

**LA CUESTION DE LA COMPETENCIA EN EL ARBITRAJE**

Por Jorge A. Rojas

**1.- INTRODUCCION: ANTECEDENTES**

La riqueza del caso en comentario se advierte por las distintas aristas que presenta, aunque la tarea asumida se circunscribirá únicamente a la cuestión vinculada a la excepción de incompetencia resuelta en desmedro de la jurisdicción arbitral.

Es evidente que en el litigio, se había pactado voluntaria y libremente entre las partes, la jurisdicción arbitral, para dirimir las eventuales controversias que se susciten con motivo del contrato que las vinculaba.

Del dictamen de la Fiscalía, se desprende que la demanda que se promovió persigue el cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios, y que se declare la nulidad del contrato suscripto, puntualmente con relación a las cláusulas de competencia, preaviso y responsabilidad.

Precisamente esa fue la razón, por la que sostuvo en su dictamen, la Sra. Fiscal de Cámara, que “la competencia arbitral es de excepción, y las cláusulas contractuales que someten los conflictos sociales a esta última deben interpretarse restrictivamente” (sic).

Y agregó más adelante, que toda vez que lo que se persigue es una indemnización en concepto de daños y perjuicios, provocados –según la actora- por el incumplimiento del contrato que vinculó a las partes, con la consiguiente responsabilidad que de ello deviene contra el demandado, lo que excede la instancia arbitral estipulada, ello “torna prudente la actuación de la jurisdicción comercial” (el entrecomillado es propio, a los fines de destacar que la transcripción es textual).

Esa postura encuentra apoyo en diversos dictámenes de la Fiscalía por lo cual se concluye que esas acciones exceden el marco de la competencia arbitral invocada y sólo pueden ser decididas judicialmente, atento el ámbito excepcional y restrictivo que caracteriza al arbitraje, porque lo que en ellas se solicita es la declaración de nulidad de un contrato, situación que se encuentra entroncada con el desenvolvimiento del control societario.

Más allá que se desconocen aspectos puntuales de la cuestión debatida, que no pueden ser inferidos de la simple lectura del fallo ni del mencionado dictamen, es de destacar, que aparentemente el excepcionante también habría planteado la nulidad del acuerdo celebrado con la actora, con lo cual, la opinión de la Fiscalía, también encuentra apoyo en ese aspecto, para atribuir la causa a la competencia de la jurisdicción judicial.

En líneas generales, el pronunciamiento de la Sala interviniente sigue el criterio de la Fiscalía y sostiene la competencia de la justicia comercial para entender en el caso, en contra de lo pactado por las partes.

De tal modo el Tribunal decidió, como surge de los sumarios del fallo, 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 involucra 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)”.

La transcripción del párrafo esta entrecomillada solo a fin de señalar que es textual. Por eso, para comprender los antecedentes de este caso, no puede obviarse la jurisprudencia que se ha observado para dilucidar algunas cuestiones de competencia en materia arbitral.

## **2.- LOS FUNDAMENTOS DE LA DECISION**

La interpretación que ha hecho el Tribunal interviniente, con apoyo en el dictamen de la Fiscalía de Cámara, se asienta en que como esa cláusula compromisoria, a través de la cual las partes deciden someterse al juicio de árbitros implica una sustracción a la competencia de los jueces ordinarios, debe ser interpretada en forma restrictiva.

A ello se agrega que la competencia arbitral es de excepción, por lo tanto, las cláusulas contractuales que someten los conflictos sociales a esta última (a la competencia arbitral), deben interpretarse restrictivamente.

De tal forma, los fundamentos de la decisión girarían en torno de los dos aspectos mencionados; por un lado, que la jurisdicción arbitral es de excepción, y por otro, que las cláusulas compromisorias que someten conflictos societarios a la jurisdicción arbitral deben interpretarse restrictivamente.

