, algunas disposiciones que procuran acordarle una mayor agilidad y efectividad.*”⁴ Más aún, en el seno de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, que se abocó al estudio pormenorizado del proyecto de Código junto con sus autores, no se dedicó especial atención al tema, siendo efectuadas modificaciones de estilo al articulado.⁵ El CGP fue aprobado con el proceso arbitral prácticamente intacto, *warts and all*.

En el día a día parlamentario y político hay ciertos asuntos que concitan la atención y los *flashes*, y otros que, sin perjuicio de su objetiva importancia, pasan desapercibidos. El asunto que nos convoca es un ejemplo paradigmático de ello. Incluso al tratarse lo que a la postre resultó siendo la Ley 19.090, la gran reforma y actualización del CGP, se efectuaron ciertos ajustes al proceso arbitral, pero posponiéndose una vez más la reforma holística que requería y requiere. Al respecto, Pereira Campos (2015) considera que si bien se trató de:

una ley de excelente técnica legislativa -quizás una de las mejores aprobadas en los últimos años (...) quedaron algunas cuestiones sin analizar en profundidad o, incluso, sin reformar cuando urgían las reformas. En ese grupo de hipótesis puede mencionarse (...) el proceso arbitral que hubiere requerido un mayor impulso y modernización (p. 17).⁶

Este diagnóstico resulta unánime en doctrina. La propia Exposición de Motivos del proyecto de ley es clara al expresar que “*Existe consenso en la academia y en los profesionales que actúan en arbitrajes en cuanto a que la regulación del arbitraje nacional contenida en el CGP debe ser actualizada*”. Arrighi (2014) tampoco deja lugar a dudas:

Tenemos una legislación inadecuada en materia de arbitraje doméstico (...) Las normas del CGP no son adecuadas al arbitraje moderno, no son acordes a los principios del arbitraje moderno recogidos en la enorme mayoría de las legislaciones del mundo y constituyen un escollo para el desarrollo del arbitraje en Uruguay (pp. 13 y 16).⁷

4 Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, op. cit., p. 221. Afirmación por demás discutible, dado que por ejemplo en cuanto a la arbitrabilidad objetiva el artículo 550 del CPC establecía que “*No pueden someterse a juicio arbitral las cuestiones sobre el estado civil de las personas, ni las causas de divorcio, ni las que requieren la intervención del Ministerio Fiscal, como parte, ni las demás en que haya prohibición especial.*” Se ha dicho en doctrina que “*la solución contenida en el Código de Procedimiento Civil no es idéntica a la actual, y sin lugar a dudas era superior, ya que eran taxativas las excepciones al arbitraje y no existía remisión a la transacción con la introducción en la especie del concepto de orden público.*” (Olivera García y Jiménez de Aréchaga, 2000, p. 11). Sobre la falta de correspondencia entre los conceptos de arbitrabilidad y orden público ver Mereminskaya, 2007, pp. 121 y ss.

5 Versiones taquigráficas de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores de fechas 15 de octubre de 1988, pp. 39-46, y 22 de octubre de 1988, pp. 1-25.

6 Arrighi (2014) complementa lo expuesto haciendo un llamado a una “*modernización en sede de arbitraje, totalmente necesaria y que desafortunadamente no fue tomada en cuenta por la Ley No. 19.090*” (p. 16).

7 La doctrina se ha expresado recurrentemente sobre este punto. A título de ejemplo, Arena (2019) considera que es un “*régimen [que] se ha mantenido inalterado por varias décadas, quedando anacrónico en algunos aspectos*” (p. 4) Chalar y Giuffra (2021), además de plegarse a las críticas a la Ley 19.090 en la materia (considerando que las modificaciones efectuadas “*resultan inadecuadas e inconsistentes con las disposiciones consagradas dentro del mismo Título VIII del Código, a la vez que contradicen las soluciones internacionalmente admitidas en materia de arbitraje*”), opinan que “*Es un secreto a voces que las normas que regulan el arbitraje doméstico en el CGP no han acompañado los grandes cambios que ha registrado el arbitraje en los últimos años.*” (p. 87) Por último, para Díaz y Rodríguez (2018), “*La escasa regulación sobre arbitraje está en pocos artículos del Código General del Proceso que, si bien no son muy antiguos en años (...) reflejan concepciones antiguas e inadecuadas sobre puntos relevantes.*” (p. 47).

3. Principales características del proyecto de ley

A la luz de las generalizadas críticas que recibe el proceso de arbitraje doméstico hoy vigente, es sin dudas una buena noticia que el Programa de Modernización Legislativa se haya abocado a su reforma.

El objetivo del proyecto, según Santi (2021), uno de sus corredactores, es “*jerarquizar el arbitraje doméstico, a partir de la actualización de las normas previstas en el CGP sobre él, ajustando sus disposiciones a las corrientes universalmente aceptadas en la materia*”, y su fuente principal la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (p. 36). Asimismo, la Exposición de Motivos señala cinco “*pilares*” sobre los cuales se sustenta la reforma: (i) la eliminación de la solemnidad de la escrituralidad del acuerdo de arbitraje, (ii) la eliminación del compromiso arbitral, (iii) la elección por defecto del arbitraje de derecho, (iv) el fortalecimiento del principio kompetenz-kompetenz, y (v) la admisión de las medidas cautelares arbitrales. Esta enumeración constituirá básicamente la columna vertebral del presente artículo.

3.1 La eliminación del compromiso arbitral

El proyecto de ley sustituye el artículo 473 del Código General del Proceso, donde previamente se asentaba la regulación de la cláusula compromisoria, por otro cuyo *nomen iuris* es “*Acuerdo de arbitraje*”. Luego de definir al instituto, los nuevos numerales 473.4 y 473.5 respectivamente establecen: “*Queda derogada la exigencia de otorgamiento de compromiso arbitral requerida por la legislación anterior*” y “*Declárase que las cláusulas compromisorias perfeccionadas bajo la legislación nacional anterior (...) son válidas y deben interpretarse como acuerdos de arbitraje que permiten acudir directamente al mismo.*”

La Exposición de Motivos señala que con esta enmienda se persigue “*la eliminación del innecesario compromiso arbitral, acto solemne y a veces costoso que en los hechos, en caso de resistencia de su otorgamiento, determina la necesidad de un proceso.*”

Definiendo el término antes de comenzar su análisis, en doctrina vernácula Couture (1960) ha dicho que se trata de un “*Acto jurídico bilateral cumplido en virtud de una disposición legal, de cláusula compromisoria o por voluntad de partes, en el cual se conciertan los detalles relativos a la sumisión de un asunto a la jurisdicción arbitral*”, y lo diferencia de la cláusula arbitral en tanto ésta es una “*Estipulación por la que se conviene que determinadas divergencias que puedan surgir entre las partes serán dirimidas en juicio arbitral y no ante la jurisdicción ordinaria*” (pp. 160 y 169).

