

Jurisprudencia extranjera

Argentina

Comentarios a la jurisprudencia argentina en materia de arbitraje comercial

Julio César RIVERA*

Socio fundador del Estudio Julio Cesar
Rivera, Abogados de Buenos Aires

Para comprender acabadamente las sentencias dictadas por los tribunales judiciales argentinos¹ en materia de arbitraje hay que tener en cuenta algunos datos legislativos:

i) Argentina es un país federal, en el cual sin embargo las Provincias delegaron en el Congreso Federal la atribución de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería que por lo tanto son cuerpos únicos y aplicables en todo el territorio del Estado.

ii) La organización judicial y la legislación de procedimientos judiciales es materia conservada por las Provincias; por lo tanto Argentina tiene un solo Código Civil pero 24 Códigos Procesales.

iii) Cuando aludimos al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), nos referimos al Código Procesal que rige en los tribunales nacionales de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales federales de todo el país, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

* Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesor titular de Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés. Ha participado como expositor en más de trescientas conferencias en el país y en el extranjero.

¹ Abreviaturas:

CN Constitución Nacional

CNCom. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

CPCCN Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

CSN Corte Suprema de la Nación

C.1ª Civ. y Com.: Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial

ED Revista El Derecho

Fallos Colección de Fallos de la Corte Suprema de la Nación

JA Revista Jurisprudencia Argentina

LL Revista Jurídica Argentina La Ley

LLBA Revista Jurídica Argentina La Ley (Provincia de Buenos Aires)

iv) El arbitraje está regulado en los Códigos Procesales como un procedimiento especial.

v) Pero en lo que hace a las materias que pueden someterse a decisión de árbitros, los códigos procesales remiten al Código Civil, disponiendo que pueden deferirse a arbitraje todos los asuntos que pueden ser objeto de transacción.

vi) Además Argentina ha ratificado la Convención de New York y otras convenciones internacionales sobre arbitraje; entre ellas la Convención de Panamá de 1975, la Convención de Montevideo de 1979 y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur.

vii) Los tratados y convenciones internacionales son ley suprema de la Nación y prevalecen sobre las leyes federales y provinciales (arts. 31 y 75 CN).

viii) En Argentina la jurisprudencia es considerada una fuente de Derecho; las sentencias son elaboradas bajo formas que las acercan más al estilo de los jueces estadounidenses que al de los jueces europeos; contienen citas de los precedentes del mismo tribunal o de otros tribunales, entre ellos naturalmente los de la Corte Suprema que si bien no son jurídicamente obligatorios tienen una especial fuerza moral; y son muy comunes las citas de doctrina.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala D) 28 de febrero de 2008

Partes: *Rivadeneira, Hugo Germán c/ ABN Amro Bank NA y otros s/ ordinario*

Fuente: elDial – AA46F6.

Excepción de incompetencia arbitral: desestimación.– Interpretación de la cláusula arbitral.

Buenos Aires, 28 de febrero de 2008.//–

1. Apelaron los demandados la decisión de fs. 276/278 que rechazó la excepción de incompetencia deducida en fs. 203/207, apartado II, y fs. 226 vta./229 vta., apartado III (fs. 282 y 284).–

Los fundamentos recursivos fueron conjuntamente expuestos en fs. 290/295 y respondidos en fs. 299/302.–

La Sra. Fiscal General fue oída en fs. 313.–

2. La Sala comparte los términos y conclusión del referido dictamen, a cuya lectura remite por razones de brevedad.–

En efecto: como es sabido las cláusulas compromisorias que implican una renuncia al principio general de sometimiento de los conflictos a los jueces ordinarios deben interpretarse en forma restrictiva (CNCom. A, 14.2.06, *Constructora Iberoamericana S.A. c/ Sociedad de Inversiones Inmobiliarias S.A. s/ ordinario* [Fallo en extenso: elDial – AA3374];; id. B, 29.12.04, *Klein, Santiago Estéban c/ Melton S.A. s/ ordinario*; id. C, 4.9.92, *Zumpf, Gustavo c/ Tucumán 300 S.R.L. s/ sum.*), limitando su admisión a aquellos supuestos en que la discusión versa sobre la interpretación de cláusulas del contrato o la verificación de cuestiones de hecho ciertas y determinadas, con exclusión de aquellas

otras hipótesis en que se trata de cuestiones de derechos o de aplicación de la ley, cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los jueces (CNCom. C, 25.10.96, *Cooperativa Agropecuaria de la Violeta c/ Nidera S.A. s/ ordinario*).—

La Sala no desatiende el soporte argumental contenido en el memorial ni deja de observar que ante casos similares existieron pronunciamientos judiciales que respaldaron la solución propiciada por los recurrentes (CNCom. B, 16.12.05, *Porcelli, Daniel c/ ABN Asset Management Arg. SG s/ ordinario* [Fallo en extenso: elDial – AA3273] —citado en la nota n° 8 de fs. 294—; id. C, 23.8.06, *Llanos, Miguel c/ Santander Investment Soc. Gerente s/ ord.*; C.S.J.N., 11.5.04, *Basf Argentina S.A. c/ Capdevielle Key y Cía. S.A. s/ competencia*).— Sin embargo no comparte esa visión del tema.—

No se discute que la cláusula compromisoria acordada entre las partes constituye una convención contractual a la que deben someterse como a la ley misma (cciv 1997).—

Pero esa estipulación, como es de toda lógica, debe interpretarse de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (cciv 1198).—

De ahí que si bien este principio impide dar por no querido lo que es usual querer, no parece que tal supuesto sea el que se verifica en autos, desde que el inusitado cataclismo económico acaecido con posterioridad a la celebración del contrato (recuérdese que la contratación tuvo lugar en el año 1999), no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros, y enmarcada en la cláusula compromisoria, la interpretación de las leyes y demás normas de emergencia económica y la fijación de los daños y perjuicios que se alegaron padecer.—

En otras palabras: no existen elementos suficientes que lleven al Tribunal a sostener, con tono asertivo, categórico y firme, que las partes libremente sometieron a decisión arbitral un tema absolutamente nuevo que convulsionó profundamente el esquema económico del contrato.—

Los cambios operados y regulados por la legislación de emergencia incidieron sobre los presupuestos que las partes tuvieron en cuenta al contratar, y ello pone en entredicho la libertad de determinar el contenido del contrato; escenario que desdibuja los términos de lo acordado en la cláusula trigésima del Reglamento de Gestión invocado.—

Por ello corresponde confirmar, en lo sustancial, la sentencia apelada.—

Las costas de ambas instancias se distribuyen por su orden en atención a las disímiles interpretaciones que motivó el tema.—

3. Por lo expuesto, y de conformidad con lo aconsejado en fs. 313, se RESUELVE:

Confirmar, en lo sustancial, el pronunciamiento de fs. 276/278.—

Modificar la decisión sobre costas que al igual que las de esta instancia se distribuyen en el orden causado.—

Devuélvase sin más trámite, confiándose al magistrado de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (cpr 36: 1°) y las notificaciones pertinentes. Es copia fiel de fs. 314/316.//—

Fdo.: Gerardo G. Vassallo – Juan José Dieuzeide – Pablo D. Heredia, Fernando M. Pennacca, Secretario de Cámara

NOTA: A) El caso. Se trataba de un contrato celebrado en 1999 que contenía una cláusula arbitral, pero el actor promovió acción judicial y frente a la excepción de incompetencia propuesta por el banco demandado, adujo que el objeto del proceso era la aplicación de la legislación de emergencia dictada con motivo de la crisis sistémica del año 2002, por lo que la cuestión no estaba contemplada en la cláusula arbitral.

B) La sentencia. La sentencia desestimó la excepción de incompetencia y por lo tanto confirmó la competencia del tribunal judicial en detrimento de la jurisdicción arbitral.

El argumento dirimente de la sentencia es que si bien el acuerdo arbitral es un contrato que como tal debe cumplirse como si fuera la ley misma (art. 1197 Código Civil)², él debe interpretarse conforme a lo que las partes pudieron entender obrando con cuidado y previsión (art. 1198 del Código Civil)³.

De ahí deriva el tribunal que el inusitado cataclismo económico acaecido con posterioridad a la celebración del contrato (se refiere a la crisis del año 2002) “no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros... la interpretación de las leyes y demás normas de emergencia económica y la fijación de los daños y perjuicios que dicen padecer”.

Además, el tribunal judicial que dicta la sentencia argumentó que la cláusula arbitral es de interpretación restrictiva, lo que es un lugar común en la jurisprudencia argentina; pero agregó que de ello se concluye en la admisión de la competencia arbitral para aquellas cuestiones “en que la discusión versa sobre la interpretación de cláusulas del contrato o la verificación de cuestiones de hecho ciertas y determinadas, con exclusión de aquellas otras hipótesis en que se trata de cuestiones de derechos o de aplicación de la ley, cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los jueces”.

C. La crítica. La decisión comentada es sorprendente (y preocupante) por varias razones que desarrollaremos a continuación.

a) El remanido argumento de la “interpretación restrictiva”. En primer lugar el tribunal judicial insiste con la idea de la interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, pese a que la doctrina argentina viene señalando consistentemente que tal criterio interpretativo no tiene ningún fundamento en el Derecho positivo⁴.

b) La cláusula arbitral y la legislación de emergencia⁵. En segundo término, la sentencia declara que la parte no pudo haber previsto someter al juicio de árbitros los efectos de la crisis y la interpretación de las leyes de emergen-

² Art. 1.197: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

³ Art. 1.198: Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

⁴ Vid. la crítica que al criterio de la interpretación restrictiva hace J.A. Rojas, en “La cuestión de la competencia en el arbitraje”, en *ED* 10.7.08; allí concluye que ese paradigma emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema elaborada con relación al sometimiento del Estado a la jurisdicción arbitral, que estando sometido por regla general a la jurisdicción federal (art. 116 CN) requiere una ley especial que lo autorice a comprometer en árbitros: vid. J.C. Rivera, “El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, agosto 2007 (separata). La Corte Suprema ha resuelto de todos modos que el art. 116 de la CN no excluye la posibilidad de que el Estado comprometa en árbitros: CSN, 16.8.37, *Cía. Italo Argentina de Electricidad vs. la Nación*, Fallos 178:29, con cita de Fallos 90:97, 104:323, 110:35, 143:357, 146:373, 167:192.

⁵ La expresión “legislación de emergencia” comprende las leyes dictadas por el Congreso de la Nación a partir de la ley 25.561 del 6 de enero de 2002 y los decretos emanados del Poder Ejecutivo Nacional que trataron de enfrentar la crisis económica y financiera de profunda repercusión social que se evidenciar desde fines del año 2001. Sobre el tema vid. J.C. Rivera, “Introducción histórico comparativa al estudio de la crisis”, *LL* 2003-B-1028.

cia. Esta cuestión ya se había planteado ante los tribunales judiciales con resultado diverso. La Cámara de Apelaciones en lo Comercial, por otras salas distintas de esta que emite el fallo comentado, había resuelto a favor de la competencia arbitral; la sentencia anotada reconoce la existencia de estos precedentes y los cita expresamente, pese a lo cual se aparta de ellos para sostener una solución que sólo había sido acogida por un tribunal de la ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires y que había sido cuestionada por la doctrina⁶.

Para fundar su resolución el tribunal provincial dijo que “el inusitado cataclismo económico sucedido con posterioridad a la celebración del contrato no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros, y enmarcada en la cláusula compromisoria, la interpretación de las leyes y normas de la emergencia dictadas en consecuencia, que ha convulsionado profundamente el esquema económico del contrato”; esto es palabra más o menos lo que repite la Sala D de la Cámara Comercial.

Al comentar aquél pronunciamiento provincial hemos sostenido que peca de dogmático; no se advierte por qué interpretar la cláusula arbitral de modo que excluya hechos posteriores a la celebración del contrato y que, en definitiva, afectan las obligaciones nacidas de él⁷. Por el contrario, si las partes han dicho que todas las disputas que se causen en la relación jurídica quedan sujetas al arbitraje, dijeron “todas” y no “algunas”, ni “anteriores” o “posteriores”; en definitiva la interpretación judicial no tiene ningún sustento en lo que las partes escribieron en su contrato.

En otro caso el mismo Tribunal de San Isidro dijo que “... no es posible interpretar que las partes hayan dejado librado al juicio de árbitros la interpretación de normas dictadas con posterioridad a la celebración del contrato”. No se entiende este razonamiento del tribunal judicial; de lo que se trata es de determinar cómo las nuevas normas inciden sobre el contrato en el cual se había incluido el convenio arbitral⁸ lo cual puede perfectamente ser hecho por los árbitros que ejercen jurisdicción. Por lo demás, la peregrina tesis del tribunal de la provincia de Buenos Aires, conduce a que el convenio arbitral caducaría cada vez que se sanciona una norma —posterior a la celebración del contrato— que pudiera tener incidencia sobre él.