Surgen entonces dos cuestiones centrales: a) ¿porqué razón la jurisdicción arbitral se interpreta de excepción?; y b) ¿porqué razón una cláusula compromisoria referida a cuestiones de índole societaria debe ser interpretada restrictivamente?

Subyace como trasfondo un aspecto que es previo y se omite abordar como corresponde que es la competencia del Tribunal interviniente, que aparece entremezclada con una especie de presunto compromiso del orden público, que por supuesto el fallo no menciona, pero que con una actitud casi paternalista refiere el dictamen de la Fiscalía al sostener “que se torna prudente la intervención de la justicia comercial”.

Como se advierte, la decisión trasunta un cargado dogmatismo, cuando no cierta hostilidad hacia el sistema arbitral escogido por las partes, pues se pone en duda su aptitud para resolver la contienda, ya que los fundamentos que hacen a la interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria y al carácter excepcional de la jurisdicción arbitral no se explicitan, contrariando las previsiones del art. 163 inc. 6to. del Código Procesal, que requiere que toda decisión judicial resulte expresa, positiva y precisa, y lo expuesto en modo alguno resulta suficiente como para tener por cumplida esa premisa.

Frente a una postura tan terminante, más allá de las implicancias o particularidades del caso en concreto, es importante advertir, si resultan verdaderos los fundamentos en los que se apoya la Cámara para su decisión. Conviene su distinción para su análisis, pues ello permitirá señalar algunas omisiones en las que se ha incurrido.

## **3.- SOBRE EL ACCESO AL ARBITRAJE Y LA COMPETENCIA**

Bien sabido es que el sometimiento voluntario a un tribunal de arbitraje, sustrae a los contratantes de la jurisdicción judicial, en tanto se trate de derechos disponibles para las partes, es decir, que exista materia arbitrable<sup>1</sup>.

En el caso, es evidente que los litigantes habían acordado someter sus eventuales controversias a la decisión de un tribunal arbitral. Aunque parezca perogrullesco señalarlo, ello lo hicieron al momento de contratar, con lo cual, las previsiones para enfrentar una eventual controversia fueron adoptadas, sin poder conocer de antemano, los contornos que podría presentar el posible conflicto.

---

<sup>1</sup> No está demás recordar que resulta materia arbitrable todos aquellos derechos que son disponibles para las partes, aspecto que regula expresamente el art. 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando señala puntualmente que solamente están excluidas del arbitraje aquellas materias que no pueden ser objeto de transacción.

Los usos y prácticas comerciales habituales llevan generalmente a los contratantes, a adoptar a esos fines, fórmulas tradicionales de cláusulas compromisorias que sugieren tribunales arbitrales institucionales<sup>2</sup>.

Ello en razón de que en la mayoría de esos tribunales, se contemplan, al igual que lo hace el Código Procesal Civil y Comercial, para el arbitraje ad hoc, dos etapas claramente diferenciadas; una es la referida al acuerdo para someter un eventual litigio a la decisión de árbitros, que desde luego es previo, y evidencia la voluntad de los contratantes –por vía convencional- de sustraerse a la competencia de los tribunales judiciales; y otra, que se desarrolla dentro del proceso arbitral mismo, que bajo distintas denominaciones apunta a acordar la forma, el alcance y los contornos dentro de los cuales se desarrollará ese proceso.

Esta última faceta, se la denomina “acta de misión” en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional; con un alcance distinto se llama fijación de los puntos de compromiso en el Reglamento Orgánico de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, recibe la misma denominación en el Reglamento Orgánico de la Bolsa de Comercio de Mendoza, se denomina acuerdo arbitral en el Régimen de Conciliación y Arbitraje del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, entre otros<sup>3</sup>.

Como se advierte, más allá de las diversas denominaciones señaladas, surge de lo apuntado un aspecto vinculado con usos y practicas habituales que no se pueden dejar de ponderar, ya que son dos tiempos claramente diferenciables, uno el referido al acceso al arbitraje, de carácter convencional, pues siendo de carácter voluntario, no existen formas sacramentales para concertarlo, lo importante es registrar solamente la voluntad de las partes de decidir sus eventuales conflictos por esa vía<sup>4</sup>.