Para comprender el presente del instituto y el motivo de sus críticas, conviene retrotraerse hasta sus orígenes. Von Mehren (1986) localiza el nacimiento del compromiso arbitral en el caso *Compagnie l'Alliance v. Prunier*, resuelto por la Corte de Casación francesa en julio de 1843. Explica el citado autor que desde la Revolución de 1789 y durante más de medio siglo, el arbitraje había sido visto con buenos ojos, llegando la Asamblea Constituyente a afirmar que se trataba de “*el método más razonable para resolver disputas entre ciudadanos*” (derivado de la desconfianza que provocaba en los sublevados el Poder Judicial del *ancien régime* (Leray, 1927, p. 6)). Sin embargo, el entusiasmo duró poco. En 1806, ya bajo la égida napoleónica, el artículo 1006 del Código de Procedimiento Civil dispuso que “*todo acuerdo de compromiso que no especifique los asuntos en disputa y*

los nombres de los árbitros será nulo". No obstante, por casi cuatro décadas los tribunales aceptaron las cláusulas arbitrales genéricas y previstas *ex ante*, interpretando que dicho artículo solamente aplicaba a disputas ya sobrevenidas. Ello llegó a su fin cuando, en el caso *Prunier*, la Corte de Casación por primera vez se apoyó en este artículo para anular una cláusula que preveía el arbitraje de disputas que pudieran nacer en el futuro, pero inexistentes al tiempo de celebración del acuerdo. En los hechos, de esta manera hizo inaplicables las cláusulas arbitrales acordadas *ex ante*. En caso de subsistir dudas acerca de la motivación subyacente, el supremo francés consignó su "temor" de que "si estas cláusulas fueran aplicadas, serían adoptadas asiduamente y privarían a los individuos de las garantías ofrecidas por los tribunales" (Von Mehren, 1986, pp. 1046-1047).⁸

A este racconto histórico agrega Cantuarias (1995) que la "reacción del supremo tribunal de justicia francés poco tuvo que ver con consideraciones jurídicas y más con criterios políticos y de manifiesta hostilidad y temor hacia el arbitraje". Más aún, a consecuencia de dicho fallo

los juristas se encargaron de explicar 'jurídicamente' la distinción entre el pacto previo -cláusula compromisoria- y el acuerdo suscrito una vez surgida la controversia -compromiso arbitral-, dando a entender (...) que existían entre ambos contratos grandes diferencias. Sin embargo (...) se olvidaron de que la distinción poco o nada tenía que hacer con el Derecho, sino simplemente con una visión hostil hacia el arbitraje (pp. 243-244).

Si bien Francia fue relativamente ágil en corregir el rumbo⁹, convirtiéndose su sistema judicial en un paladín del arbitraje hasta el día de hoy, el hecho de que el rechazo haya ocurrido en medio de la corriente codificadora de los países civilistas, donde los textos galos eran la referencia por excelencia, hizo que el compromiso arbitral cruzara los océanos. En palabras de Cantuarias (1995): "Desgraciadamente la casi totalidad de las legislaciones arbitrales latinoamericanas han copiado y mantenido inmutable la distinción bajo estudio como si fuera sagrada, despreocupándose, no sabemos si de forma intencional, de sus funestas consecuencias prácticas." (pp. 243-244)

Promediando el siglo XX, al transmutar la percepción de la comunidad internacional respecto del arbitraje y comenzar a valorarse sus virtudes (que no por repetidas deben ser obviadas: celeridad, confidencialidad, especialidad, autonomía de la voluntad, descongestionamiento del Poder Judicial, entre otras¹⁰) la tendencia comenzó a revertirse.

En doctrina se señala a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 como la precursora en la eliminación del compromiso arbitral (Santos Belandro, 2002, p. 64). La siguieron luego, entre otras, la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 y la ley española de arbitraje de 1988.

8 Este fallo fue objeto de críticas en doctrina francesa, con un comentarista expresando que "La debilidad de la argumentación jurídica debería haber animado a la jurisprudencia, al aplicar el principio, a ser lo suficientemente flexible para conciliar el respeto debido a los textos y la necesidad de proteger a las partes." (Leray, 1927, p. 7)

9 En 1865, el Tribunal de Apelaciones de París entendió que si la ley aplicable a la cláusula arbitral no requería compromiso posterior, el art. 1006 no resultaba aplicable, y en 1899 la propia Corte de Casación adhirió al razonamiento (considerando que el art. 1006 no revestía naturaleza de orden público). Finalmente, en 1925 se modificó el Código de Comercio permitiendo la remisión *ex ante* a arbitraje, tanto en contratos domésticos como internacionales. (Von Mehren, 1986, pp. 1048-1050).

10 Gary Born (2016), acaso uno de los mayores exponentes mundiales del arbitraje tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, lista las siguientes ventajas de este sistema de resolución de disputas: neutralidad, competencia comercial y expertise de los decisores, inapelabilidad, autonomía de la voluntad, flexibilidad procesal, costo, velocidad, confidencialidad y facilidad de ejecución (p. 7).

La exposición de motivos de esta última, 35 años a la distancia, retiene una notable actualidad:

Se elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que efectuaba la ley de 1953 (...) Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente (Caivano, 1997).

Para valorar el atraso de la legislación nacional en este aspecto, estas palabras ya habían sido escritas y esta ley promulgada al discutirse la reforma del Código de Procedimiento Civil, en la cual la eliminación del compromiso arbitral no fue siquiera planteada.

En 1996, cuando Perú reformó su ley de arbitraje dejando de lado al compromiso arbitral, Cantuarias (1995) se despachó contra el mismo con duros términos: es un procedimiento “*absurdo y penoso*” que da lugar a un “*nefasto intervencionismo del Poder Judicial*” (pp. 241 y 261). Al año siguiente, en doctrina argentina se lo consideraba “*una institución inconveniente*”, y se señalaba a Argentina, Brasil y Uruguay como las pocas legislaciones que lo mantenían (Caivano, 1997). De esto hace ya un cuarto de siglo.

En nuestro país, la doctrina se ha pronunciado por su rechazo también de manera unánime. Así, Arrighi (2014) ha dicho que “*resulta imperioso que una reforma del CGP (...) contemple (...) la derogación de la necesidad del otorgamiento de un compromiso arbitral cuando existe una cláusula arbitral.*” Sus efectos nocivos se manifiestan en que “*basta con que una de las partes signatarias de la cláusula compromisoria sea renuente al otorgamiento del compromiso, para que esto pueda dificultar y retrasar largamente el inicio del arbitraje*” (p. 16). En la misma línea, para Arena (2019),

un paso necesario y atrayente, si pretendemos fomentar y desarrollar el arbitraje en nuestro ordenamiento, sería eliminar el compromiso arbitral. Ello terminaría de permitir el despegue de la herramienta arbitral, redundando en un claro beneficio a los justiciables y a la abogacía uruguaya que con la generación de una cultura arbitral, seguramente se transforme también en depositaria de la resolución de conflictos de jurisdicciones vecinas (pp. 7-8).

El problema de raíz que acusa el compromiso arbitral radica en que se convierte en un obstáculo que impide a las partes alcanzar lo que buscaron al pactar el recurso al arbitraje, y otorga a la parte incumplidora o desinteresada en una rápida solución de la contienda una importante herramienta dilatoria. La cláusula arbitral, suscripta cuando las partes se aprestan a comenzar una relación contractual y lejos de todo encono -lo que la doctrina norteamericana ha denominado con su habitual ingenio la “*champagne clause*” (Holtz, 2016)- pierde su razón de ser si para efectivizarla se debe volver a acordar una vez surgida la disputa o, en subsidio, recurrir a la justicia étatica.

Más allá de la inconveniencia conceptual del compromiso arbitral, es posible individualizar al menos cuatro perjuicios concretos que el régimen actual puede causar a todo arbitraje doméstico, que Arena releva en un estudio de gran interés práctico.

En primer término, el compromiso es un acto solemne, que conforme al artículo 477 del CGP (cuya derogación también postula el proyecto) debe otorgarse en escritura pública o acta judicial, so pena de nulidad. Así, aún en la idílica hipótesis de que, una vez surgida la controversia, ambas partes estén de acuerdo en otorgar el compromiso y elijan hacerlo mediante escritura pública para comenzar ágilmente el arbitraje, deberán abonar al menos, según el Arancel de la Asociación de Escribanos, 12 Unidades Reajustables.¹¹

En segundo lugar, la naturaleza jurídica del requisito de solemnidad del compromiso ha propiciado un debate en torno a las consecuencias de su no observancia, esto es, si la nulidad resultante será relativa o absoluta, cuyo análisis excede el objeto del presente artículo.¹² Sin embargo, sobre el punto basta afirmar que la inobservancia de la forma al celebrar el compromiso engendra el riesgo y la incertidumbre jurídica de una potencial anulación del laudo, adicionando más problemas a un sistema cuya misma razón de ser es la agilidad y la certeza.