Al volver a esta doctrina la Sala D comete un serio error.

c) La limitación del arbitraje a las cuestiones de hecho. Más allá de lo expuesto, lo que resulta francamente inaudito es la pretendida restricción del arbitraje a las cuestiones de hecho y de interpretación del contrato, lo cual

⁶ C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, 3.4.2005, *LLBA* 2005–521; ha sido criticada por la doctrina: *vid.* J. Dioguardi, “Volver a los principios que sustentan el arbitraje”, *LLBA* 2005–792.

⁷ J.C. Rivera, *Arbitraje comercial*, Bs. As., Lexis Nexis, 2007, cap. II, n° 17 A.

⁸ C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, 23.12.2004, *Peyras, Hernán v. Nordelta Constructora SA, LL* 2005–1216, con nota de R. Loutanau; el mismo tribunal en sentencia del 4.3.2005, *Regueiro, Jorge L. v. Nordelta Constructora SA, JA* 2005–II–45.

importa –para la Cámara Comercial– la exclusión de las cuestiones de Derecho y de interpretación de la ley.

En este aspecto la sentencia espanta y resulta literalmente inexplicable. Obviamente este párrafo de la sentencia no tiene cita legal que la sustente y se remite a un precedente de la misma Cámara de doce años atrás⁹.

De modo pues que el análisis del reciente fallo de la Sala D en la causa *Rivadeneira* debe hacerse en dos planos: (i) la reducción del arbitraje a las cuestiones de hecho; (ii) la aplicabilidad del precedente *Cooperativa Agropecuaria de La Violeta*.

(i) El arbitraje “de Derecho” reducido a cuestiones “de hecho”: un invento judicial

Fuera de todo marco legislativo es imposible concebir el arbitraje como medio de resolución de conflictos exclusivamente *de hecho*; simplemente se da por supuesto que los árbitros ejercen *jurisdicción*, con lo cual *dicen el Derecho*¹⁰.

En el ámbito argentino son las mismas leyes estatales las que equiparan de modo explícito la función de los árbitros a la función judicial. Así, un autor de la talla de Lino Palacio argumenta que si bien los árbitros carecen de *imperium* para hacer ejecutar sus decisiones, y por ello deben recurrir al auxilio de la justicia estatal, es el mismo CPCCN el que equipara la actividad arbitral a la jurisdiccional, en tanto admite la prórroga de la competencia a favor de árbitros en asuntos internacionales (art. 1), así como el sometimiento de cuestiones a la decisión “de jueces árbitros” (art. 736)¹¹ y especialmente cuando equipara las sentencias (laudos) arbitrales a las judiciales (art. 499)¹², sin siquiera exigir una homologación como acontece, en cambio, en otras legislaciones¹³.

Agrega el mismo autor que el laudo no es un mero dictamen, sino que participa de la obligatoriedad que caracteriza a los actos de autoridad¹⁴.

Por ello se ha concluido que “los árbitros, una vez constituidos, se comportan como verdaderos titulares de jurisdicción, en la forma y en la medida en

⁹ CNCom., sala C, 25.10.96, *Cooperativa Agropecuaria de La Violeta Ltda. c/ Nidera SA s/ ordinario*.

¹⁰ La jurisdicción, del latín *iurisdictio*, vocablo compuesto por las locuciones *iuris* (derecho) y *dictio* (decir, dictar), tiene el significado etimológico de decir o dictar el derecho y de este significado deviene su aplicación a la idea de juzgar y declarar el derecho al resolverse una controversia: F. Vidal Ramírez, “Jurisdiccionalidad del arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, ps. 53 ss.

¹¹ Art. 736. Objeto del juicio. Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el art. 1737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste.

¹² Art. 499. Resoluciones ejecutables. Consentida o ejecutoriada la sentencia de UN (1) tribunal judicial o arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla, a instancia de parte, de conformidad con las reglas que se establecen en este capítulo.

¹³ Lo cual había sido anticipado por el juez de la Corte Suprema T.D. Casares en su voto en CSN, 5.3.1953, *Susana Carlota Pacheco Santamarina de Bustillo v. Café Paulista*, Fallos 225:135. En ese voto Casares dice que “las sentencias arbitrales regularmente pronunciadas tienen el valor y los efectos de las sentencias judiciales”.

¹⁴ L.E. Palacio, *Derecho procesal civil*, t. IX, Bs.As., Abeledo Perrot, 1992.

que las partes les sometieron la solución del conflicto”, y que si bien la voluntad de las partes intercede en el origen del proceso, “los árbitros nombrados actúan como jueces, con independencia de las partes, de las cuales no pueden considerarse mandatarios, porque están investidos de función auténticamente jurisdiccional, que se va a desenvolver como si fuera un proceso llevado a un tribunal estatal”¹⁵.

En conclusión, la actividad de los árbitros resulta sustancialmente equiparable a la fundamental que cumplen los órganos judiciales¹⁶, e incluso, en determinados casos agota la función de éstos¹⁷.

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje está reconocida por la Corte Suprema argentina desde el siglo XIX¹⁸, y ha sido ratificada en los casos en que ha dirimido conflictos de competencia entre la justicia “judicial” y la “arbitral”¹⁹.

Y por ello ha dicho la Corte que “aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el Derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”²⁰. Lo cual obviamente ha tenido repercusión en las jurisdicciones inferiores, en las que se dice que “el laudo arbitral, más allá de su función declarativa, da lugar a una jurisdicción de origen voluntario que es excluyente de la judicial pues consiste en determinar –de acuerdo a Derecho o al buen saber y entender de los árbitros– qué es lo que corresponde a cada una de las partes”²¹.

También lo ha sostenido la Corte Suprema en muchos otros fallos que han tratado el tema de los recursos contra el laudo. En esta orientación ha dicho

¹⁵ I. Strenger, *Arbitragem comercial internacional*, São Paulo, LRT, 1996, n^{os} 170 y 171.

¹⁶ En esta orientación en un lúcido voto del juez de la Corte Suprema de la nación Dr. Tomás Casares se lee: “Que las sentencias arbitrales regularmente pronunciadas tienen el valor y los efectos de las sentencias judiciales. Lo que la ley permite someter a árbitros es como si se sometiera al juicio de los jueces con quienes se constituye en el Estado la autoridad o Poder Judicial. Las sentencias de los árbitros hacen cosa juzgada, con todos sus efectos. Y todos los efectos de la cosa juzgada provienen de que es un acto de autoridad en sentido propio y riguroso. La autoridad de los árbitros es, en este orden de consideraciones, análoga a la de los jueces. Y la de unos y otros consiste en ser ejecutores de la autoridad de la ley”: en CSN., 5.3.1953, *Susana Carlota Pacheco Santamarina de Bustillo v. Café Paulista*, Fallos 225:135. Por ello se ha anulado la sentencia que prescindió de dos laudos arbitrales que eran obligatorios para las partes las que no los habían cuestionado ni interpuesto contra ellos los recursos autorizados por la ley: CSN, 11.4.1978, *Alberto Antonio Pérez y otros v. SRL Empresa de Transportes La Cabaña*, Fallos 300:380.

¹⁷ L.E. Palacio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 29; en la misma orientación en la Argentina, R.J. Cattivano, *Arbitraje*, 2^a ed., Bs. As., Ad Hoc, 2000, pp. 96 ss con una extensa exposición de argumentos; en Uruguay, D. Barrios de Angelis, *El juicio arbitral*, Montevideo, Facultad de Derecho de Montevideo, 1956, p. 53; en México, F. Gonzalez de Cossío, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004, pp. 13/14.

¹⁸ CSN, “Bruce v. De las Carreras”, Fallos 22:371 (año 1880).

¹⁹ CSN, 1.11.1988, *SA La Nación y otra v. SA La Razón Editorial EFICyA*, Fallos 311:2223; id., 10.11.1988, *Nidera Argentina SA v. Elena G. Rodríguez Álvarez de Canale*, Fallos 311:2300, etc.

²⁰ CSN, 31.5.1999, *J. C. Roca v. Consultara SA*, Fallos 322:1100.

²¹ CNCom., sala A, 7.9.07, *Papel de Tucumán SA c/ BANADE*, IJ-XXII-904.

la Corte Suprema que “no procede la vía del art. 14, ley 48²², respecto de las decisiones de la *jurisdicción arbitral* libremente pactada por los interesados, pues ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los contemplados por las respectivas leyes procesales, a través de los cuales ha de buscarse remedio a los agravios ocasionados por el laudo pertinente”²³ (énfasis añadido).

Y muy recientemente la Corte ha resuelto: “Que una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la *jurisdicción arbitral* permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles...”²⁴ (énfasis añadido).

En otro plano, es claro que en el Derecho argentino se puede someter a arbitraje toda cuestión entre partes (art. 736 CPCCN), en el más absoluto y libérrimo ejercicio de la autonomía de la voluntad²⁵; con la única limitación de que no pueden someterse a arbitraje aquellas materias que no son susceptibles de transacción (art. 737)²⁶ lo cual remite a los arts. 842 a 849 del Cód-

²² La ley 48 regula la competencia de la Corte Suprema de la Nación. Su art. 14 organiza el denominado “recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación” que en principio se limita a las “cuestiones federales”. En concreto el art. 14 de la ley 48 dice: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.

De todos modos es preciso tener en cuenta que el recurso extraordinario ha sido extendido por la misma jurisprudencia de la Corte Suprema a los casos de *sentencias arbitrarias*, lo que implicó un avance notable de la jurisdicción federal sobre las jurisdicciones provinciales.

²³ CSN, Fallos 118:247; 237:392; 241:203; 250:408; 255:13; 274:323; 296:230; 306:455. En la misma orientación, el dictamen del procurador general de la Nación en “YPF v. Sargo”, 27.12.1974, Fallos 290:458, JA 20-1975-115, invocando que sería absurda la apelabilidad de los laudos si no fueran el resultado del ejercicio de la jurisdicción.

²⁴ CSN, 5.4.2005, *Bear Service SA v. Cervecería Modelo, LL* del 1.7.2005, con nota de J.C. Rivera, “Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia”.

²⁵ Es obvio que el arbitraje está fundado en la autonomía de la voluntad; al respecto la Corte Suprema ha resuelto que: “aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”: CSN, 31.5.1999, *J. C. Roca v. Consultara SA*, Fallos 322:1100. Lo cual obviamente ha tenido repercusión en las jurisdicciones inferiores, en las que se dice que “el laudo arbitral, más allá de su función declarativa, da lugar a una jurisdicción de origen voluntario que es excluyente de la judicial pues consiste en determinar –de acuerdo a derecho o al buen saber y entender de los árbitros– qué es lo que corresponde a cada una de las partes” (CNCom., sala A, 7.9.07, *Papel de Tucumán SA c/ BANADE*, LJ-XXII-904).

²⁶ Art. 737. – No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.

go Civil²⁷. Es más que obvio que si la transacción es un contrato por el cual las partes extinguen obligaciones litigiosas o dudosas, las partes pueden transar sobre cuestiones *de Derecho*.

Ello encuentra reflejo en la distinción –recogida en nuestra legislación procesal– entre el arbitraje propiamente dicho y la pericia arbitral²⁸; se ha dicho que este último es el supuesto típico del “arbitrador”, quien, por su idoneidad en la materia que debe decidir, determina un elemento de la relación jurídica de las partes: la calidad de una cosa, el monto de los daños²⁹, el estado de un lugar, etc. Con esto se suprime la discusión que existe en otros países, como Francia, donde el debate se centra en determinar si los arbitrajes sobre cuestiones de hecho son propiamente arbitrajes o no³⁰; a nadie se le ocurrió lo inverso, esto es negar que los árbitros pudiesen resolver cuestiones de Derecho.

Finalmente, la Corte Suprema Nacional ha dicho que “los árbitros iuris pueden resolver toda cuestión que se les someta no siendo las exceptuadas por la ley, sea de puro Derecho, sea de carácter mixto o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en considera-

²⁷ Art. 842. La acción civil sobre indemnización del daño causado por un delito puede ser objeto de las transacciones; pero no la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público.

Art. 843. No se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio.

Art. 844. Las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, no pueden ser objeto de las transacciones.

Art. 845. No se puede transigir sobre contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponde a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima.

Art. 846. La transacción es permitida sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea contestado, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella.

Art. 847. Si la transacción fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un solo precio, o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios.