Y otro posterior, ya inclusive –en algunos supuestos- con el tribunal integrado, que si bien no resulta imprescindible, pues depende de las pautas a las cuales las partes se ajusten, se persigue, entre otros aspectos, delimitar claramente la función jurisdiccional que se le atribuya al Tribunal, señalando precisamente el marco del debate, fijándose así los términos de la controversia y las pretensiones esgrimidas por las partes<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Sirva como ejemplo señalar que la Cámara de Comercio Internacional, sugiere a todos los interesados en recurrir al arbitraje de la CCI que incluyan como cláusula compromisoria la siguiente: “todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sugiere para el desarrollo de su arbitraje la siguiente: “todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor. En nuestro país el contenido de la cláusula compromisoria que contempla el arbitraje que regula la Bolsa de Comercio de Buenos Aires se sugiere en los siguientes términos: “toda controversia que se suscite entre las partes con relación a este contrato, su existencia, validez, calificación, interpretación, alcance, cumplimiento o resolución, se resolverá definitivamente por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, de acuerdo con la reglamentación vigente para el arbitraje (aclarar si se requiere la actuación como tribunal de derecho o de amigables compondores) que las partes conocen y aceptan”. En el mismo sentido al señalado se sugiere la cláusula compromisoria en el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Mendoza.

<sup>3</sup> Todas pueden ser consultadas en los diversos reglamentos que se encuentran en las páginas web que tienen cada una de esas entidades.

<sup>4</sup> Sirva como ejemplo que el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, prevé en su art. 7 la posibilidad de que ese acuerdo, surja de un intercambio de cartas, télex o telegramas u otros medios de telecomunicación. Otro ejemplo surge del art. 3 inc. e) del Reglamento Organico del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que prevé la posibilidad de que una contienda sea sometida a arbitraje cuando no exista entre las partes ningún convenio de arbitraje y la parte demandada conteste la demanda sin cuestionar la jurisdicción del Tribunal.

<sup>5</sup> Sirva como ejemplo señalar, que así como la Cámara de Comercio Internacional prevé el acta de misión, como un paso esencial dentro del desarrollo del proceso arbitral, existen otras alternativas como por ejemplo en el recientemente sancionado Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (Ley 4142, B.O. 18/1/07), en el cual se suprimió la formalidad del compromiso prevista para el arbitraje ad hoc.

Si esto no es apreciado en su verdadero alcance, es probable que la tarea interpretativa, se circunscriba a pretender leer en la cláusula compromisoria aquello que no existe, pues evidentemente las partes no lo pueden saber de antemano al contratar.

Esto hace a un aspecto liminar, no solo en materia de arbitraje, sino en todo proceso judicial, que se vincula a la capacidad para emitir la resolución en cuestión, pues la competencia del tribunal, que constituye la órbita de negocios de la autoridad (sea arbitral o judicial), se constituye en un presupuesto procesal esencial que hace a la validez de la constitución del proceso.

En materia arbitral, este aspecto resalta más aún pues rige una regla conocida como competencia/competencia, en virtud de la cual es el propio tribunal escogido por las partes el que está habilitado para expedirse sobre su propia competencia, circunstancia que deviene como una consecuencia lógica de aquello que se informó previamente sobre la forma a través de la cual se accede a un sistema arbitral<sup>6</sup>.

Y en el sublite no se ha observado ese principio para decidir la cuestión de competencia que se planteó, omitiendo tener en cuenta algo tan simple como que las cláusulas compromisorias nacen convencionalmente, pues así nace el arbitraje, y la relación que se crea con ese nuevo vínculo, hace que las partes decidan someter todas sus (eventuales) controversias a la decisión de árbitros, en tanto y en cuanto se trate de derechos disponibles para ellas<sup>7</sup>, sin requerir ningún tipo de interferencia estatal, a la cual automáticamente quedan sustraídas.