Solamente estos motivos darían fuertes argumentos a la corriente derogatoria. Sin embargo, el verdadero problema comienza en caso de resistirse una de las partes a otorgar el compromiso, donde necesariamente el proceso se judicializa, precisamente lo que se buscaba evitar al pactar el arbitraje. Arena (2019) en su multicitado trabajo estima que el otorgamiento judicial del compromiso, que tramita bajo el proceso incidental y es de instancia única, insume una duración mínima de entre 6 y 8 meses (p. 7)¹³

Por último, y en cuarto lugar, entra en juego la interpretación en sede judicial de la 'resistencia' de una parte a otorgar el compromiso, única causal por la cual puede otorgarlo el Juez. Esta decisión, inapelable, se deja en manos de un Juzgado de Primera Instancia sin posibilidad de ser revisada en alzada. La inconstitucionalidad de este artículo ya fue tentada, siendo desestimada por la Suprema Corte de Justicia en línea con su jurisprudencia pacífica sobre la constitucionalidad de la instancia única en materia civil.¹⁴ Decíamos que su interpretación es problemática porque de entenderse que la misma no era tal, o de desestimarse la demanda por falta de jurisdicción, el proceso queda trunco. Esto fue lo que aconteció en un caso ventilado ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de 18° Turno, que recoge Arena, y que resulta por demás ilustrativo.¹⁵

Como expresa Caivano (1997):

este status de 'pactum de contrahendo' que se atribuye a la cláusula compromisoria (...) ha contribuido a que el arbitraje sea visto como un sistema inoperante: el compromiso arbitral ha sido históricamente una de las más importantes fuentes de litigios y demoras en su implementación, y uno de los más sólidos factores impeditivos para la aceptación del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas.

11 Tomando la Unidad Reajutable vigente a la fecha de redacción del presente estudio, el costo de la escritura rondará los 17.850 pesos uruguayos, aproximadamente 420 dólares. A este monto base se le deben adicionar IVA y gastos asociados.

12 En resumidos términos, de entenderse que el requisito de solemnidad reviste naturaleza procesal, sería aplicable el artículo 111 del Código General del Proceso y la nulidad sería relativa (y no reclamable por la parte que concurrió a causarla; por tanto blindando un compromiso suscripto por ejemplo en documento privado por ambas partes). Sin embargo, de considerarse que el compromiso es un contrato, devendrían aplicables los artículos 1261 y 1560 del Código Civil, tornando a la nulidad absoluta. Existe jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno adhiriendo a la tesis procesalista (Sent. 130/2007). Para doctrina a favor, ver Arena, 2019, p. 6. En contra, ver Malel, 2011, pp. 213 y ss.

13 Para Couture (1945), "en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas de triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado. Quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate" (p. 37).

14 Sentencia 691/2018. Esto se debe a que la doble instancia en el fuero civil tiene origen legal, estando garantizada a nivel constitucional solamente en materia penal. Ver también, entre muchas otras, y de diversas materias, Sentencias 220/2017, 294/2016, 15/2008 y 193/2005.

15 Se trata de la Sentencia 2093/2019. Para mayor desarrollo, ver Arena, 2019, pp. 6-7.

En síntesis, si por algo debe ser reconocido este proyecto es por la a estas alturas indispensable reforma que propone al eliminar el compromiso arbitral del arbitraje doméstico. Sin embargo, no por ser éste a nuestro juicio el punto alto, dejan de tener relevancia otros que serán expuestos a continuación.

3.2. La regla del arbitraje de derecho

El proyecto de ley sustituye el artículo 477 del CGP, que regulaba los requisitos del compromiso arbitral, por otro que lleva como acápite "*Regla del arbitraje de derecho*", estableciendo en su primer inciso que "*A menos que las partes hayan pactado otra cosa, los arbitrajes serán de derecho. El pacto por el cual el tribunal queda habilitado a fallar por equidad debe ser expreso.*" De esta manera, se deroga el régimen hoy vigente, contenido en el artículo 477.5, que establece que ante el silencio de los contrayentes, el tribunal deberá fallar por equidad.

Al respecto, la Exposición de Motivos explica:

La falta de referencia en las cláusulas compromisorias al tipo de laudo, ocasionaba que debieran dictarse por equidad, cuando de regla los litigantes esperan que sus conflictos se resuelvan conforme al derecho que sea aplicable a sus relaciones jurídicas cuando los hechos se suscitaron.

El arbitraje de equidad, también denominado *ex aequo et bono* o de amigables componedores¹⁶, es definido por Born (2021) como aquel en el cual "*los árbitros no están obligados a decidir la disputa de acuerdo con una aplicación estricta de las normas legales sino a la luz de ciertas nociones generales de equidad, igualdad y justicia*" (p. 2987).

Esta modalidad acarrea el inconveniente de restarle previsibilidad al arbitraje -uno de los pilares de todo sistema heterónimo de resolución de disputas- dado que el tribunal decidirá no en función del derecho por todos conocido sino de acuerdo con lo que considere 'justo'.¹⁷ Sin ingresar en consideraciones filosóficas, resulta evidente que la definición de justicia varía de persona a persona, en atención a diversos factores imponderables.¹⁸ De ahí que parece de orden que la regla general sea que los arbitrajes sean decididos conforme a derecho, recurriéndose a la equidad solamente cuando las partes lo hayan previsto de forma expresa. Coadyuvando a este punto respecto de la perniciosidad de que ante el silencio de las partes se resuelva por equidad está la condición de "*midnight clause*" (Holtz, 2016)¹⁹ de la cláusula arbitral, donde ello posiblemente ni siquiera se tuvo en cuenta al momento de contratar.

16 No ignorando que cierta doctrina distingue matices entre ambos términos, en cuanto a la obligación de los amigables componedores de primero buscar la solución conforme a derecho para luego, de requerirlo, ajustarla en consideración de lo 'justo' en el caso concreto, lo que no sería aplicable a un tribunal llamado a laudar *ex aequo et bono*, a los fines de este trabajo los términos se utilizarán como sinónimos. Para un mayor desarrollo, ver Born, 2021, pp. 2987 y ss.

17 Barrios de Angelis (1956) efectúa una interesante exégesis del concepto de equidad, que entiende puede ser abordado desde dos ópticas. Subjetivamente, sería "*el concepto que cada persona tiene de la justicia, resultado de su particular experiencia.*" Objetivamente, consiste en "*la idea de justicia que en un momento dado tiene un determinado grupo social*" (p. 45). A poco que se profundizan estos conceptos, su indeterminación intrínseca salta a la vista.

18 El economista Thomas Sowell (2002) refiere en un ensayo a la célebre frase de Sócrates: "*justicia, si sólo supiéramos de qué se trata*" y fundamenta: "*Llamamos justicia a los principios morales en que cada uno de nosotros cree, cualesquiera que sean. Por tanto, hablamos en círculos cuando decimos que abogamos por la justicia, a menos que especifiquemos qué concepción de justicia tenemos en mente*" (pp. 1-3).

19 Los términos *midnight* y *champagne clause* son utilizados de forma alternativa para referirse a la cláusula arbitral dado que su inclusión solía ocurrir a último momento, adaptando un modelo sin mayor análisis, cuando las partes se disponían a brindar por la conclusión de las negociaciones.

Parece haber consenso en doctrina nacional acerca de la conveniencia de una modificación en este sentido. Por ejemplo, para Arrighi (2014) el régimen vigente “no responde al derecho moderno del arbitraje, tampoco a las expectativas de las partes ni a lo que muestra la práctica en general” (p. 17). Adicionalmente, Santi (2021) considera que la equidad como regla se ha transformado en un “criterio anacrónico y a contrapelo del mundo” (p. 36).

A nivel comparado la tendencia es la misma. Born (2021), aunque refiriéndose al arbitraje internacional, se opone de plano al arbitraje de equidad como regla, entendiendo que “si un tribunal arbitral decide *ex aequo et bono* sin acuerdo de las partes que le otorgue esa potestad, el laudo queda expuesto a una anulación o no reconocimiento por haber sido dictado con exceso de autoridad” (p. 2990). A ello agrega que las partes solamente acuerdan hacerlo “en casos extremadamente raros”, que rondan entre el 2 y el 3% de la totalidad de los arbitrajes (pp. 2987).