Art. 848. No puede haber transacción sobre los derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva.

Art. 849. En todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición.

²⁸ Art. 773. Régimen. La pericia arbitral procederá en el caso del art. 516 y cuando las leyes establezcan ese procedimiento con el nombre de juicio de árbitros, arbitradores, perito o peritos árbitros, para que resuelvan exclusivamente cuestiones de hecho concretadas expresamente.

²⁹ C. Nac. Com., sala C, 4.3.2005, “Darmex SA v. Application Software SA”, LL del 26.7.2005.

³⁰ El debate en Francia se centra en la distinción entre el arbitraje contractual y el jurisdiccional; v. Oppetit, Bruno, *Teoría del arbitraje*, trad. de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demolin, PUF – Legis, Colombia, 2006, pág. 162; Kassis, Antoine, *Problèmes de base de l'arbitrage*, t. I, “Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel”, LGDJ, Paris, 1987, n° 26 y 27, págs. 17 y sigs. El arbitraje sobre aspectos exclusivamente técnicos o de hecho está contemplado en otras legislaciones; en el derecho alemán y en el suizo existe una suerte de “perito árbitro” que se aproxima al arbitraje; y en el Código de Procedimiento Civil holandés se autoriza que se confie a un árbitro la decisión sobre una cuestión exclusivamente técnica (art. 1020.4); también la ley colombiana (art. 115); ver Jarrosson, Charles, “La notion d'arbitrage”, en Silva Romero, Eduardo (director académico) – Mantilla Espinoza, Fabricio (coordinador académico), *El contrato de arbitraje*, Legis – Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, nro. 3.b, p. 10.

ción todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral”³¹.

En resumen, es evidente que esta idea del arbitraje reducido a cuestiones de hecho o de interpretación del contrato es absolutamente ajena al Derecho positivo, a la jurisprudencia nacional y ni aun a los más hostiles al arbitraje se le había ocurrido nunca sostenerla.

(ii) El precedente citado. Dijimos que como único sustento de su sorprendente afirmación, la Sala D cita un precedente de la misma Cámara emanado de su Sala C³². En ese caso la cláusula arbitral, inserta en un contrato de compraventa de cereales decía: “...toda cuestión que surja con motivo de la celebración, cumplimiento, incumplimiento, prórroga o rescisión del presente boleto, será sometida a la resolución de la Comisión Directiva de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales como arbitrador único...” pero luego se agregaba: “...en caso de divergencia entre las partes, y más allá de recurrir a la jurisdicción de la Cámara Arbitral de Cereales de Buenos Aires, y ante la necesidad de la tramitación de algún pleito, las partes expresamente renuncian a todo otro fuero o jurisdicción que no sea el de los tribunales ordinarios de la Capital Federal”.

El tribunal se enfrentaba entonces a una cláusula patológica³³ y dijo: “ (la) controversia involucra no solo cuestiones de hecho vinculadas con el cumplimiento regular del contrato de compraventa de cereales...sino aspectos estrictamente jurídicos relacionados con la legitimación de la peticionante y la incidencia que para la suerte del reclamo pudiera tener la investigación llevada a cabo en sede criminal, a raíz de la denuncia formulada por la demandada por un presunto ilícito de tentativa de estafa cometido en su perjuicio, situaciones que escapan al conocimiento de un tribunal arbitral”, por lo que “corresponde que (el conflicto) sea dirimido por los jueces ordinarios, cuya intervención también fue prevista por las partes para supuestos como el presente”.

De donde la relevancia del precedente es muy relativa pues si bien es incomprensible la afirmación de que el caso involucraba aspectos estrictamente jurídicos, la resolución se ha sostenido en la existencia de una cláusula patológica que pendulaba entre la jurisdicción arbitral y la judicial.

D) Conclusiones. La sentencia de la Sala D que examinamos es francamente inaceptable. Su doctrina es producto de la ignorancia de las nociones

³¹ CSN, 7.8.35, *Sociedad Anónima Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional*, Fallos 173:221.

³² CNCom., sala C, 25.10.96, *Cooperativa Agropecuaria de La Violeta Ltda. c/ Nidera SA*.

³³ La expresión “cláusulas patológicas” es atribuida a Frédéric Eisemann, ex secretario de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, y alude a las cláusulas que por impericia, exceso de previsiones o por otras razones se convierten en un obstáculo para el desarrollo del arbitraje que las partes quisieron prever como mecanismo de solución de sus conflictos.

más elementales del arbitraje y constituye un severísimo llamado de atención a quienes elijan Buenos Aires como sede.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala C), 15 de febrero de 2008

Partes: *Miracle SA y otro c/ Fernández, Juan Carlos s/ Ordinario.*

Fuente: ED, 228–280.

Exclusión de la cláusula arbitral pactada.– Autonomía de la cláusula arbitral: desconocimiento.

Buenos Aires, 15 de febrero de 2008.

1. Apelaron el demandado a fs. 898, los actores a fs. 909 y el tercero reconvenido Rafael Beltrán en forma subsidiaria a fs. 919/922 la resolución de fs. 890/893.

Asimismo, los accionantes a fs. 940 y el citado Beltrán a fs. 942 apelaron la resolución de fs. 908.

A fs. 990 emitió su dictamen la Sra. Fiscal General.

2. Recurso del demandado Juan Carlos Fernández (fundado a fs. 944/948).

2.1. Excepción de arraigo.

Se agravó el demandado del rechazo de la excepción de arraigo dispuesto por el a quo en la resolución apelada. Tal rechazo se fundó en el pacto de prórroga de jurisdicción acordado por las partes en el convenio que las vinculó.

Ahora bien, el arraigo constituye una garantía exigible al actor –sea nacional o extranjero– que no posee domicilio ni bienes en el territorio de la República, a fin de que afiance el reclamo judicial efectuado, en virtud de las responsabilidades que pudieren caberle por las costas del proceso. Este instituto ha sido establecido a favor de todos los demandados ante tribunales de la República, con el fin de protegerlos de las demandas temerarias de quienes pueden luego eludir su responsabilidad en razón de no tener su domicilio ni bienes inmuebles en el país (*cf.* Highton–Areán, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, tomo 6, pág. 905, Hammurabi; CSJN, 22.9.94, en CSJN–Fallos: 317:975).

Conforme emana del “Acuerdo” celebrado el 2 de septiembre de 2003 (en copia a fs. 8/11), las partes pactaron que “...para todos los efectos del presente acuerdo, se aplicará la ley argentina y serán competentes los tribunales ordinarios en lo comercial de la República Argentina...” (cláusula Jurisdicción y Ley Aplicable).

Es decir que ha mediado un pacto de prórroga de jurisdicción. En tales condiciones, la defensa interpuesta por el accionado no es viable, en tanto los actores se han visto compelidos a ocurrir a esta jurisdicción, por así haberlo fijado las partes en el negocio jurídico que las vinculó (*cf.* esta Sala, *D’Angelo c. Transporte Aéreo Rioplatense* del 17/08/88; en igual sentido: Sala D, 24.2.05, *Corporación Interamericana de Inversiones c. Sagemuller, Francisco s/ordinario*; Sala A, 13.7.01, JA, 2002–II–758; CNCiv., Sala A, 21.5.96, *Jurispr. Cám. Civ., Isis, sum. 8175*; CNCiv., Sala D, 31.8.94, *Jurispr. Cám. Civ., Isis, sum. 4382*; CNFed. Cont. Adm., Sala II, 25.2.97, JA, 2001–I, síntesis; CNFed. Civ. y Com., Sala III, 2.9.04, Lexis, n° 7/14.481; entre otros).

No obsta a lo expuesto que el demandado haya invocado la nulidad del referido “acuerdo”, en tanto, tal pronunciamiento sólo podrá tener lugar, eventualmente y de reunirse las condiciones de viabilidad de tal pretensión, al momento del dictado de la sentencia definitiva.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución apelada, en cuanto desestimó la excepción de arraigo interpuesta por el demandado.

2.2. Excepción de incompetencia.

Es criterio del tribunal que resulta improcedente que una controversia sea dilucidada en el marco de la jurisdicción arbitral pactada, si –como en el caso– se advierte que la citada controversia involu-

cra no solo cuestiones de hecho vinculadas con el cumplimiento regular del acuerdo oportunamente celebrado, sino también aspectos relacionados con la validez del mismo y la indemnización por daños y perjuicios reclamada por los actores (en razón del alegado incumplimiento del contrato).

Por tanto, en tal hipótesis, el conflicto excede los contornos de la referida competencia convenida entre las partes y corresponde que sea dirimido por los jueces ordinarios, cuya intervención fue también prevista por las partes en tales supuestos (cf. esta Sala, *Cooperativa Agropecuaria de la Violeta Ltda. c. Nidera S.A. s/ord.* del 25/10/1996; en el mismo sentido, Sala B, *Klein Santiago c. Melton S.A. s/ordinario* del 29/12/2004; *idem*, 30.11.04, *Arlisa S.A. c. Petrolera Santa Fé S.A. s/ordinario*).

Máxime que es criterio mayoritario que las cláusulas compromisorias que implican una renuncia al principio general de sometimiento de los conflictos a los jueces ordinarios deben interpretarse en forma restrictiva (cf. esta Sala, *Zumpf, Gustavo c. Tucumán 300 S.R.L. s/sum*, del 4.9.92, del dictamen n° 66.634; *idem*, Sala A, *Constructora Iberoamericana S.A. c. Sociedad de Inversiones Inmobiliarias S.A. s/ordinario* del 14/02/2006; Sala B, *Klein, Santiago Esteban c. Melton S.A. s/ordinario*, del 29.12.04; en igual sentido, Sala E, *N. L. S.A. c. Bull argentina S.A. s/sumario*, del 31.5.90, del dictamen del Fiscal de Cámara n° 62.073).

Por ello y por los fundamentos expuestos por la Sra. Fiscal General en el dictamen que antecede, corresponde desestimar los agravios analizados.

3. Recurso de la parte actora (fundado a fs. 913/917) y del tercero reconvenido Rafael Beltrán (fundado a fs. 919/923).

3.1. Señálase liminarmente que en tanto ambos recursos fueron articulados en similares términos, serán analizados en forma conjunta.

Pues bien, se agravieron los apelantes del rechazo de la excepción de falta de legitimación para reconvenir a terceros que articularon a la contrademanda interpuesta por el demandado.

3.2. La ley acuerda al demandado, en oportunidad de contestar la demanda, la facultad de deducir reconvenición, a la que cabe definir como una pretensión procesal interpuesta por aquél contra el actor y que debe ser tramitada y resuelta conjuntamente con la pretensión que motivó el proceso pendiente (cf. Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", Tomo VI, pág. 171).

Asimismo, la reconvenición debe interponerse, necesariamente, frente a la parte actora, y en virtud de una relación jurídica que personalmente le concierna. Es decir que, en principio, es inadmisibles la reconvenición que comprende al actor y a terceros extraños al proceso. Sin embargo, esa regla cede, en primer lugar, cuando la pretensión contenida en la demanda reconvenicional tiene como sujeto pasivo a una pluralidad de persona integrantes de un litisconsorcio necesario, pues en el caso de no demandarse a todas ellas el proceso desembocaría en el pronunciamiento de una sentencia inútil (*v.gr.* art. 89 del Código Procesal y normas afines). Asimismo, no debe descartarse la posibilidad de incluir a terceros como sujetos pasivos de la reconvenición en el caso de que, en forma manifiesta, resulte que la interposición de demandas separadas ha de conducir, por razones de conexión, a la acumulación de los correspondientes procesos (Palacio, *ob. cit.*, págs. 180/181).

Es decir que puede darse el supuesto de la reconvenición deducida frente a un litisconsorte necesario que no es el actor. En ese caso, la reconvenición es procesalmente viable, pues tratándose de un litisconsorcio necesario debe integrarse la litis con todos los litisconsortes. Ahora bien, la reconvenición no se admite contra un litisconsorte –o aun frente a un tercero en algunos casos– si el actor no es a su vez reconvenido (cf. Highton–Areán, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", tomo 7, pág. 37, Ed. Hammurabi).

Cabe agregar además, que el art. 357 último párrafo del Código Procesal establece como recaudo de admisibilidad de la reconvenición que las pretensiones en ella deducidas deriven de la misma relación jurídica o sean conexas con las invocadas en la demanda.

Desde esta óptica del análisis, corresponderá admitir la pretensión recursiva de los apelantes. Ello así, en razón de que el demandado ha deducido reconvenición no sólo contra el coactor Carrara sino contra las siguientes personas Ricardo I. Kennedy, Ricardo I. Kennedy (h), Rafael Beltrán, Juan Alfonso Kennedy y María Cecilia Ruel, que constituyen terceros ajenos al acuerdo que vinculó a las partes y funda el reclamo contenido en la demanda (ver citado acuerdo de fs. 8/11, demanda de fs. 84/93 y reconvenición de fs. 589/656).