La regla debe ser la capacidad para contratar y comprometer en árbitros en tanto se trate de derechos disponibles para las partes. No la inversa.

Por esa razón, no puede expedirse un tribunal distinto al elegido por las partes sobre un eventual planteo de incompetencia, ni menos aún –como se ha hecho- inferirse en sentido negativo la materia arbitrable, ni tampoco por exclusión, de ahí que no pueda interpretarse el sistema como excepcional, pues la jurisdicción judicial por esa vía estaría incurriendo en una actuación en exceso de sus potestades.

Es doctrina pacífica del más Alto Tribunal, que si bien la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma, todo esto a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional<sup>8</sup>.

No obstante esas pautas genéricas, existen en el Código de Comercio otras más específicas aún, que apuntan al principio del favor negotii<sup>9</sup>, como el art. 218 inc. 3ro. que dispone expresamente: “siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes:... 3.- Las cláusulas susceptibles de dos

---

<sup>6</sup> Sostiene la doctrina que comprada la existencia del convenio arbitral se debe estimar la excepción y deferir a los árbitros el análisis de su propia jurisdicción (Caballol Angelats, Lluís; *El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje*, Ed. José María Bosch Editor, Barcelona 1997, p. 119; quien a su vez cita en apoyo de su postura a Ramos Mendez, Francisco; *Derecho Procesal Civil*, T. II, p. 1272, quien señala que “los tribunales deben limitarse a constatar la existencia prima facie del convenio arbitral, sin estimar cuestiones como su validez o nulidad...”).

<sup>7</sup> Ejemplo elocuente de lo señalado lo constituyen las cláusulas compromisorias modelos propuestas o sugeridas por las distintas entidades tomadas a modo de ejemplo en la segunda nota de este artículo.

<sup>8</sup> Fallos 312:2382; 318:1894, entre otros.

<sup>9</sup> En este sentido señala Rivera, que aún en la hipótesis que hubiera dos interpretaciones posibles, una de la que emane la validez y otra la nulidad de un contrato, ha de preferirse la primera, por lo que considera que siendo un acuerdo arbitral un contrato, se aplican las reglas de interpretación propias de estos actos jurídicos patrimoniales, entre los cuales el favor negotii es universalmente admitido (para lo cual se apoya en doctrina extranjera) (Rivera, Julio César; *Arbitraje Comercial, internacional y doméstico*; Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 134.

sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad”.

Esa naturaleza no permite pasar por alto la convención celebrada entre las partes, a la que deben ajustarse como la ley misma, conforme lo decidió el mismo Tribunal a través de su doctrina, precisamente con motivo de una cuestión de competencia en un arbitraje<sup>10</sup>.

Con lo cual, no puede obviarse que es criterio unánimemente aceptado que pueden ser sometidos a arbitraje todos aquellos derechos que resulten disponibles para las partes, y son tales aquellos que pueden ser objeto de transacción, más aún nuestra legislación sustancial específicamente prevé aquellos derechos que quedan al margen de esa disponibilidad (conf. arts. 843, 844 y 845 del Cód. Civil), lo que permite delimitar claramente la zona vedada al arbitraje.

Precisamente el art. 844 del Cód. Civil, señala que no podrán ser materia de transacción, las cosas que estén fuera del comercio o aquellas que no puedan ser objeto de una convención, es decir, exactamente lo contrario a lo que se decidió en autos, lo que evidencia concretamente el pronunciamiento contrario a la letra de la ley.

Por lo tanto, no requiere mayor esfuerzo concluir, que en primer lugar, es la competencia atribuida por las partes al tribunal que hubieran escogido lo que debe observarse para decidir la viabilidad de un arbitraje, y eventualmente si se plantearan dudas, la materia arbitrable permitirá advertirlo.