Otro exponente de esta corriente es Fernández Arroyo (2015), quien en oportunidad de analizar el contrato de arbitraje incluido en el Código Civil y Comercial argentino, que por defecto remite al arbitraje de derecho, consideró que:

también recepta una tendencia internacional y se aparta de la tan criticada solución inversa (...) las partes suelen pretender que sus disputas sean resueltas en un marco estrictamente jurídico, lo cual no siempre es debidamente aclarado. Muchas veces, la vorágine en la redacción de los contratos, lleva a las partes a focalizarse en su objeto principal, y dado que en un primer momento no se encuentran enfrentadas, no suelen dedicar el suficiente tiempo a la redacción de las cláusulas relativas a la resolución de eventuales disputas.

En la vereda contraria parece situarse Caivano (2008), quien sin perjuicio de reconocer que se trata de “una decisión de política legislativa, respecto de la cual mucho puede opinarse”, concluye: “Nos parece correcta la opción a favor de la amigable composición, forma de arbitraje que consideramos más consustancial, más coincidente con la esencia del sistema” (p. 81).²⁰

Sin perjuicio de opiniones encontradas en la materia, consideramos que este punto constituye un nuevo acierto del proyecto de ley.

3.2.1. Un inciso trascendental: la arbitrabilidad de las normas de orden público

El segundo inciso del artículo 477, en la redacción propuesta por el proyecto, prevé que “La naturaleza de orden público de una norma jurídica, no impide resolver el conflicto a través del proceso arbitral, pero, en tal caso, no será válido pactar el arbitraje por equidad.”

Este agregado, que puede pasar desapercibido en un paneo del proyecto, es a nuestro juicio una de sus disposiciones más relevantes y que, de entrar en vigencia, pondrá fin a un debate aún abierto en doctrina y jurisprudencia, particularmente respecto del arbitraje de conflictos individuales del trabajo.

20 No obstante, el propio Caivano (2006) en otra publicación reconoce que “El principio inverso es el que actualmente prevalece en la legislación comparada y es hoy adoptado en la mayor parte de las instituciones de arbitraje”.

El artículo 472 del CGP dispone que *“Toda contienda individual o colectiva, podrá ser sometida por las partes a resolución de un tribunal arbitral, salvo expresa disposición legal en contrario”*, mientras que el artículo 476 agrega *“No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción.”* Habida cuenta de que el código de rito no define el concepto de transacción, se hace necesario acudir al Código Civil, cuyo artículo 2147 establece que *“es un contrato por el cual, haciéndose recíprocas concesiones, terminan los contrayentes un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.”*²¹

La arbitrabilidad de los conflictos individuales de trabajo en nuestro país fue postulada en un estudio de avanzada del Prof. Pereira Campos (1995) hace ya casi tres décadas. En el mismo, el autor reconoce que:

Apenas comenzamos el análisis del tema pensamos que la respuesta iba a ser negativa. Los antecedentes, la naturaleza del Derecho del Trabajo y la calidad de los derechos en juego, las autorizadas opiniones existentes en doctrina, entre otros factores, nos hicieron pensar a priori que era inviable someter a arbitraje jurídicamente válido un conflicto individual de trabajo (p. 531).

Sin embargo, a lo largo del artículo, que retiene notable actualidad, el autor desgaja los conceptos y las críticas que el arbitraje históricamente ha suscitado, y concluye, en opinión que compartimos, que nada obsta a la sumisión a arbitraje de los conflictos individuales del trabajo.

Una crítica recurrente hacia esta práctica refiere a que tratándose la materia laboral de orden público, por tanto irrenunciable, la misma no podría extraerse de la justicia ordinaria.²² A pesar de que el texto propuesto resuelve la cuestión, dicha posición encierra un error conceptual, dado que los árbitros tienen la obligación de actuar conforme a derecho, y un apartamiento de dicho mandato es justamente una causal de nulidad del laudo. Como con acierto expresa Pereira Campos (1995), *“una cosa es renunciar a someter la resolución de un conflicto a la jurisdicción de los jueces estatales para someterlo a arbitraje y, otra cosa, muy distinta, renunciar a la aplicación de las normas laborales”*²³ (p. 543). Haciendo este reconocimiento, el autor postula la imposibilidad de arbitrar conflictos individuales de trabajo por equidad, posición también recogida por el proyecto.

En suma, y sin perjuicio de que el tema requiere estudios en mayor profundidad, particularmente a la luz de recientes desarrollos jurisprudenciales²⁴, creemos que también aquí el proyecto realiza un aporte de trascendencia al desarrollo del arbitraje doméstico uruguayo.

21 En cuanto a la posibilidad de transacción en materia laboral, el propio Plá Rodríguez (1990) explica con usual claridad que *“En general, se suele admitir la transacción y rechazar la renuncia. Hay dos razones fundamentales. La primera, de carácter teórico, porque la transacción, supone trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto (...) La segunda, de carácter práctico, porque como la transacción es bilateral no significa sacrificar gratuitamente ningún derecho”* (p. 52).

22 Ver, entre otros, Ermida Uriarte, 1983, p. 25, Garmendia, 2018, pp. 217-218, y Loustaunau, 2007, p. 129.

23 El autor fundamenta: *“En efecto, la tutela al trabajador está dada por las leyes laborales, y no por el juez laboral que, en su calidad de tal, al igual que el árbitro, ha de ser siempre imparcial en su ejercicio jurisdiccional”*. Uno de los más lúcidos exponentes de esta línea argumental ha sido la Suprema Corte de Justicia, por medio de la Sentencia 596/2017. Es dable mencionar que la misma es posterior a la entrada en vigencia de la Ley 18.572, que ha sido señalada por algunos autores -en posición que no compartimos- como precluyendo al arbitraje de conflictos individuales de trabajo (Garmendia, 2018, p. 216). Ver también Olivera García y Jiménez de Aréchaga, 2000, pp. 14-16, y Giuffra, 2007, pp. 11-12.

24 Hacemos referencia a la Sentencia 111/2020 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, reseñada por Picardo y Tiscornia, 2021, pp. 15 y ss.

3.3. La reafirmación de la autonomía del acuerdo arbitral

En el artículo 475 del CGP acontecen también cambios de fondo de gran trascendencia. En primer lugar, se agrega el siguiente inciso al art. 475.1: *“El acuerdo de arbitraje es independiente del contrato o relación jurídica de fondo respecto de la cual fue pactado y de sus vicisitudes.”* En segundo lugar, se incorpora un numeral cuarto que dispone:

Una vez opuesta la excepción de falta de jurisdicción por la invocación de la existencia de acuerdo de arbitraje, el juez la sustanciará con las partes. Salvo que exista una clara y manifiesta nulidad del acuerdo de arbitraje, o sea evidente que el acuerdo de arbitraje es ineficaz o de ejecución imposible, el juez remitirá a las partes al arbitraje. El Tribunal arbitral tomará decisión sobre su jurisdicción. La eventual contienda negativa de jurisdicción por haber el juez remitido a las partes a arbitraje y el tribunal arbitral haberse considerado incompetente, podrá ser elevada por cualquiera de las partes al Tribunal de Apelaciones que hubiera entendido en el asunto...

Por último, el nuevo art. 475.5 establece:

La solicitud o comparecencia a audiencia de conciliación previa ante el Poder Judicial no implicará renuncia a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, la homologación de un acuerdo por el juez competente implicará la renuncia al arbitraje respecto de las pretensiones objeto de acuerdo. Las restantes pretensiones podrán ser sometidas a arbitraje.

116

Al respecto, la Exposición de Motivos es clara: se propugna

la aceptación del principio de ‘competencia de la competencia’ (‘kompetenz-kompetenz’) en una versión intensa, según la cual corresponde de regla a los árbitros resolver sobre la existencia, eficacia y alcance de acuerdo arbitral, más allá de supuestos de manifiesta improponibilidad de la excepción, del control de validez del laudo y de nuevos mecanismos para supuestos de contienda negativa de jurisdicción entre el Juez oficial y el árbitro.