Por lo demás, tampoco se verifica que la pretensión de la demanda sea conexa ni derive de la misma relación jurídica respecto de aquellas pretensiones que conforman la reconvenición deducida por el accionado. Véase al respecto que Fernández reclama entre otras cuestiones, la restitución de accio-

nes de la sociedad Erstar Internacional S.A., rendición de cuentas de la gestión de dicho ente, convocatoria judicial a asamblea en la misma, restitución de la marca Fortuneware, restitución de ciertas acciones de Fortuneware S.A.

Esta enumeración ejemplificativa permite concluir en la falta de conexión entre todas ellas y el reclamo impetrado en la demanda, circunstancia que conduce a la admisión de la excepción de falta de legitimación para reconvenir a terceros articulada por los apelantes. Máxime cuando muchas de esas acciones tienen previsto un trámite específico distinto al de estas actuaciones.

4. Recurso de la parte actora (fundado a fs. 951/956) y del tercero reconvenido Rafael Beltrán (fundado a fs. 958/963), contra la decisión de fs. 908.

4.1. Se agravaron los apelantes de la decisión del juez de grado en cuanto rechazó la aclaratoria que articularon contra la decisión de fs. 890/893. Ello, en tanto consideraron que se omitió analizar el pedido de rechazo in limine de la totalidad de las acciones que integran la reconvencción.

4.2. La admisión de la excepción de falta de legitimación para reconvenir a terceros, dispuesta en el acápite 3 de este pronunciamiento, torna abstractos los agravios expresados por el tercero Rafael Beltrán.

En efecto, al resolverse que el demandado no se encuentra legitimado para reconvenir en autos contra personas distintas de los actores, no existe agravio actual para el apelante derivado de la decisión atacada, ya que ha sido desvinculado de este proceso.

4.3. Distinto criterio habrá de adoptarse en lo que concierne a la parte actora.

En primer lugar, debido a que, contrariamente a lo sostenido en el escrito de expresión de agravios y en el pedido de aclaratoria de fs. 907, no solicitó al juez de grado el rechazo in limine de la reconvencción deducida en su contra. No surge tal petición de la lectura del escrito de fs. 748/759 en el que los actores contestaron el traslado de la reconvencción incoada en su contra.

Esta omisión sella la suerte del planteo, a la luz de lo dispuesto por el art. 277 del Código Procesal, en tanto la cuestión traída a conocimiento del tribunal no fue propuesta al magistrado de primera instancia.

Sin perjuicio de ello, el pronunciamiento solicitado por los apelantes sería cuanto menos prematuro, ya que persigue la declaración de improcedencia de una demanda (en el caso, la reconvencción), antes del momento procesal correspondiente, ya que recién se ha contestado el traslado de la misma.

La suerte de la reconvencción debe ser decidida –al menos en los términos en que ha quedado trabada la presente litis–, al momento del dictado de la sentencia definitiva.

5. Las costas del presente serán distribuidas en un 80% a cargo del demandado y en un 20% a cargo de los actores, atento a la forma que progresan los recursos. Asimismo, el accionado cargará con el 100% de aquéllas irrogadas por la actuación del tercero Rafael Beltrán.

6. Por todo ello, y por los fundamentos expresados por la Sra. Fiscal General en el dictamen precedente, se resuelve: a) Modificar la resolución de fs. 890/893 con el alcance que emana del pto. 3 de la presente; b) Declarar abstracto el recurso articulado por el tercero Beltrán contra la decisión de fs. 908, atento a lo expuesto en el pto. 4.2.; c) Confirmar la resolución de fs. 908 en lo que el actor corresponde, atento a lo decidido en el pto. 4.3. y 5) Distribuir las costas en la forma indicada en el pto. 5.

Notifíquese por Ujiería, a la Sra. Fiscal General en su despacho y devuélvase.

El Dr. Juan Manuel Ojea Quintana actúa conforme lo dispuesto en la resolución N° 542/06 del Consejo de la Magistratura y Acuerdo del 15/11/06 de esta Cámara de Apelaciones. – José L. Monti. – Bindo B. Caviglione Fraga. – Juan M. Ojea Quintana (Sec.: Jorge A. Juárez).

NOTA: A) El caso. En esta litis las partes estaban vinculadas por un contrato que contenía una cláusula arbitral; en el proceso se discutía la validez del contrato y la indemnización de daños y perjuicios derivados de su atribuido incumplimiento.

B) La sentencia. Con cita del dictamen Fiscal, la sentencia insiste en la insólita doctrina según la cual se excluye la competencia arbitral pactada toda vez que “...la citada controversia involucra no solo cuestiones de hecho vin-

culadas con el cumplimiento regular del acuerdo...” lo cual merece la misma crítica que hemos hecho en el número 1 a la sentencia *Rivadeneira*.

Pero por si esto fuera poco, la Cámara funda la exclusión de la competencia arbitral porque la controversia abarca “...también aspectos relacionados con la validez del mismo y de los daños y perjuicios reclamados por los actores (en razón del alegado incumplimiento del contrato)”.

C) Crítica: desconocimiento de la autonomía del acuerdo arbitral. Dado que ya hemos expuesto nuestra perplejidad con respecto a la reducción del arbitraje a las cuestiones de hecho, nos limitaremos al segundo aspecto del fallo, o sea que la controversia estaría fuera de la competencia arbitral porque se cuestiona la validez misma del convenio y los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Para ello debemos recordar un concepto central (y elemental) del arbitraje, cual es la autonomía del acuerdo arbitral.

a) Autonomía del acuerdo arbitral. La autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. En otras palabras, la ineficacia del contrato, sea genética (nulidad) o sobreviniente (resolución, rescisión), no causa la ineficacia de la cláusula arbitral. La convención arbitral, como negocio autónomo, no depende del contrato principal en cuanto a su validez, ni a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción para la resolución de una eventual controversia³⁴.

Este principio es considerado una piedra basal del sistema de arbitraje 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, pues 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 ella³⁵.

Y, es conveniente señalarlo, el principio de autonomía rige también para los acuerdos arbitrales, aun cuando no tengan elementos internacionales relevantes.

En definitiva, todo convenio arbitral es autónomo respecto del contrato del cual puede nacer la controversia o disputa.

b) Efectos de la autonomía del acuerdo arbitral. De ello se deriva que el planteo de la nulidad del contrato principal constituye una disputa resoluble por vía del arbitraje; y por ello no causa la incompetencia del Tribunal Arbitral. En síntesis:

³⁴ CNCom., sala E, 26.9.1988, *Welbers SA v. Extraktions-Technik, LL 1989-E-304*; Trib. Arbitraje Bolsa de Comercio Buenos Aires, 19.3.2002, *CIE RP SA v. Grinbank, Daniel Ernesto*, ED 198-464.

³⁵ Cf. L.W. Craig, E.E. Park, y J. Paulsson, *International Chamber...*, cit., n° 5.04 a partir de p. 48.

— si una de las partes incumple sus obligaciones fundada en la atribución de nulidad del contrato, esto causa una disputa que ha de resolverse de acuerdo con lo estipulado en la cláusula compromisoria;

— si una de las partes requerida en un arbitraje cuestiona la validez del contrato principal, este planteo no causa la incompetencia del Tribunal Arbitral, sino que introduce una disputa resoluble por vía del mismo arbitraje.

c) La autonomía del acuerdo arbitral en el Derecho argentino. La autonomía del acuerdo arbitral no está definida explícitamente en las fuentes internas, aunque sí en las fuentes internacionales incorporadas al Derecho interno.

Así, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (art. 81.1º)³⁶; veremos más adelante que esta Convención fue invocada expresamente por la C. Nac. Com., sala A, *in re Camuzzi Argentina SA v. Sodigas Sur SA*, para afirmar la autonomía de la cláusula arbitral y su subsistencia en caso de resolución del contrato que, en el caso, era un convenio de accionistas.

Y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur bajo el acápite “Autonomía de la convención arbitral” dice: “*La convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral*” (art. 7); agregando en el art. 1siguiente: “Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal Arbitral, de oficio o a solicitud de partes”.

Debe recordarse que estas reglas internacionales han sido ratificadas por la Argentina y, por lo tanto, incorporadas a su Derecho, y por su naturaleza prevalecen sobre los códigos procesales (arts. 31 y 75, inc. 22, CN)³⁷.

La autonomía del acuerdo arbitral también ha sido reconocida por los tribunales en numerosos pronunciamientos, de los cuales el primero es el dictado nada menos que por la Corte Suprema de Justicia en un viejo caso. Dijo allí la Corte: “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

³⁶ El art. 81.1º Convención de Viena, refiriéndose a los efectos de la resolución del contrato, dice: “...La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución”.

³⁷ Art. 31.— Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Art. 75.— Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

la constitución del tribunal no está excluida de las que debe someterse al juicio de los árbitros arbitradores, los que podrán resolver hasta qué punto sean legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes”³⁸.

Muchos años después, un tribunal de apelaciones se pronunció diciendo: “La forma en que se instrumenta la cláusula arbitral no altera su naturaleza de convención autónoma que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia”³⁹.

La misma Cámara de Apelaciones en lo Comercial tuvo que resolver la siguiente cuestión: se trataba de una cláusula arbitral pactada en un convenio de accionistas y la materia del proceso era justamente la validez de tal convenio. En la especie el tribunal judicial determinó que “si el desplazamiento de la jurisdicción arbitral es permitido ante un planteo como el aquí efectivizado, se podría impedir con facilidad la intervención de aquélla, apartándose así de la originaria intención común de las partes. Luego, debe adoptarse en el sub lite una interpretación amplia que mantenga aquella vía elegida”, agregando más adelante que “la autonomía antes expuesta ha sido establecida a través de reglas precisas en la Convención de Viena del 11/4/1980, ratificada por la República Argentina por ley 22.765 del 24/3/1983 que, en su art. 81.1º, dispone que la resolución del contrato no afectará las estipulaciones relativas a la solución de controversias, habiéndose entendido que se refiere a las cláusulas de selección de foro, entre las que se encuentra, sin dudas, el acuerdo arbitral. También el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional establece, en el art. 21, que el Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia. Idéntica previsión se encuentra en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial del 21/6/1985”⁴⁰.

Más recientemente la cuestión de la autonomía se planteó en el caso *Bear Service*, resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, pero que además llegó a conocimiento de la Corte Suprema de la Nación. Se trataba de un contrato de distribución en el que se había pactado un arbitraje ICC en México, pero la parte argentina promovió demanda ante el juez nacional arguyendo que, estando resuelto el contrato, no aplicaba la cláusula arbitral. La Cámara, después de sostener la eficacia de la cláusula arbitral al amparo del art. 1197, CCiv., y que como tal es ley para las partes, argumentó que la interpretación propiciada no se compadecía en modo alguno con el texto de la cláusula arbitral, que preveía la designación de árbitros para dirimir cualquier conflicto o reclamación que “resulte” o “se relacione” con el contrato, resultando evidente que el reclamo orientado a lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios que se habrían producido por la rescisión del convenio se

³⁸ _CSN, 19/12/1918, *Franke, O. v. Provincia de Buenos Aires*, Fallos 128:402.

³⁹ _C. Nac. Com., sala E, 26.9.1988, *Welbers v. Extraktions-Technik*, LL 1989-E-304, con nota de A. Boggiano.

⁴⁰ _CNCom., sala A, 27.8.1999, *Camuzzi Argentina SA v. Sodigas Sur SA*.

relaciona directamente con el contrato; de lo cual consideró el tribunal que era fatal concluir que debía aplicarse al caso la cláusula de referencia en tanto el propio contrato dispuso que “la terminación del presente contrato no dejará sin efecto (...) ninguna disposición del mismo que esté prevista para aplicarse después de dicha terminación...”⁴¹.

Tuvimos oportunidad de comentar este decisorio de la Cámara, afirmando que ella respondía a los criterios internacionalmente aceptados en punto a la autonomía de la cláusula arbitral, máxime teniendo en cuenta que se trataba de la cláusula modelo de la ICC, cuyo Reglamento de Arbitraje consagra la autonomía en el art. 6.4º. Interpuesto recurso extraordinario ante la Corte Suprema esta confirmó el pronunciamiento del tribunal mercantil.