Rivera (2018) con razón afirma que *“la lucha por el arbitraje es la lucha por su autonomía”*, y fundamenta: este principio configura

una piedra basal del sistema de arbitraje internacional, extendiéndose al doméstico, y de acuerdo con lo expuesto, en los hechos significa que la nulidad o inexistencia del contrato no implica la invalidez o inexistencia de la cláusula arbitral fundado en que cuando las partes incluyen una cláusula de esta naturaleza están pretendiendo que todas las cuestiones -incluso la validez o nulidad del contrato- queden abarcadas por ella.²⁵

25 El autor señala el primer precedente a este respecto en el vecino país: ya en el lejano 1918 la Corte Suprema en el caso *Otto Franke y Cía c. Pcia. de Bs. As.* entendía que *“Establecido en una ley de concesión y en el contrato respectivo que quedan libradas a la decisión arbitral todas las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y los concesionarios, sin limitación alguna, la cuestión de la caducidad del contrato alegada por la demandada para oponerse a la constitución del tribunal no está excluida de las que deben someterse al juicio de los árbitros arbitradores, los que podrán resolver hasta qué punto sean legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes.”* (Fallos 128:402).

Mucho se ha escrito y mucho se podría escribir sobre los fundamentos de la autonomía de la cláusula arbitral y el principio de kompetenz-kompetenz, pero ello excedería el objeto del presente artículo. Simplemente agregando a la cita de Rivera a modo de marco conceptual de este apartado, es dable mencionar que el kompetenz-kompetenz posee tanto una arista positiva (la tradicional, esto es, que el tribunal está facultado para decidir acerca de su propia competencia) como una negativa, uno de los grandes aportes de Emmanuel Gaillard a esta especialidad. En palabras del recientemente fallecido profesor francés:

Acceptar el efecto positivo del principio de kompetenz-kompetenz y la facultad inherente de los árbitros para determinar su competencia conlleva la consecuencia de que los tribunales nacionales no deban, paralelamente y con el mismo grado de celo, pronunciarse sobre la misma cuestión, al menos al inicio del proceso arbitral. En otras palabras, los tribunales deberían limitar, en esa fase, su examen a una determinación prima facie de que el acuerdo no es 'nulo, inoperante o incapaz de ser ejecutado' (2008, p. 259).²⁶

Esto que venimos de reseñar es precisamente lo que se agrega en el numeral 475.4 del CGP, con una coincidencia prácticamente idéntica en la terminología utilizada, lo que demuestra que la redacción propuesta sigue las mejores prácticas a nivel comparado.

En nuestro país, la insuficiente regulación de este punto es también una de las grandes falencias del régimen que recurrentemente se señalan. En efecto, la versión original del CGP ni siquiera contaba con un reconocimiento expreso de la autonomía de la cláusula arbitral, lo que colocaba un manto de dudas sobre la viabilidad del sistema en su conjunto y facilitaba una importante herramienta a litigantes de mala fe. A este respecto, el profesor Pereira Campos (2003), en un artículo titulado "*Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo*", argumentó de manera persuasiva que aún sin previsión positiva expresa, la cláusula arbitral devenía autónoma del contrato en que estaba circunscripta, por diversos motivos tales como la diferencia en cuanto a su contenido, finalidad, función económica, causa, condiciones de validez, ley aplicable e incluso la teoría de los actos propios²⁷ (pp. 81 y ss.).

No obstante lo convincentes e incluso la lógica inherente a dichos argumentos, la falta de previsión expresa constituía un motivo de inseguridad jurídica. Uno de los pocos cambios efectuados por la Ley 19.090 al capítulo del arbitraje doméstico vino justamente a remediar ello, agregando el numeral 475.2 al CGP, que dispone: "*Corresponde también al tribunal arbitral conocer de las cuestiones relativas a la validez y eficacia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral.*"

Si bien no deja de ser un avance, dista de ser una solución ideal. Para el propio Pereira Campos (2015), "*su redacción no es todo lo clara y perfecta que se quisiera, ya que hace referencia sólo a la cláusula arbitral y al compromiso arbitral, pero no refiere también al contrato todo, como sería deseable*" (p. 572). Valentín (2015) también plantea que "*Seguramente por inadvertencia,*

26 Para un análisis desde la perspectiva comparada, ver Rivera (h), 2018, pp. 58 y ss.

27 Previo a la sanción de la Ley 19.090, esta postura fue apoyada por jurisprudencia de segunda instancia. Ver por ejemplo Sentencia 2/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno.

no se indica si la competencia del tribunal arbitral también comprende la resolución de la validez del contrato en el que la cláusula se inserta” (p. 548).²⁸

Chalar y Giuffra (2021) realizan además una certera crítica a la reforma en este respecto, dado que, si bien se avanzó al reconocer explícitamente la autonomía de la cláusula, al mismo tiempo se retrocedió al no tener en cuenta lo previsto por el inciso inmediatamente siguiente, que dispone que la parte ilegítimamente demandada en sede judicial deba deducir la excepción correspondiente, so pena de renunciar tácitamente al arbitraje. Así,

el legislador no parece haber reflexionado sobre el ‘día después’, ya que, una vez opuesta, la excepción debe ser sustanciada. Ello implica, como es obvio, la necesidad de bilateralizar con el actor la defensa opuesta, que luego será decidida en primera instancia y eventualmente, de mediar impugnación, en segundo grado (...) La previsión normativa del numeral 3 del art. 475 del CGP vulnera sin más el principio Kompetenz-Kompetenz consagrado en el numeral 2 del mismo artículo (pp. 88-89).

Con la redacción propuesta, este escollo queda salvado, dado que se prevé de forma expresa que, una vez interpuesta la excepción, el juez deberá remitir a las partes al arbitraje, *“Salvo que exista una clara y manifiesta nulidad del acuerdo de arbitraje, o sea evidente que el acuerdo de arbitraje es ineficaz o de ejecución imposible”*. Para Chalar y Giuffra (2021), el proyecto consagra *“una solución más moderna, que reconoce la necesaria injerencia del tribunal arbitral en la cuestión de establecer su propia competencia”* (p. 95).

Por último, es también digno de mención el numeral quinto del artículo 475, que agrega que la comparecencia a la conciliación previa no implica renunciar al arbitraje, y que la homologación judicial de un acuerdo implica renuncia sólo respecto de los puntos acordados. Esto tiene su razón de ser en una posición minoritaria reseñada por Pereira Campos (2015) que previo a la sanción de la Ley 19.090 sostenía que si en la *“audiencia de conciliación previa, cuando el futuro actor citaba al futuro demandado, el citado no alegaba la existencia de la cláusula arbitral y su voluntad de acudir al arbitraje, debía entenderse que renunciaba tácitamente a la Justicia Arbitral”* (p. 573).²⁹ Para el citado autor, dicha posición ya resultaba *“indefendible”* a la luz del art. 475.3 (que prevé que la renuncia tácita al arbitraje acontece solamente si una vez presentada la demanda el demandado no interpone la excepción respectiva), pero a través de este agregado ello se plasma a texto expreso y adicionalmente se prevé la posibilidad de arbitrar respecto de materias no alcanzadas por el acuerdo conciliatorio.

Por tanto, encontramos una vez más importantes reformas que apuntan directamente a los puntos débiles de la legislación vigente y persiguen su enmienda siguiendo a la doctrina más recibida.

28 En la misma línea, Arrighi (2014) considera que *“la reforma que se hiciera del artículo 475 del CGP no es suficiente.”* (p. 17). La deficiente redacción de este artículo ha traído consecuencias a nivel práctico. Por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno consideró que una cláusula que sometía a arbitraje divergencias surgidas *“en el funcionamiento del contrato”* impedía al tribunal pronunciarse acerca de la validez o nulidad del mismo, por tanto desestimando la excepción de incompetencia interpuesta por la parte demandada (Sent. 186/2008).

29 Dicha interpretación ya había sido rechazada repetidamente en nuestra jurisprudencia. Ver al respecto Sentencias 230/2001 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno (LJU Caso 14.459) y 2/2011 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno.