En fin, no parece dudoso que la invocación de la invalidez del contrato principal en el que se halla incluida la cláusula arbitral, es insuficiente para desplazar la competencia arbitral. De otro modo, bastaría cualquier invocación de esta naturaleza para tornar estéril el contrato de arbitraje.

d) Los daños y perjuicios y la competencia arbitral. En la sentencia no aparece transcrita la cláusula arbitral. Sin embargo no parece que ella haya excluido expresamente la determinación de los efectos del incumplimiento o de los daños y perjuicios, pues en esa hipótesis el tribunal se habría debido apoyar en el texto explícito de la cláusula.

Sí, como es posible entrever, la cláusula preveía el sometimiento a arbitraje de todas las cuestiones derivadas del contrato, ella comprende sin duda alguna los efectos del incumplimiento. Así lo había resuelto la misma Cámara en el ya citado caso *Bear Service*.

La solución contraria carece de todo fundamento salvo el inaceptable argumento de la interpretación restrictiva que se sustenta solo en la repetición irreflexiva de un criterio carente de apoyo legal.

D) Conclusión. La sentencia desconoce la autonomía de la cláusula arbitral omitiendo la ponderación del Derecho comunitario y del Derecho supranacional incorporado a la legislación interna que pueden suplir por vía de analogía la inexistencia de una norma aplicable al arbitraje doméstico; y también prescinde de la jurisprudencia de la Corte. Introduce así un factor de perturbación del arbitraje, al facilitar el desconocimiento de la eficacia de la cláusula arbitral con la sola invocación de alguna causal de ineficacia del contrato principal que es, obviamente, un contrato distinto al de arbitraje.

En cuanto a la exclusión de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de la competencia arbitral, indica a los abogados que deben redactar cláusulas arbitrales lo más abarcativas posibles, para evitar que los tribunales judiciales, omitiendo los principios más elementales del arbitraje, terminen haciendo estéril lo pactado. Claro que ello puede hacer que entonces los jueces muestren su hostilidad razonando de manera inversa: ante una descripción amplia y precisa de hipótesis comprendidas en la

⁴¹ CNCom., sala D, 22.2.2002, *Bear Service v. Cervecería Modelo SA*, LL 2002-D-7, ED 197-554.

cláusula, podrán hacerla ineficaz diciendo que la controversia concreta no está incluida expresamente en la detallada descripción hecha por un abogado minucioso.

O sea, mientras no exista una ley de arbitraje que incluya de manera clara cuestiones tales como la autonomía arbitral y el principio competencia – competencia, no estaremos a salvo de la arbitrariedad judicial tan crudamente exteriorizada en los precedentes que venimos comentando.

Cámara Contencioso Administrativo de La Plata, 30 de agosto de 2007

Partes: *Milantic Trans SA c/ Ministerio de la Producción – Astillero Río Santiago y otro.*

Fuente: EDA, 2007–362.

Ejecución del laudo arbitral extranjero. – Desestimación.

En la ciudad de La Plata, a los treinta días del mes de agosto del año dos mil siete, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en acuerdo ordinario, para entender en la causa *Milantic Trans. S.A. c. Minist. de Producción – Ast. Río Santiago y otro/a s/ejecución de sentencia*, en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2, del departamento judicial de La Plata (Expte. n° 4308), debiendo observarse, con arreglo al sorteo de ley, el siguiente orden de votación: señores jueces doctores Gustavo Juan De Santis, Gustavo Daniel Spacarotel y Claudia Angélica Matilde Milanta. El tribunal resolvió aprobar la siguiente resolución.

Visto y Considerando: El recurso de apelación interpuesto a fs. 393/395, por la parte demandada, contra la resolución de la juez de grado de fs. 370/388vta., el tribunal resolvió plantear y votar la siguiente cuestión: ¿Es justo el pronunciamiento apelado?

A la cuestión planteada, el doctor De Santis dijo:

Gestionado el exequátur, promovido para dotar de carácter ejecutorio al laudo arbitral extranjero que le diera fundamento, Fiscalía de Estado se agravia de la resolución favorable, dictada a fojas 370/389.

Si bien el núcleo central del recurso aborda el aspecto relativo a la imposición de las costas, que la juez de la causa decide a cargo del Fisco provincial aplicando la regla procesal común del art. 68 del cód. procesal civil y comercial (ap. 3° pte. disposit.), el modo como ha sido articulado el planteo impugnatorio fuerza a este tribunal a ingresar al fondo de la pretensión principal.

Ello así pues, no sólo se observa el carril de rito para decidir la controversia y se formula reserva del caso federal, sino, se ingresa en los contornos centrales de la polémica a la que el recurrente une sustancialmente la derivación accesorio que trata, in extenso, en el recurso.

Así pues, no cabe considerarlo limitado a ese segmento complementario. A cambio, sus fundamentos exigen ser ponderados comprendiendo la materia principal.

La polémica que arriba a esta instancia ha quedado centrada pues en valorar la presencia de error de juzgamiento en el fallo atacado.

Planteada con esos contornos la cuestión a elucidar he de destacar que, la lógica que conduce la decisión recurrida obliga a tratar un aspecto vinculado que valora y en el que cabe dar sitio a la inferencia, en la especie que suscita esta intervención.

En efecto, del considerando tercero se extraen como fundamentos para aplicar el mecanismo de composición de diferendos de la Convención de Nueva York, de un lado su aprobación por ley

nacional n° 23.619, y del otro la naturaleza comercial del objeto contractual, cuya suerte motivara el laudo que sostiene la solicitud de ejecución ante los tribunales de esta provincia. Ello así, con cita expresa del art. 7° del cód. de comercio.

Con esa base de exégesis, reiterada en otros pasajes del pronunciamiento, puede comprenderse la derivación directa hacia las normas del Código Procesal Civil y Comercial y el desplazamiento del Código Procesal Administrativo (ley 12.008), a pesar de indicar lo contrario el acatamiento a este último como marco adjetivo de aplicación, así admitido, y sin cortapisas, por ambas partes y por el propio órgano judicial. Incluso, defendido e invocado por los presentantes de fs. 120/123 para justificar la competencia del fuero, ante el requerimiento expreso de fs. 119.

Así las cosas, el argumento de la juez de primera instancia resulta incompatible con esa misma conducta pues, cabe apreciar que la "función administrativa", sostén suficiente de su propia habilitación jurisdiccional (cf. art. 166, CPBA y arts. 1°, 2°, 3°, 4° y concs., CCA), desaloja toda naturaleza comercial para los actos de gestión que la comprendan.

El rumbo excluyente hacia la satisfacción del "interés público" constituye su esencia y la justifica como actividad estatal pues, sin él quedaría despojada de toda legitimación posible. La expone, además, como una relación de poder, tal y como compete a toda conducta pública.

En ese marco, el razonamiento del despacho en recurso se muestra carente de cimientos para sostener, tanto el pronunciamiento en lo principal como el criterio de imposición, en tanto, el régimen de Derecho público que impregna la relación entre el Estado y los particulares desbarata todo propósito por concebir, desde el ángulo estatal, un acto en interés privado, como lo son, precisamente, tanto el acto de comercio como la actividad de los comerciantes.

La asimilación, así, resulta inadecuada.

Y, no sólo a partir de esa hermenéutica, destinada a desplazar la aplicación forzada del indicado tratado internacional como mecánica de composición de conflictos en los que el Estado provincial sea parte, sino también con la propia inteligencia de los litigantes y de la juez de la causa, orientada sin vacilaciones a ubicar en la "función administrativa" la controversia, aun en el estrecho marco incidental abierto por las excepciones opuestas.

Para más, en tanto la materia considerada se integra a aspectos locales de jurisdicción, tampoco es disponible por el Estado federal pues, es esa una de las medidas que confina sus atribuciones delegadas y le confiere al caso suscitado una impronta institucional que justifica el abordaje que auspicio.

El límite, por lo tanto, no puede ser rebasado bajo ninguna circunstancia pues, se trata de un componente local así reconocido, y con toda claridad, por el art. 75, inc. 12, de la Constitución de la Nación Argentina.

La autonomía provincial desplaza toda iniciativa que la sustituya cuando la especie en juego sea de estirpe adjetiva. Es ésta una cuestión no delegada al Gobierno federal y, por ende, ajena al sistema jerárquico vinculante que sugiere el fallo impugnado (cdo. 4°), éste siempre acotado a otras materias transferidas.

Para más si es que la especie sustantiva se halla regida por el Derecho público local, carácter este que presenta la relación jurídica de fondo y que ha sido admitido por las partes en el proceso de ejecución, desde el inicio de su transcurso.

Puede seguirse, de todo ello, la fuerza inocultable que cobra la ausencia de ley local aprobatoria del acuerdo de composición que trae el contrato celebrado, atribuido éste a uno de los cuadros de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires (ARS).

Por otra parte, huelga abundar en las razones de orden público que impiden detraer de la jurisdicción de los tribunales locales el conocimiento y decisión de actos u otras conductas de poder con origen en el ámbito de actuación del órgano a cargo de la función administrativa (cf. arts. 121, 122 y 123, CN y art. 166, últ. párr., CPBA).

También éste constituye un argumento más a favor de la aplicación de las normas especiales del proceso administrativo, como también de la evidencia de error de juzgamiento en la sentencia recurrida.

Por lo expuesto cabe concluir que, siendo el procurado un caso al que por sus contornos le cupo ubicación en el fuero contencioso, le resulta aplicable el régimen adjetivo que le es propio, sin que sea autorizado desplazar a ninguna de sus reglas expresas.

Tampoco, cuanto menos sin autorización legislativa expresa, resulta procedente, bajo ningun-

na circunstancia, detraer del conocimiento y decisión de los tribunales locales las controversias que suscite la actuación de los órganos del Estado provincial (cf. art. 166, CPBA y arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 51 y conchs., ley 12.008).

Despejada la hipótesis de ausencia normativa prevista por el art. 77 del CCA o de otras en las que la aplicación del sistema ritual permita excepciones de trámite, la integridad reglamentaria instrumental incluye a todo lo previsto.

Una de esas reglas es, también, la que contempla el art. 51 del CCA. A ella cabe remitir, con la solución del caso, la que corresponde en materia de costas.

No aprecio aspecto singular, para el trámite seguido y consentido, que justifique el desalojo de la norma específica a la que tributa (art. 51, CCA), por ninguna otra extraña a su régimen ritual.

La del art. 68 del cód. procesal civil y comercial reúne esa ajena calidad y, por lo tanto, carece de toda vocación aplicativa en aquél.

Por lo tanto, comprendida la discusión judicial abierta en el espacio de composición propio del fuero y resuelta ésta con las significativas carencias consideradas en éste para juzgar la decisión sobre el fondo, cabe revocar el pronunciamiento recurrido dejándolo íntegramente sin efecto.

Así, el criterio expuesto me lleva a proveer mi voto por la negativa a la cuestión planteada por el tribunal.

Por ello, propongo: Hacer lugar al recurso de apelación articulado por Fiscalía de Estado y revocar la resolución atacada (cf. arts. 55, 56, 58, 59 y conchs., CCA). Rechazar la ejecución del laudo arbitral extranjero dictado en la ciudad de Londres el 15-11-04, y sus ampliatorios, declarando improcedente la petición de la parte demandante (cf. arts. 75, inc. 12, 121, 122, 123, CN y arts. 57, 166, y conchs., CPBA). Distribuir las costas del proceso, en ambas instancias, en el orden causado (art. 51, CCA).

A la cuestión planteada, el doctor Spacartel dijo:

En efecto, a mayor abundamiento y aún con prescindencia del contenido del recurso de apelación, tratándose la presente de la ejecución de una sentencia, en la que se hubo debatido una cuestión de naturaleza ius publicística, al respecto campean cuestiones de Derecho público, y por ello considero que no existiría exclusión compulsiva de un tribunal de justicia hasta para avanzar hipotéticamente en el mérito de lo decidido, respecto del cual la CS ha dicho “que es principio basado en la garantía de defensa en juicio que a los fines de la solución de controversias jurídicas individuales no se excluya compulsivamente la intervención de un tribunal de justicia” (Fallos, 267:205 y 301:111).

La acción debatida en autos que se deduce ante el juez de primera instancia e incluye como causa suficiente el caso en que el laudo contraría el orden público, justifica la intervención de este órgano judicial, con prescindencia del alcance del recurso.

Así, en “*Cartellone c. Hidronor*” la Corte Suprema dejó sentado, que si bien se había renunciado a la apelación por lo que no debería proceder la impugnación del laudo, ello no podía ser interpretado como una renuncia a atacar las decisiones arbitrales que contraríen el orden público (Bosch, “Apuntes sobre el control judicial del arbitraje [a propósito de la sentencia *Cartellone c. Hidronor*]”, ED, 209-693).