3.4 La reivindicación de las medidas cautelares

El proyecto de ley propone importantes modificaciones al artículo 488 del CGP. En primer término, establece que las medidas cautelares y demás diligencias previas se tramitarán ante el Tribunal de Apelaciones o Juez que hubiera entendido en segunda instancia (mientras que en la legislación vigente lo dispone el juez de primera instancia). Adicionalmente, se reconoce a texto expreso la validez de las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral y se regula un mecanismo impugnativo para terceros afectados por las mismas. En tercer lugar, se otorga a los tribunales arbitrales la facultad de modificar, cesar o sustituir medidas cautelares que accedan al arbitraje dictadas por la justicia ordinaria. En cuarto lugar, y en sede de plazo de caducidad, se aclara que para interrumpirlo es suficiente con presentar la solicitud de arbitraje, y, espejando lo dispuesto en el artículo 311 del CGP, se reconoce que cuando se requiera la inscripción en un registro, el plazo recién comenzará a correr al onceavo día del libramiento del oficio por parte del tribunal. Por último, se le otorga la potestad al tribunal arbitral de recurrir al auxilio del Tribunal de Apelaciones o juez de segunda instancia a los efectos de efectivizar las medidas. Cuando se trate de comunicaciones a registros, podrá hacerlo directamente o a través de la justicia de ser necesario.

A este respecto, la Exposición de Motivos señala como otro de los pilares del proyecto la admisión de las *“medidas cautelares arbitrales, como se prevé para la órbita internacional en la Ley N° 19.636, superando una de sus principales objeciones: imposibilidad de que terceros no alcanzados por el acuerdo de arbitraje puedan impugnarlas ante el juez estatal.”*

Las medidas cautelares son, según la inmejorable definición de Couture (1960), aquellas *“dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse”* (p. 417).

En su faz arbitral, las mismas se enfrentaron históricamente al rechazo por parte de muchos ordenamientos por considerar que de ser procedentes se estarían asignando poderes coercitivos al tribunal, cuando dicha facultad era privativa de la justicia ordinaria. Sin embargo, ese razonamiento ha sido desterrado y, hoy en día, como explica Born (2021),

la tendencia al reconocimiento de mayores poderes a los árbitros para ordenar medidas provisionales refleja la creciente aceptación del arbitraje como mecanismo satisfactorio para resolver disputas comerciales internacionales complejas, el creciente reconocimiento por parte de los tribunales nacionales de que la participación judicial interlocutoria en el proceso arbitral puede ser contraproducente y el reconocimiento de que (en muchos casos) es deseable que el mismo tribunal resuelva tanto el fondo de una disputa como cualquier solicitud de medidas provisionales (p. 2612).

En nuestro país, el régimen cautelar del proceso arbitral doméstico vio la luz con falencias que no fueron resueltas efectivamente por la Ley 19.090. Su principal problema era que, al igual que con la autonomía de la cláusula, no reconocía la potestad del tribunal de dictar medidas cautelares. La reforma del 2013 efectuó dos cambios a este artículo: dispuso que tanto las medidas cautelares como las diligencias preliminares al arbitraje y los procedimientos tendientes a la formalización del compromiso se tramitarían ante el tribunal competente, y agregó un segundo inciso que fijó la caducidad de la medida

en caso de transcurrir treinta días luego de ser cumplida sin que se hubiera promovido judicialmente la constitución del tribunal arbitral y el otorgamiento del compromiso.

Esta segunda enmienda no fue objeto de críticas por la doctrina dado que, en palabras de Pereira Campos (2015), vino a resolver

una cuestión que generaba dificultades prácticas por la propia mecánica del proceso arbitral, distinta a la del proceso oficial: ¿Cómo se aplica el plazo de caducidad de 30 días del art. 311.2 del CGP cuando se adopta una medida cautelar como diligencia preparatoria de un arbitraje? (p. 574)³⁰

Más problemático resultó el primer inciso. La redacción original del artículo, si bien no asignaba al tribunal arbitral potestades cautelares, tampoco se las negaba, simplemente disponiendo que correspondía a la justicia ordinaria dictarlas de manera previa a la constitución del tribunal, permitiendo a cierta doctrina postular su procedencia una vez puesto en marcha el arbitraje (De Hegedus, 2000, p. 153, y Giuffra, 2007, p. 73).³¹ La modificación introducida por la Ley 19.090 mantuvo el *nomen iuris* de “Diligencias Preliminares” pero dejó de calificar a las medidas cautelares como diligencias previas. Si bien, como recoge Valentín (2015), “En la fundamentación del proyecto original de la SCJ se indica que las modificaciones del inciso primero son sólo de redacción”, en puridad lo que intentó ser un avance termina siendo un retroceso ya que “Si se asigna a este reordenamiento una significación relevante, el tribunal Estado será el único competente para disponer medidas cautelares, sea como proceso preliminar o en el curso del proceso arbitral principal” (pp. 549-550). Pereira Campos (2015) se suma a las críticas, entendiendo que el cambio en la redacción “plantea la pregunta de si esta norma sólo regula la medida cautelar como diligencia preparatoria previa al arbitraje o también es aplicable a la medida cautelar adoptada en cualquier momento del proceso arbitral” (p. 573).

Sin perjuicio de que ya existe doctrina que avala la potestad cautelar del tribunal aún con esta involución que comentamos³², Arrighi (2014) con razón considera que debe “incluirse expresamente la competencia del tribunal arbitral para el dictado de medidas cautelares una vez que el tribunal se encuentra constituido y sin perjuicio del apoyo de ‘imperium’ de la justicia estatal para la ejecución de las medidas” (p. 17).

El proyecto de ley atiende este punto, reconociendo a texto expreso la facultad de los tribunales de disponer medidas cautelares, pero no modifica el *nomen iuris*. De lege ferenda, consideramos que este sería uno de los cambios menores que lo fortalecerían.

30 Sin perjuicio de lo antedicho, una interesante hipótesis traída a colación por Valentín (2015) es la que acaece cuando “en la propia cláusula compromisoria o aún en el reglamento de arbitraje aplicable se establece la preceptividad de negociaciones o tentativas de solución de controversias previas a la conformación del tribunal arbitral. En estos casos, el que obtuvo la medida cautelar debería promover la constitución del tribunal arbitral o el otorgamiento del compromiso para interrumpir la caducidad sin perjuicio de, simultáneamente, promover las negociaciones o tentativas de solución de controversia” (p. 551). Este tangencial pero relevante punto no resulta contemplado en el proyecto. Ver al respecto apartado 3.5.

31 El texto legal igualmente fue motivo de acertadas críticas: se dijo que “No parece razonable que se le otorgue al árbitro la posibilidad -mayor- de decidir sobre el conflicto planteado y no la posibilidad -menor- de resolver sobre una medida precautoria solicitada por la parte” (Olivera García y Jiménez de Aréchaga, 2000, p. 57).

32 Díaz y Rodríguez (2018) entienden que “Aún con la nueva redacción, que establece la competencia de los jueces para dictar las medidas cautelares previas y durante el proceso arbitral, la solución debería ser la misma. No hay una norma que impida a un tribunal arbitral decretar medidas cautelares por lo que debe admitirse esta posibilidad -que es además el criterio globalmente aceptado en el derecho comparado- con la única excepción de que las partes excluyeran por acuerdo dicha posibilidad” (p. 50).

Respecto a la interrupción del plazo de caducidad, el régimen vigente prevé que la medida cautelar cae si no se promueve judicialmente la constitución del tribunal y el otorgamiento del compromiso. Nuestros tribunales han entendido que el requisito queda cumplido “con presentar la solicitud de arbitraje o la demanda judicial para integrar el tribunal o que se otorgue el compromiso, según los casos.”³³ Así, para Díaz y Rodríguez (2018), “En los hechos es bastante improbable que las partes se pongan de acuerdo en un plazo de 30 días en la designación de los árbitros y/o se llegue a otorgar el compromiso arbitral.” Por tanto, concluyen que

bajo los reglamentos institucionales que prevén (...) la presentación de una ‘solicitud’ o ‘notificación de arbitraje’ como primer paso del procedimiento, la presentación de dicho acto es suficiente para evitar la caducidad de la medida. Si, por el contrario, se requiere asistencia judicial para integrar el tribunal o (...) otorgar el compromiso arbitral, será con la presentación de la solicitud judicial para tal fin, con independencia de que al vencer los 30 días el trámite no esté completo (pp. 52-53).³⁴

Estas puntualizaciones fueron también atendidas por el proyecto, que incorpora como causal interruptiva de la caducidad la sola presentación de la solicitud de arbitraje.