Dice Morello que “siempre se podrá contar con la sombrilla protectora de la Corte Suprema en supuestos excepcionales, que requieren preservar la seguridad jurídica (CS, Fallos, 242:501). Se tendrá su palabra final cuando valores y principios superiores en juego la hagan ineludible” (Morello, Augusto M., “El recurso extraordinario”, pág. 213, n° 206, Abeledo-Perrot, 1999).

A su turno, Roque Caivano explica que “el control judicial en el arbitraje aparece vinculado con la garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. El ordenamiento jurídico, al reconocer a los laudos la eficacia de una sentencia judicial, confirma la existencia de una jurisdicción privada en cabeza de los árbitros. Sin embargo, esta autoridad de los árbitros está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos: que surja del consentimiento válido de las partes, que se refiera a cuestiones disponibles, que sea ejercida con respeto a las garantías del debido proceso y que no vulnere el orden público. Precisamente para verificar si tales requisitos se cumplen, existe una instancia de revisión judicial, prevista como irrenunciable, que se traduce en recursos y acciones de nulidad a través de las cuales se impugnan las

decisiones de los árbitros en procura de una declaración que las invalide” (Caivano, Roque J., “Arbitraje en la Argentina: fortalezas y debilidades”, ED, 200–767).

Por ello y los argumentos vertidos por el doctor De Santis, voto en igual sentido.

A la cuestión planteada, la doctora Milanta dijo:

Adhiero a los fundamentos y solución propuesta por el doctor De Santis, y a las razones concordantes expuestas por el doctor Spacarotel, votando en idéntico sentido.

Por ello el tribunal resuelve: a) Hacer lugar al recurso de apelación articulado por Fiscalía de Estado y revocar la resolución atacada (cf. arts. 55, 56, 58, 59 y concs., CCA). b) Rechazar la ejecución del laudo arbitral extranjero dictado en la ciudad de Londres el 15–11–04, y sus ampliatorios, declarándose improcedente la petición de la parte demandante (cf. arts. 75, inc. 12, 121, 122, 123, CN y arts. 57, 166, y concs., CPBA). c) Las costas del proceso se distribuyen, en ambas instancias, en el orden causado (art. 51, CCA). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para la oportunidad dispuesta por los arts. 31 y 51 del decreto–ley 8904/77. Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen oficiándose por Secretaría. – Gustavo J. De Santis. – Gustavo D. Spacarotel. – Claudia A. M. Milanta (Sec.: Griselda S. Picone).

A) El caso. En la especie la parte actora demandó contra la Provincia de Buenos Aires y el Ente Administrador Astillero Río Santiago, el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en Londres. Fundó su pretensión en la Convención de New York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que se encuentra ratificada por la República Argentina. La causa del arbitraje estaba en un contrato de construcción de buques celebrado entre la parte actora y el Ente Administrador Astillero Río Santiago.

En la primera instancia las demandadas cuestionaron la procedencia del exequátur. Para ello arguyeron la inaplicabilidad de la Convención de New York por no ser el contrato que unía a las partes un contrato comercial y por estar afectada la parte signataria de una incapacidad para la celebración del negocio ya que este no había sido ratificado por ley de la Provincia como el mismo contrato exigía; que la legislación provincial no establece ningún procedimiento para la ejecución de laudos extranjeros; que el laudo afectaba el orden público argentino por establecer la capitalización de intereses. También solicitaba *ad eventum* que la condena en dólares se pagara en pesos.

En una nota tan crítica de los pronunciamientos judiciales, es exigencia de la justicia destacar que la sentencia dictada por el juez inicial es sencillamente excelente.

En tal pronunciamiento el juez, con un valioso cortejo argumental sustentado en la normativa aplicable, doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, resolvió hacer lugar al exequátur, para lo cual en apretada síntesis afirmó:

– que el contrato de construcción de buques es un acto de comercio (art. 8, inc. 7, Cód. Comercio)⁴², por lo cual la ejecución del laudo quedaba com-

⁴² Art. 8°. La ley declara actos de comercio en general:... 7° Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo.

prendida en las disposiciones de la Convención de New York tal como ha sido ratificada por Argentina⁴³;

– que la circunstancia de que el Código Procesal de la Provincia no previera la ejecución de laudos extranjeros, carecía de toda relevancia pues en su caso debería aplicarse la normativa relativa a la ejecución de sentencias extranjeras desde que la jurisprudencia de la Corte de la Nación ha asimilado los laudos arbitrales a las sentencias judiciales;

– que, además, resulta aplicable el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previsto en la Convención de New York, que al haber sido ratificada es ley suprema de la Nación (art. 31 CN) siendo aplicación automática a nivel nacional y local, desplazando a las leyes nacionales y locales (art. 75, inc. 22, CN);

– que el laudo reúne todos los requisitos previstos para su reconocimiento y ejecución conforme a la Convención;

– que, en particular, no había ninguna incapacidad del Ente Administrador Río Santiago para celebrar el contrato que incluía la cláusula arbitral, desde que ese contrato había sido ratificado por ley de la Provincia n° 11.837 que autorizó al Ente a contratar con el Banco Provincia las garantías “necesarias para llevar adelante la construcción de buques destinados a la exportación” (art. 1), autorizó al Banco Provincia a otorgar las garantías bancarias y dispuso que el Poder Ejecutivo de la Provincia garantizara el cumplimiento de las obligaciones de pago asumidas por el Ente Administrador Río Santiago ante el Banco Provincia;

– que no había ninguna violación al orden público causada en la capitalización de intereses, pues el art. 623 Cód. Civil⁴⁴ autoriza el pacto de capitalización; de modo que la solución del laudo no es incompatible con el espíritu de la legislación del país.

La demandada recurrió la sentencia de primera instancia sólo en lo que hacía a la imposición de costas del proceso, que le habían sido atribuidas.

La Cámara dejó sin efecto la sentencia en cuanto había concedido el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

⁴³ Al tiempo de la ratificación de la Convención, Argentina hizo uso de la reserva comercial; así, la ley 23.619 dispuso: “En el momento de efectuarse el depósito del instrumento de ratificación se formulará la siguiente declaración:

“La República Argentina declara que:

“A base de reciprocidad, aplicará la convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente. Declara, asimismo, que sólo aplicará la convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

⁴⁴ Art. 623. No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa, que autorice su acumulación al capital, con la periodicidad que acuerden las partes, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza.

B) La sentencia de Cámara. Como se anticipó en las líneas precedentes, la Cámara cuya vocación era resolver sobre las costas, revocó el pronunciamiento de la anterior instancia en cuanto al fondo y desestimó el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

Para ello, con un lenguaje alambicado y tan oscuro que parece querer ocultar su “doctrina”, la Cámara recurrió a los siguientes “argumentos”:

– que la Convención de New York no es aplicable porque el contrato entre el Estado y los particulares no puede quedar comprendido en la categoría de acto de comercio;

– que la materia adjetiva no está delegada en el gobierno federal, por lo que la Convención de New York no rige en la Provincia de Buenos Aires;

– que sin autorización legislativa expresa no es admisible la prórroga de la competencia de los tribunales locales.

C) Crítica de la sentencia.

a) Sobre la vigencia de los tratados en las Provincias. El primer voto dice: “...en tanto la materia considerada se integra a aspectos locales de jurisdicción, tampoco es disponible por el Estado Federal pues, es esa una de las medidas que confina sus atribuciones delegadas y le confiere al caso una impronta institucional que justifica el abordaje que auspicio”... “La autonomía provincial desplaza toda iniciativa que la sustituya cuando la especie en juego sea de estirpe adjetiva. Es ésta una cuestión no delegada al Gobierno Federal y por ende ajena al sistema jerárquico vinculante que sugiere el fallo impugnado” (el fallo de 1ª Instancia había razonado que la Convención de New York desplaza cualquier regla local por efecto de los artículos 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional: esta es la jerarquía normativa que el fallo de Cámara desconoce).

No creo que pueda encontrarse en las decisiones judiciales de todo el país un tribunal que haya desconocido la vigencia en las Provincias de los tratados sobre materias procesales que el Gobierno Federal haya ratificado y con ello incorporado al Derecho interno.

Es que de acuerdo al “razonamiento” del primero voto de la Cámara, en la Provincia de Buenos Aires no rigen:

– el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889;

– el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1939/40;

– la Convención de Panamá de 1975;

– la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada por las Conferencias Especializadas en Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos en Montevideo en el año 1979 (conocida como CIDIP II);

– el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa, ratificado por ley 24.578 de noviembre de 1995;

- el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR;
- la Convención de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil;
- otras numerosas Convenciones como la Interamericana sobre Cartas Rogatorias, la Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el extranjero, la de La Haya de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el extranjero en Materia Civil o Comercial, etc.;
- los numerosos tratados bilaterales de cooperación, asistencia judicial, supresión de legalizaciones, tramitación de exhortos, etc., suscriptos con distintos países;

Obviamente este insólito decisorio carece de todo fundamento.

Las Provincias han delegado en el Gobierno Federal las relaciones exteriores y con ello la facultad de celebrar tratados con las potencias extranjeras (art. 75, inc. 22, CN).

En ejercicio de esas atribuciones el Estado Federal ha suscripto y ratificado la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, la cual establece en su Parte III, bajo el título “Observancia, aplicación e interpretación de los tratados”, que *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26), y en el art. 1siguiente, bajo el acápite “*El Derecho interno y la observancia de los tratados*” dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”

Estas disposiciones se complementan con el art. 29, que dice: “*Ámbito territorial de los tratados*. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Es esta una regla que claramente se dirige a los Estados federales⁴⁵.

No está de más recordar que la Corte Suprema Nacional, en la causa *Ekmekdjian v. Sofovich* (1992), afirmó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —ratificada por la Argentina— confiere primacía al Derecho internacional convencional sobre el Derecho interno y que esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. De esta manera —señaló la Corte—, la necesaria aplicación del art. 27, Convención de Viena, impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumpli-

⁴⁵ Algunas convenciones internacionales prevén expresamente que el Estado con varias unidades territoriales pueda eximir a algunas de ellas de las obligaciones internacionales asumidas. Así, la Convención de Panamá de 1975 en su art. 11 dispone: “*Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas*”. Del mismo modo la CIDIP II en su art. 12: “*Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas*”.

miento del tratado internacional en los términos del citado art. 27, Convención de Viena.

La reforma constitucional de 1994 consagró definitivamente esta tendencia.

De modo que los tratados suscriptos y ratificados por el Gobierno Federal obligan a todas sus unidades políticas –Provincias y Municipios– y por ello la sentencia de 1ª Instancia recordaba con acierto que la ratificación de la Convención de New York “implica la introducción automática de sus disposiciones a nivel local y nacional, desplazando la aplicación de las normas en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros contenidas en los códigos procesales –nacional y provinciales– debiendo aplicarse en todo el territorio argentino por los tribunales provinciales, nacionales o federales, con exclusión de cualquier otra disposición (Grigera Naón, Horacio A., Ratificación por la Argentina de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, LL 1989–C–881)”.

Por lo demás es claro que la Convención de New York excede en mucho a la mera materia adjetiva y que no afecta en absoluto la autonomía local en cuanto al procedimiento.

Para comprobar esto hubiera bastado con la lectura atenta del art. 3 de la Convención que dice:

“Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

La norma bajo análisis contiene tres proposiciones que pueden y merecen ser estudiadas separadamente.

En la primera, el art. 13 sienta el objetivo fundamental que inspiró la creación del documento internacional: *la obligación de todos los Estados contratantes de reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y de conceder su ejecución*. Es evidente que este deber del Estado comprende a todas sus unidades políticas y la Provincia de Buenos Aires no puede estar excluida de este deber causado en el Derecho internacional.

Luego dispone que el procedimiento de reconocimiento y ejecución se ajustará a las normas procesales del país requerido; claro es que, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes.

De modo que el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se rige por la *lex fori*, en el caso concreto, por las normas que rijan en la Provincia de Buenos Aires. Al no haberlas serán las normas que rijan la ejecución de sentencias extranjeras desde que los laudos se asimilan a las sentencias como lo hubo resuelto la sentencia de la Primera Instancia.

O sea que ningún agravio a la autonomía provincial existe en la vigencia de la Convención desde que esta se remite a las disposiciones locales, con la sola limitación de que ellas no establezcan condiciones discriminatorias (tercera proposición del art. 3 de la Convención). Cabe apuntar que las disposiciones procesales locales están siempre limitadas por el Derecho de fondo de naturaleza federal: la obligación de reconocimiento de la eficacia de los laudos al estar fundada en el Derecho internacional y haber sido incorporada al Derecho interno por vía de la ratificación de la Convención, opera del mismo modo como límite a las reglas procesales locales.

b) Sobre el carácter del contrato de construcción de buques. El primer voto afirma que el régimen de Derecho público que impregna la relación entre el Estado y los particulares desbarata todo propósito por concebir, desde el ángulo estatal, un acto en interés privado, como lo son precisamente, tanto el acto de comercio como la actividad de los comerciantes.

La afirmación de la sentencia es objetable en tanto se advierta que estamos ante un contrato internacional, hecho este último indiscutible dado que la contraparte del Estado es una sociedad extranjera y el objeto del contrato es la construcción de un buque para su exportación.

En el plano internacional la actuación del Estado o de cualquiera de sus emanaciones, es la de un agente del comercio internacional que se encuentra en un plano de igualdad con su co-contratante y en particular no puede invocar las reglas de su propio Derecho interno para intentar liberarse del convenio arbitral ni, agregamos, para invocar las condiciones exorbitantes del Derecho administrativo local. En alguna medida, se ha dicho por autorizada doctrina, “la actuación del Estado o de alguna de sus emanaciones en la arena internacional... sería o debería ser tratada como la actuación de cualquier otro comerciante o mercader internacional”⁴⁶.

En el mismo orden de ideas se ha dicho que cuando el Estado o una emanación de él entra como parte de un contrato internacional, no tienen cabida las tradicionales oposiciones entre Derecho público y privado⁴⁷; la noción de “contrato administrativo internacional” sería un sin sentido según la lógica del lenguaje jurídico⁴⁸.

Pero además la afirmación del fallo deviene vacua en tanto se advierte que no se hace esta calificación para habilitar la aplicación de la “reserva comercial” hecha por el Estado argentino al ratificar la Convención de New York, desde que el mismo fallo establece –como lo hemos visto– que tal Convención no rige en la Provincia de Buenos Aires.

⁴⁶ Vid. E. Silva Romero, *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, jun.–dic. 12004, a partir de p. 155. La conclusión de Silva Romero se funda en los desarrollos de la jurisprudencia francesa en los célebres casos *Galakis* y *Creighton* (fallados por la Cour de Cassation, respectivamente en 2 de mayo de 1966 y 6 de julio de 2000), en la ley suiza de derecho internacional privado y en la nueva ley española de arbitraje.

⁴⁷ P. Mayer, “La neutralisation du pouvoir normatif de l’État en matière des contrats d’État”, *Journ. dr. int.*, 1985, p. 5.

⁴⁸ E. Silva Romero, *loc. cit.*

c) Sobre la autorización legislativa para comprometer en árbitros. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que el Estado debe estar autorizado por ley para desplazar la competencia judicial a favor de la arbitral.

Pero lo cierto es que en el caso la Provincia de Buenos Aires había aprobado el contrato como lo señala la sentencia de 1ª Instancia, y ese contrato contenía la cláusula arbitral. Con lo cual la más elemental interpretación de buena fe⁴⁹ indica que el Gobierno de la Provincia había ratificado el convenio arbitral.

d) Sobre el alcance del recurso⁵⁰. Finalmente no puede eludirse un comentario sobre un aspecto central de este pronunciamiento, que es la avocación del tribunal a una materia ajena al recurso de apelación y que lo excede notoriamente.

En efecto: la apelación se dedujo contra el modo en que las costas habían sido impuestas pero el tribunal de alzada superó el *tanto appellatum tanto devolutum* y se metió en el fondo de la cuestión.

Los argumentos del primer voto son literalmente incomprensibles.

Leamos: “Si bien el núcleo central del recurso aborda el aspecto relativo a la imposición de las costas...el modo en que ha sido articulado el planteo impugnatorio fuerza a este tribunal a ingresar al fondo de la cuestión principal. Ello así pues, no sólo se observa el carril de rito para decidir la controversia y se formula reserva del caso federal, sino, se ingresa en los contornos centrales de la polémica a la que el recurrente une sustancialmente la derivación accesoria que trata, *in extenso*, en el recurso. Así pues, no cabe considerarlo limitado a ese segmento complementario. A cambio, sus fundamentos exigen ser ponderados comprendiendo la materia principal”.

Traducido al castellano corriente o vulgar, lo que parece querer decir el preopinante es que el demandado apeló la imposición de costas, pero como su crítica al modo en que fueron aplicadas ingresa en la cuestión de fondo, ello habilita al tribunal a modificar no sólo la distribución de las costas sino también lo resuelto sobre el fondo aunque esto haya sido consentido por el perdidoso.

Se advierte inmediatamente lo peligroso de esta “doctrina” del fallo y como el derecho de defensa del vencedor en la instancia anterior han sido conculcados.

El peligro radica en que es una doctrina fácilmente generalizable: en muchos de los casos en que se apela el modo en que las costas han sido impuestas se hace alguna referencia al fondo del asunto, pues es lógico argumentar

⁴⁹ Que los Estados están obligados a actuar de buena fe en el comercio internacional es una afirmación obvia; de todos modos ha sido invocada en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia judicial de muchos países; entre ellos en los ya citados casos *Galakis* y *Chreighton*.

⁵⁰ La crítica a este aspecto de la sentencia ha sido cuidadosamente hecha en la nota de H. Cruchaga, “Ejecución de un laudo de tribunal extranjero”, *LL* 4.7.08. Aquí nos limitamos entonces a algunos aspectos de esta materia.

que es un caso excepcional, que las defensas no fueron arbitrariamente opuestas, que la parte pudo creerse con derecho, etc.. Hasta ahora se sabía que estos argumentos se hacían solo para cuestionar la imposición de costas; ahora habría que esperar –al menos en el ámbito de la justicia contencioso-administrativa de la Provincia de Buenos Aires– que ello habilite a revisar la decisión de fondo.

La conculcación de la garantía del debido proceso respecto del vencedor es ostensible. Él ha contestado un recurso sobre la imposición de costas y se encuentra con una decisión que revoca la resolución de fondo. La Cámara ha violado los límites de su competencia, y con ello violado la garantía del debido proceso pues se han omitido la audiencia y la contradicción.

Por esto y aun prescindiendo de los groseros errores que contiene la sentencia, ella es arbitraria en el sentido que a tal expresión asigna la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

e) El voto concurrente sobre el alcance del recurso. La sentencia luce un voto concurrente que intenta dar algún fundamento a la violación del límite del recurso y que por su contenido merece alguna digresión. Con el mismo lenguaje retórico se intenta sostener que por el hecho de camppear (verbo usado en la sentencia) cuestiones de Derecho público, “no existiría exclusión compulsiva de un tribunal de justicia hasta para avanzar hipotéticamente en el mérito de lo decidido, respecto del cual la CS ha dicho que es principio basado en la garantía de defensa en juicio que a los fines de la solución de controversias jurídicas individuales no se excluya compulsivamente la intervención de un tribunal de justicia”.

El párrafo es incomprensible: la Corte ha establecido esta doctrina con relación a los tribunales administrativos y solo la ha extendido al arbitraje cuando se trató de arbitrajes obligatorios⁵¹, siempre que no mediara voluntario sometimiento aun implícito resultante de no cuestionar la competencia del órgano al contestar un emplazamiento⁵², habiéndose incluso sostenido que esos casos los tribunales arbitrales son verdaderos tribunales administrativos⁵³.

Luego el fallo insiste en el necesario control judicial porque debe comprobarse que los árbitros no vulneren o contraríen el orden público, lo que pretende sostener con citas de la sentencia en el caso *Cartellone* y de un trabajo de Morello.

Es cierto que los laudos arbitrales están sujetos a un limitado control de la justicia estatal, y ello opera en un doble plano. En un primer plano, el mecanismo de control estatal se ejerce a través de los recursos que prevea la ley de

⁵¹ CSN, 7.7.75, *Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda. s/ expediente administrativo*, Fallos 292:223.

⁵² CSN, 26.10.76, *Icer S.A c/ Molinos Florencia SA*, Fallos 296:230; en el caso se decidió que el recurrente había aceptado la jurisdicción de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales al no cuestionarla cuando contestó.

⁵³ Voto de los dres. Fayt y Petracchi en CSN, 5.11.02, *Meller Comunicaciones SA UTE c/ ENTel, LL* 2003–B–906.

la sede. En el caso, la ley inglesa autoriza un recurso ante un tribunal judicial de Londres que la parte demandada no ejerció. En un segundo plano, y tratándose de la ejecución de un laudo extranjero, el control se ejerce por el juez del *exequátur*. Para ello la Convención de New York prevé defensas oponibles por la parte contra la cual se persigue la ejecución del laudo y objeciones que el tribunal requerido puede invocar oficiosamente.

En el caso ese control ya había sido ejercido por el juez de la anterior instancia, ante el cual habían sido opuestas defensas que iban desde la falta de legitimación de la Provincia, pasaban por la ausencia de capacidad de la parte signataria de la cláusula arbitral y terminaban en que el laudo violaba el orden público.

De modo pues que el demandado en el arbitraje y los requeridos en el *exequatur* gozaron de todas las garantías de control estatal del proceso arbitral y del laudo, tanto en la sede (Londres) como en el país requerido (Argentina).

Ahora bien: en manera alguna el control judicial exige la doble instancia, desde que en nuestro Derecho ella no es una garantía constitucional ligada al debido proceso, conforme lo ha establecido desde antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema. Ni mucho menos habilita al tribunal de Alzada a afirmar de manera dogmática, sin apoyo legal alguno, que el hecho de que en la instancia anterior se debatiera si el laudo afectaba o no el orden público "justifica la intervención de este órgano judicial, con prescindencia del alcance del recurso".

D) Conclusiones. En casi 40 años de abogado y de docente universitario, creo no haber visto nunca un fallo que exude arbitrariedad como este. El tribunal ha dictado una sentencia para la cual no tenía jurisdicción, en tanto ella está limitada por la apelación; con lo que ha afectado la garantía del debido proceso de la parte requirente del *exequátur*. Pero si además la sentencia ha afirmado que la Convención de New York no rige en la Provincia de Buenos Aires por tratar ella de materia adjetiva, se entra en el terreno del delirio porque ese argumento lleva a la no vigencia de todas las convenciones y tratados celebrados y ratificados por el Estado Federal que constituyen ley suprema de la Nación conforme al art. 31 de la Constitución Nacional.

Y una reflexión final; los jueces que dictaron esta sentencia deben estar convencidos que de este modo protegen al Estado provincial y cuidan los intereses de los habitantes de la Provincia. Deberían saber estos jueces que lo que consiguen es que nadie en su sano juicio vuelva a contratar con la Provincia o con alguna de sus emanaciones, a no ser que la parte estatal constituya una garantía líquida en algún lugar del mundo distinto de Argentina sobre la cual pueda hacerse valer un laudo arbitral dictado en cualquier sede también distinta de la Argentina. Con lo que habrán conseguido: dificultar la participación de la Provincia y de sus empresas en el mercado, encarecer sus costes de contratación y excluirlas del control de los jueces argentinos.

Esperemos que por el prestigio de Argentina como agente del comercio internacional y de la judicatura argentina, la Corte provincial deje sin efecto este exabrupto injustificable.

***Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
(Sala D), de 28 de octubre de 2009,***

Partes: *Harz und Derivate y otra c/ Akzo Nobel Coatings y otras*

Fuente: Lexis N° 70057845.

**Principio competencia – Competencia.– Recurso de apelación
contra un laudo preliminar sobre competencia: improcedencia.**

Buenos Aires, octubre 28 de 2009.

1. El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires declaró su competencia para entender en las cuestiones propuestas en la demanda, precisando que no habiéndose pactado arbitraje de Derecho el caso debe resolverse “ex aequo et bono” en virtud del art. 2 de su Reglamento orgánico (fs. 2202/2208).

Contra ese laudo preliminar de competencia las demandadas interpusieron recurso judicial, quienes, admitiendo que aquel Reglamento no prevé recurso judicial específico, fundaron la admisibilidad de su planteo en el art. 16 inc. 3 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y expusieron los argumentos, según los cuales, entienden que la decisión debe revocarse (fs. 2220/2245).

De su lado, la parte actora, tras cuestionar inicialmente la concesión misma de la apelación, brinda las razones que, según su perspectiva, justifican mantener la resolución en cuestión (fs. 2248/2271).

La señora Representante del Ministerio Público fue oída en fs. 2282/2284.