Otro aspecto, de índole práctica pero nada menor, es el que señala Giuffra (2007) como corolario del reconocimiento doctrinario pero no positivo de la potestad cautelar de los árbitros:

basta con imaginar las dificultades prácticas que se podrían suscitar al momento de inscribir un embargo trabado como medida cautelar o una anotación preventiva de la litis en el Registro correspondiente, inscripción que, de acuerdo con nuestra legislación actual, no podría llevarse a cabo (p. 73).

Es por ello que, según la autora, una reforma urge también en este aspecto. Esto también es recogido por el proyecto, que autoriza al tribunal a oficiar directamente al Registro respectivo o, en su defecto, requerir auxilio judicial para efectivizar la medida.

Antes de concluir este punto, es digno de mención el inciso segundo que el proyecto propone agregar al artículo 488 del CGP. Allí, además de reconocer la procedencia de las medidas cautelares arbitrales (analizado *supra*), se establece un mecanismo impugnativo para terceros afectados por ellas, ante el Tribunal de Apelaciones o la sede que hubiere entendido en el asunto en segunda instancia, a través del proceso incidental.³⁵ Como menciona la propia Exposición de Motivos, esto recoge las enseñanzas de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. La misma no es clara respecto de la potestad cautelar arbitral frente a terceros ni cuenta con un mecanismo específico para su impugnación.

33 Sentencia 938/2014 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Tercer Turno, comentada por Díaz y Rodríguez, 2018, p. 51. La misma fue posteriormente ratificada por Sentencia 28/2015 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno.

34 En idénticos términos, para Pereira Campos (2015) “no hay que presentar la demanda del proceso arbitral para evitar la caducidad ello en la práctica era imposible de cumplir en el plazo de 30 días- sino que hay que promover en ese plazo, judicialmente, la constitución del tribunal arbitral y el otorgamiento del compromiso.” (p. 574).

35 Bajo la redacción original del CGP, de Hegedus (2000) propugnó la fijación del límite del poder cautelar arbitral en la afectación de derechos de terceros, dado que “el sometimiento a arbitraje lo ha sido únicamente de las partes y no por estos terceros. Esta limitación deviene del origen mismo de la función jurisdiccional que ejerce el árbitro. La cual sólo está legitimada en la medida en que las partes así lo acordaron.” (p. 156).

También aquí estamos ante innovaciones positivas, pero que adicionalmente en este caso no quedan limitadas al arbitraje doméstico sino que complementarán nuestra legislación en materia de arbitraje internacional.³⁶

3.5. Enmiendas sugeridas

Desde el título mismo de esta nota se desprende nuestra opinión favorable a la reforma que se plantea. No obstante ello, en el transcurso de la investigación fue posible identificar algunos puntos que son resueltos con mayor solvencia en la legislación comparada o aportes doctrinarios que podrían ser contemplados para fortalecer el proyecto.

El primer ítem, más general, refiere a la larga discusión respecto de la autonomía del arbitraje y su independencia tanto del Derecho Procesal como del Derecho Comercial. En efecto, el enorme desarrollo que ha tenido la disciplina en los últimos tiempos, de la mano de una globalización que eliminó las fronteras, le ha permitido desarrollar principios e institutos propios, que a nuestro juicio sobradamente justifican su tratamiento de manera autónoma. Esta es la vía que han seguido la mayoría de las jurisdicciones, al punto que según Fernández Arroyo (2015), de Latinoamérica solamente en Uruguay y Haití *“el arbitraje sigue prisionero del corpus procesal.”*³⁷

Ingresando al articulado en sí, consideramos que el art. 475.2 podría ser modificado para incluir dentro de la competencia del tribunal arbitral no solamente el poder de decisión respecto de la validez de la cláusula sino de la totalidad del contrato, en línea con lo que ha manifestado la doctrina.³⁸

Con respecto al artículo 488, sobre diligencias preliminares y medidas cautelares, cuya modificación por la Ley 19.090 tantos problemas ocasionara, entendemos que si bien la enmienda sugerida va en el camino correcto, sería beneficioso modificar también el *nomen iuris* incluyendo a estas últimas, para que su aplicabilidad por el tribunal arbitral en el decurso del proceso quedara fuera de toda duda.

Dentro de este mismo artículo, pero con relación a la caducidad de la medida, consideramos de recibo el comentario de Valentín respecto de la previsión a texto expreso de la posibilidad que una cláusula escalonada demore la presentación de la solicitud de arbitraje o de constitución del tribunal.³⁹

36 El artículo 472.2 propuesto establece que las normas del arbitraje doméstico pueden ser aplicadas a arbitrajes internacionales *“cuando la sede del arbitraje esté ubicada en la República y en todo lo que no esté previsto por los tratados internacionales ratificados por el país o en la legislación uruguaya sobre arbitraje internacional.”* Consecuentemente, entendemos que por esta vía se estaría complementando la Ley 19.636.

37 El autor agrega que *“aunque uno pueda abstenerse de inclinarse por una de las posturas ‘contractualista’ o ‘procesalista’ en disputa, lo que no puede dejar de hacer es descartar tajantemente que el arbitraje pertenezca, en tanto que disciplina jurídica, al derecho procesal. Hace rato que el arbitraje constituye ontológicamente una disciplina autónoma en la que hay, claramente, elementos procesales. En realidad, nada hay más diferente al arbitraje moderno que el ‘proceso’ objeto del derecho procesal”.* Sin perjuicio de estar lejos de esta discusión en la actualidad, es dable dejar constancia que cuando en el futuro se dé este debate -que es inevitable- se deberá ponderar seriamente la conveniencia de mantener un sistema dualista y de no transitar hacia uno monista al estilo de legislaciones ejemplares como la peruana. Países que siguen rigiendo a los arbitrajes domésticos e internacionales por reglas disímiles (exceptuando a Francia que es un caso particular) como Argentina, lo hacen obedeciendo a su arquitectura constitucional que impide legislar a nivel federal sobre aspectos procesales (Caivano, 2021).

38 Ver al respecto opiniones de Pereira Campos (2015), Valentín (2015) y Arrighi (2014) reseñadas *supra* en sección 3.3. Esto solucionaríá escollos como el acaecido en la Sentencia 186/2006 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno también referida.

39 Ver *supra* sección 3.3.

Por último, una herramienta que se encuentra ausente del proyecto, pero de gran utilidad práctica, y que es a su vez prevista por muchos de los reglamentos arbitrales, es la del árbitro de emergencia. Consideramos que su positivización sería también conveniente, hecho que debería traer aparejado el reconocimiento de potestades cautelares que son en la mayoría de los casos su misma razón de ser.⁴⁰

4. Conclusión

El proceso arbitral doméstico nació en declive y ha quedado obsoleto.⁴¹ De ahí que su reforma, más que oportuna, resulte imperiosa. Efectuarla de manera armónica y tomando como insumo las mejores prácticas a nivel comparado, constituiría sin duda uno de los mojones más importantes para el arbitraje en la historia reciente, solo equiparable a la también trascendente aprobación de la LACI hace ya un lustro.

Como decíamos al principio, el arbitraje doméstico y el internacional son dos caras de la misma moneda; con particularidades por cierto, pero estrechamente emparentados. Un régimen doméstico pro arbitraje, que anime a los justiciables a escogerlo, con instituciones de vanguardia y rodaje, puede dinamizar y potencializar a esta disciplina, lo que a su vez prestigiará al Uruguay como sede de referencia a nivel internacional, un objetivo que se encuentra perfectamente a nuestro alcance y que traería al país consecuencias sumamente favorables.⁴²

Sin duda que el proyecto es perfectible, y que además merecerá análisis más profundos que los permitidos por un estudio de estas características, que no persigue otro fin que realizar un paneo por sus principales disposiciones. Pero de lo que tampoco caben dudas es que se trata de una iniciativa formidable que merece ser reconocida.

Ahora es de esperar que el proyecto sea estudiado y aprobado, y que no le toque, como a tantos que vinieron antes y que le sobrevendrán, dormir el sueño de los justos en el Parlamento nacional.

40 Por ejemplo, Singapur reformó su ley de arbitraje internacional en 2012 para contemplar a los árbitros de emergencia tanto dentro del concepto de tribunal arbitral como de laudo, a los efectos de su ejecución. Hong Kong también enmendó su ordenanza de arbitraje en 2013 para permitir que una decisión de emergencia pueda ser ejecutada judicialmente de la misma manera que un laudo. Ver al respecto Figueroa Valdés, 2017.

41 Couture (1945) dijo que el CPC “nació en retardo aún con relación a la época en que fue promulgado” (p. 19). Como se vio a lo largo de este estudio, similar concepto podría esgrimirse respecto del proceso arbitral del CGP.

42 El Uruguay se encuentra en la delantera tanto desde el punto de vista legislativo (Ley de Arbitraje Comercial Internacional, Ley de Derecho Internacional Privado, Convención de Nueva York, entre muchas otras) como jurisprudencial, con un Poder Judicial sumamente respetuoso del arbitraje, algo que no debemos dar por sentado (Arrighi, 2019, pp. 309-310). Sobre los beneficios de la modernización de la legislación en materia de arbitraje, se ha comprobado que la introducción de reformas legislativas implica un aumento de entre 18 y 27% en el número de arbitrajes que tienen lugar en el país en cuestión (Drahozal, 2008, p. 668). El impacto de esto es claro: como dice Caivano (2020), “en arbitrajes de cierta envergadura, ello puede significar que varias decenas de personas, durante varios días estén consumiendo servicios en el lugar. Sin contar con que puede requerirse la contratación de abogados en la sede, y en ocasiones resulta imperativo hacerlo.” (§ 2.2.3). Un caso de estudio en la materia es Singapur, con quien Uruguay comparte la ventaja de la geografía, siendo un foro neutral entre potencias. Ver al respecto MacArthur, 2018, pp. 165 y ss.

Referencias bibliográficas

- Alberdi, J. B. (2003). *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*. Buenos Aires: Ed. Losada.
- Arena, M. (2019). El despegue del arbitraje en Uruguay y la necesaria eliminación del compromiso arbitral. *Tribuna del Abogado*, No. 213.
- Arrighi, P. (2014). Situación actual del arbitraje nacional e internacional en Uruguay. *Revista Judicatura*, T. 56.
- Arrighi, P. (2019). La loi uruguayenne sur l'arbitrage commercial international. *Revue de l'Arbitrage*, No. 1.
- Barrios de Angelis, D. (1956). *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.
- Born, G. B. (2016). *International Arbitration Law and Practice*. Amsterdam: Wolters Kluwer.
- Born, G. B. (2021). *International Commercial Arbitration*, 3ª Ed. Kluwer Law International.
- Caivano, R. J. (1997). *El compromiso arbitral: una institución inconveniente*. TR LALEY AR/DOC/15280/2001
- Caivano, R. J., y Aguilar, F. (2006). *Notas sobre el arbitraje de equidad o de amigables compositores*. TR LALEY 0003/012791.
- Caivano, R. J. (2008). *Arbitraje*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- Caivano, R. J., y Ceballos Ríos, N. M. (2020). *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Caivano, R. (2021). Propuestas para mejorar la legislación sobre arbitraje doméstico. *Revista Argentina de Arbitraje*, No. 7.
- Cantuarias, F. (1995). El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje. *Revista Derecho PUCP*, No. 49.
- Couture, E. J. (1945). *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo.
- Couture, E. J. (1960). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
- Chalar, L., y Giuffra, C. (2021). El art. 475.3 del CGP: aproximación a su problemática. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 1-2.
- De Hegedus, M. (2000). El poder cautelar de los árbitros. *Estudios en homenaje al Profesor Enrique Vescovi*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Díaz, S., y Rodríguez, A. (2018). Medidas cautelares en arbitraje. *Revista de Derecho y Tribunales*, No. 33.
- Drahozal, C. R. (2008). Busting Arbitration Myths. *Kansas Law Review*, vol. 56.
- Ermida Uriarte, O. (1983). Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo. *Anales del Foro*, No. 43-44.

- Fernández Arroyo, D. P., y Vetulli, E. H. (2015). *El nuevo contrato de arbitraje en el Código Civil y Comercial: ¿un tren en dirección desconocida?* TR LALEY AR/DOC/2992/2015.
- Figuerola Valdés, J. E. (2017). El arbitraje de emergencia: su utilidad y perspectivas futuras. *Revista Argentina de Arbitraje*, No. 1.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2021). *Actualización Curso de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Gaillard, E., y Banifatemi, Y. (2008). Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators. *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. Londres: Cameron May.
- Garmendia Arigón, M. (2018). La incompatibilidad del proceso arbitral del CGP con la materia laboral individual. *Revista Derecho del Trabajo*, No. 21.
- Giuffra, C. (2007). *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Holtz, N. (2016). *Beware the midnight clause: Hold the champagne?* JAMS ADR.
- Leray, R. (1927). *L'arbitrage et la Loi nouvelle sur la Clause compromissoire*. Paris: Dalloz.
- Loustaunau, N. E. (2007). *La Jurisdicción del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- MacArthur, E. (2018). Regulatory Competition and the Growth of International Arbitration in Singapore. *Appeal Law Review*, vol. 23.
- Malel, E. (2011). La falta de solemnidad del compromiso arbitral no es subsanable ni sustituible por ningún otro acto o negocio jurídico. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, T. 97.
- Mereminskaya, E. (2007). La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada. *Revista Foro de Derecho Mercantil*.
- Olivera García, R., y Jiménez de Aréchaga, M. (2000). *El Arbitraje en Uruguay*. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje.
- Operti Badán, D. (2022). Primera Lectura de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay. *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: Ed. Idea.
- Pereira Campos, S. (1995). Aplicación del arbitraje a los conflictos individuales de trabajo. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 4.
- Pereira Campos, S. (2003). Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del Tribunal Arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 2, No. 4.
- Pereira Campos, S. (dir.) (2015). *Código General del Proceso. Reformas de la Ley 19.090 y posteriores comparadas y comentadas*, 3ª Ed. Montevideo: Universidad de Montevideo.

- Picardo, S. y Tiscornia, A. (2021). ¿Luz roja para el arbitraje laboral? Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente (con énfasis en el caso “UBER”). *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, vol. 20, No. 40.
- Plá Rodríguez, A. (1990). *Curso de Derecho Laboral*, T. I, vol. 1. Montevideo: Ed. Idea.
- Rivera, J. C. (2018). *El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia*. TR LALEY AR/DOC/3232/2018
- Rivera, J. C. (h) (2018). El efecto negativo del principio Competence-Competence en el arbitraje comercial. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, T. 78, No. 1.
- Santi, A. (2021). Presentación de anteproyecto de Ley de Arbitraje Nacional: un impulso hacia la jerarquización del arbitraje doméstico. *Tribuna del Abogado*, No. 217.
- Santos Belandro, R. B. (2002). *Seis lecciones sobre el arbitraje privado interno e internacional*, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.
- Sowell, T. (2002). *The Quest for Cosmic Justice*. Nueva York: Ed. Touchstone.
- Valentín, G. (2015). *La Reforma del Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Vargas Llosa, M. (2018). *La Llamada de la Tribu*. Montevideo: Ed. Alfaguara.
- Von Mehren, A. T. (1986). International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence. *Louisiana Law Review*, vol. 46, No. 5.