2. Es sabido que, por principio, incumbe al propio tribunal arbitral resolver sobre su competencia; regla esencial en esta materia que se expresa bajo la fórmula “competencia – competencia” y cuyo efecto positivo se extiende en dos planos, legitimando al tribunal arbitral a resolver sobre la validez del acuerdo arbitral y si la causa está comprendida o no en el acuerdo arbitral. Y aunque esa decisión puede quedar sujeta a revisión judicial posterior, es decir, que la regla no atribuye al tribunal arbitral la exclusividad, sino la prioridad para decidir sobre la competencia, tal situación depende de la normativa aplicable en cada caso (Rivera, *El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema*, Academia Nacional de Derecho, 2007, agosto, 1).

Como en el sub lite existe una férrea discrepancia entre las partes en cuanto a la concesión misma del recurso, habrá de indagarse inicialmente si, en función del régimen que resulte aplicable, la apelación deducida por las demandadas es admisible; es decir, determinar si existe alguna norma que actualmente habilite el control judicial de la decisión preliminar sobre competencia.

Mas resulta necesario advertir, como paso previo a ingresar en ese análisis, que en general la cuestión sobre el control judicial sobre los procesos arbitrales es una de las más complejas y polémicas, ya que pone en tensión el difícil nexo entre el arbitraje y la justicia estatal <http://www.laleyonline.com.ar/app/document?rs=&vr=&src=search&docguid=i0520FF8E6C5E6414148765D8F3D87D70&spos=&epos=2&td=&bctocguid=&bchistory=&ststate=&linktype=ref&page=0&snippets=true&srguid=ia744900c00000123965c5977e5c04092&crumb-action=replace&context=23>, coincidiendo en que el nudo del problema consiste en hallar un equilibrio que compatibilice la necesaria autonomía del arbitraje con el igualmente necesario control (Caivano, *El control judicial en el arbitraje. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina*, LL, 2008–D, 1274).

Expuesta así la controversia es necesario comenzar por reseñar que no existe discrepancia en cuanto a que, tal como se consigna en su carátula y ha sido indicado por el propio Tribunal en la decisión cuestionada, el presente se trata de un arbitraje de amigables componedores.

Y recordar que el Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires dispone, como principio, que el procedimiento arbitral se encuentra regido por sus reglas (art. 24); dentro de las cuales establece específicamente que los laudos de amigables componedores no son recurribles (art. 64).

Ahora bien, este último precepto resulta dirimente para solucionar el caso, habida cuenta que el Reglamento es categórico en cuanto a que el laudo final no es susceptible de apelación, de modo que implícitamente y por derivación lógica de ese principio es evidente que cualquier decisión previa, esto es, de mero trámite o interlocutoria, que conduzca a ese laudo tampoco puede contar con un recurso directo de naturaleza judicial.

Y en este orden de ideas, interpreta la Sala que mal puede modificarse esa regla invocando la aplicación subsidiaria de otra normativa (en el caso la Ley Modelo de Uncitral), pues adoptar ese temperamento implicaría una paradoja, cual es admitir el control judicial de la decisión preliminar sobre competencia y denegar ese control respecto de la decisión más relevante del caso, cual es el laudo definitivo. Por lo que, en tales condiciones y en coincidencia con lo expresado por la señora Representante del Ministerio Público en el punto 3.2 de su dictamen (fs. 2283/vta.), admitir la posición que traen las demandadas implicaría, más que llenar un vacío legal, modificar el régimen de control judicial previsto por el citado Reglamento.

En síntesis, dado que no existe sustento normativo para admitir el recurso de que se trata, corresponde declararlo mal concedido.

Lo expuesto no importa abrir juicio sobre la pertinencia formal o procesal de un eventual planteo de nulidad del laudo (art. 65, Reglamento), ya que, como ocurre con nuestra normativa procesal, aunque existen leyes que autorizan un recurso inmediato contra decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral sobre su propia competencia (v.gr. Francia, Suiza y los países que siguen la Ley Modelo Uncitral) y otras que sólo lo prevén juntamente con el recurso contra el laudo definitivo (Bélgica, Holanda, Italia, Portugal y Grecia), en nuestro ámbito sólo se encuentra regulada la acción de nulidad contra la resolución que pone fin al arbitraje (art. 771, CPCCN); lo cual significa que la decisión que afirma la competencia del Tribunal Arbitral no es susceptible de recurso inmediato y quien pretenda cuestionarla debe aguardar al laudo final para interponer en esa oportunidad la nulidad fundada en la falta esencial que constituye la carencia de competencia para su dictado (Rivera, *Arbitraje Comercial. Internacional y doméstico*, p. 416/423, Buenos Aires, 2007).

3. Las costas, en atención al principio objetivo de la derrota, se imponen a cargo de las recurrentes en su calidad de vencidas (art. 68, CPCCN).

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado la señora Representante del Ministerio Público, se RESUELVE:

I. Declarar mal concedido el recurso interpuesto en fs. 2220/2245 respecto de la decisión de fs. 2202/2208.

II. Imponer las costas a cargo de los apelantes.

Devuélvase sin más trámite, confiando las diligencias ulteriores y las notificaciones pertinentes. Es copia fiel de fs. 2288/2289.— Pablo D. Heredia.— Juan J. Dieuzeide.— Gerardo G. Vassallo. (Prosec.: Julio F. Passarón).

ARBITRAJE AR_JA004 JJTextoCompleto JUSTICIA NACIONAL EN LO
COMERCIAL JUSTICIA NACIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL

NOTA: A) El caso. La cuestión es bastante simple. Contra un laudo preliminar sobre competencia dictado por el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires la parte demandada interpone recurso de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. La controversia versa en lo sustancial sobre la procedencia o no del recurso.

B) La sentencia. La Cámara de Apelaciones resuelve que el recurso de apelación contra el laudo preliminar es improcedente. Para ello arguyó que el Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires prevé que el laudo (final) de equidad es inapelable; que conforme al Código Procesal el único medio de impugnación contra un laudo (final) de equidad es la acción de nulidad⁵⁴; y, finalmente, que conceder un recurso de apelación contra un laudo preliminar importaría desvirtuar el Reglamento en tanto resulta una derivación lógica que si no es admisible ningún recurso contra el laudo definitivo menos aun debe serlo contra un laudo preliminar.

C) Juicio crítico. La sentencia es interesante en tanto:

– reconoce la eficacia del Reglamento de Arbitraje al cual las partes se han sujetado; si bien no dice cuál es el fundamento de la obligatoriedad de sus disposiciones para las partes, se deriva razonablemente que en definitiva ese reglamento institucional integra el contrato arbitral y por lo tanto obliga como si fuera la ley misma (arg. art. 1197 Código Civil);

– determina la inapelabilidad del laudo parcial, lo cual deriva de la confluencia de dos razones: (i) que el Reglamento no prevé ningún recurso de apelación contra el laudo definitivo, de lo cual deduce como una consecuencia lógica que tampoco son apelables los laudos preliminares; (ii) que la legislación estatal solo prevé la acción de nulidad como medio de impugnación de los laudos de equidad definitivos, o sea que tampoco autoriza ningún recurso contra los laudos preliminares;

– de donde concluye que en el régimen legal vigente aplicable al caso, el único medio de impugnación contra el laudo preliminar que haya afirmado la competencia del tribunal arbitral en un arbitraje de equidad, es la acción de nulidad prevista por el Código Procesal contra el laudo definitivo por la causal de falla esencial en el procedimiento⁵⁵.

D) El principio competencia – competencia. También merece subrayarse que el pronunciamiento judicial rescata el principio competencia–competencia como “esencial en esta materia” y “cuyo efecto positivo se extiende en dos planos, legitimando al tribunal arbitral a resolver sobre la validez del acuerdo arbitral y si la causa está comprendida o no en el acuerdo arbitral”.

⁵⁴ Art. 771. Nulidad. El laudo de los amigables componedores no será recurrible, pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de CINCO (5) días de notificado.

Presentada la demanda, el juez dará traslado a la otra parte por CINCO (5) días. Vencido este plazo, contestado o no el traslado, el juez resolverá acerca de la validez o nulidad del laudo, sin recurso alguno.

⁵⁵ Cabe aclarar que la ley procesal en principio solo admite el recurso por haberse pronunciado el laudo fuera de plazo o versar sobre puntos no comprometidos. De todos modos la falla esencial del procedimiento comprometería la garantía de defensa en juicio y como tal habilitaría también la acción de impugnación según un criterio que encuentra respaldo en algunas decisiones judiciales que sostienen que la afectación de tal garantía habilita el control judicial del laudo.

Sobre el punto debe señalarse que el CPCCN no contiene previsión alguna sobre estas atribuciones de los árbitros que menciona la sentencia de la Cámara de Apelaciones como derivaciones del principio competencia–competencia.

Pero tanto el CPCCN cuanto los códigos procesales de provincia tratan los conflictos de competencia entre jueces; previendo que en caso de que exista un “conflicto positivo”, esto es, que dos o más jueces se consideren competentes para entender en el caso, aquel entuerto será resuelto por el superior común a todos los jueces que afirman su competencia. Si el conflicto es entre jueces que no tienen un superior común, el tribunal judicial llamado a resolverlo es la Corte Suprema de la Nación.

La Corte ha extendido esta solución a los conflictos positivos de competencia entre los tribunales judiciales y los tribunales arbitrales⁵⁶.

Hemos dicho antes de ahora que el criterio de la Corte Suprema constituye una severa limitación para el arbitraje.

Es que:

- no se reconoce ninguna prioridad a los tribunales arbitrales;
- ni aun cuando éste ya estuviera constituido y actuando;
- pero lo que es más grave: una vez que se plantea el conflicto positivo de competencia, el Tribunal Arbitral no puede continuar tramitando el procedimiento hasta tanto la Corte Suprema se pronuncie⁵⁷, lo que puede suceder varios años después.

Con lo cual un litigante que quiere sabotear el arbitraje sólo debe encontrar un juez estatal que esté dispuesto a afirmar su competencia para generar un retraso enorme al procedimiento⁵⁸.

En definitiva, puede concluirse que en el Derecho argentino el principio competencia/competencia tiene –en la práctica– un ámbito de vigencia muy limitado.

Los árbitros podrán decidir sobre su propia competencia, aun cuando se plantee la ineficacia o inaplicabilidad de la cláusula arbitral, pero no gozan de ninguna prioridad sobre el tribunal judicial que haya sido llamado a intervenir en la misma disputa; y si ambos afirman su competencia, lo resolverá la Corte Suprema imponiendo una suspensión del procedimiento arbitral.

De allí que la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial que indica que el tribunal arbitral tiene “prioridad” para decidir sobre la compe-

⁵⁶ Corte Sup., 1.11.1988, *La Nación SA v. La Razón SA*, con nota de E. O’Farrell, “Un fuerte esparadazo...”, *cit.*, p. 476; *id.*, 10.11.1988, *Nidera SA v. Rodríguez Álvarez de Canale, Elena*, LL 1990–A–419, con nota de R.J. Caivano, “Una singular cuestión de competencia. A propósito de un conflicto entre un juez y un Tribunal Arbitral”, *cit.*; también ED 138–288, con nota de A.O.P. Radzynski, “Conflictos de competencia entre jueces y árbitros”.

⁵⁷ Art. 12, CPCCN: “Durante la contienda ambos jueces suspenderán los procedimientos sobre lo principal”.

⁵⁸ H. Grigera naón, “Competing orders between Courts of law and Arbitral Tribunals: Latin American experiences”, en *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution, Liber amicorum in honor of Robert Briner*, ICC, París, 2005, p. 335, en particular p. 341.

tencia y que el control judicial es *posterior*, constituye una novedad que debe ser muy bien recibida.

Sólo cabría agregar que la solución que propone la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, encuentra sustento normativo en el Acuerdo Mercosur, que en su art. 8 bajo el acápite "Competencia para conocer sobre la existencia y validez de la convención arbitral" establece: "Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal Arbitral, de oficio o a solicitud de partes". Y en el art. 18, volviendo a tratar de la competencia del Tribunal Arbitral, dispone:

"1. El Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia y, conforme lo establece el art. 8, de las excepciones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral.

"2. La excepción de incompetencia del tribunal fundada en la inexistencia de materia arbitrable o en la inexistencia, nulidad o caducidad de la convención arbitral en las instituciones arbitrales se rige por su propio reglamento".

Además, la Argentina ha ratificado la Convención de Panamá⁵⁹, cuyo art. 3 dispone: "A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial". Por su lado, ese reglamento prevé que el Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o validez de la cláusula compromisoria o del convenio de arbitraje (ar. 21.1º).

Con lo cual el Reglamento CIAC también consagra el principio competencia-competencia en su faz positiva.

Incorporados estos tratados al Derecho interno son ley suprema de la Nación y como tales pueden ser aplicados por analogía ante el silencio de la legislación ritual.

⁵⁹Ley 24.432.