Ello pues se trata de dos aspectos distintos, uno quien es el órgano habilitado para expedirse sobre la cuestión a decidir; y otro, la materia en sí misma; y no caer en una zona de penumbras o sombras que hagan aparecer algún tipo de fantasmas que arropados bajo la inmensa denominación de “orden público”, o de una presunta “interpretación restrictiva”, o de un “ámbito excepcional”, que en definitiva constituyen construcciones meramente dogmáticas, haga caer en saco roto las previsiones del art. 1197 del Código Civil, pues esto importa lisa y llanamente una violación de la ley, la que establece por otro lado la zona que está vedada al sistema arbitral.

#### **4.- EL ALCANCE DE LOS PRECEDENTES Y LA FLUCTUACION DE CRITERIOS**

A la luz de lo resuelto, y teniendo en cuenta los diversos precedentes que se han citado, conviene cuestionarse cuál ha sido la interpretación que históricamente ha sostenido el Tribunal respecto a situaciones como las que han sido motivo de estas actuaciones, para concluir que “la jurisdicción arbitral es de excepción y las cláusulas contractuales que someten los conflictos a ésta última deben interpretarse restrictivamente, toda vez que implican una renuncia a la jurisdicción judicial”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> CNCom., Sala D, 5/11/2002, Reef Exploration Inc. c/Cía. General de Combustibles S.A., L.L. 2003-E-937.

<sup>11</sup> Este es el criterio que ha observado la mayoría de la Sala C, aunque con otra integración, en los autos “Zumpf, Gustavo c/Tucumán 300 S.R.L. s/Sumario, del 4/9/92, pese a que como se advierte importa una clara afirmación dogmática, pues no se dan fundamentos de ningún tipo para sostener la excepcionalidad de la jurisdicción arbitral y menos aún el carácter restrictivo que amerita la interpretación de una cláusula compromisoria que somete un conflicto al juicio de árbitros. No obstante es oportuno señalar que ese criterio es mantenido por diversas Salas del Tribunal, así lo han resuelto por ejemplo la Sala B, el 30/11/04, in re “Arlisa S.A. c/Petrolera Santa Fe S.A. s/Ordinario”, con dictamen fiscal nro. 102.960; también la Sala A, con fecha 14/2/06, in re “Constructora Iberoamericana S.A. c/Sociedad de Inversiones Inmobiliarias S.A. s/Ordinario”, entre otros.

Este criterio sostenido por la Cámara Comercial, tal vez encuentre asidero en el que sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación a comienzos del siglo pasado, cuando consideró que todo sometimiento a arbitraje, por su carácter excepcional, hacía que su tratamiento requiriera suma cautela toda vez que debía ser interpretada con carácter restrictivo la cláusula compromisoria que así lo decidía.

Sin embargo, el error en el que se incurre, es que esa doctrina omite tener en cuenta que la postura que asumió la Corte hacía referencia a la jurisdicción arbitral con relación al Estado Nacional, toda vez que aquél estaba sometido, por la letra de la Constitución Nacional a la competencia federal, que sí resulta de excepción y excluyente, precisamente por su carácter constitucional, y renunciable únicamente cuando por ley se lo habilita especialmente al Estado Nacional al efecto.

Esa doctrina, a partir de la cual se interpreta que la jurisdicción arbitral es de excepción para el Estado, pese a que data de comienzos del siglo pasado, fue ratificada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. c/ Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A.”<sup>12</sup>, en donde también intervenía el Estado, pero con la distinción que conviene tener en cuenta, y que se omitió en el sublite.

En esa oportunidad, nuestro máximo Tribunal afirmó –como ya lo había hecho también en el pasado- que “no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca (Fallos 152:347; 160:133; 194:105 y 235:940). La exigencia de esa previsión normativa expresa, encuentra sustento en la Constitución Nacional, en la que se establece –en los casos de competencia federal por razón de la materia- que la Nación, en principio, sólo puede ser llevada ante sus propios tribunales (art. 116).

Por ello, toda excepción a dicha regla debe hallarse claramente establecida ya que la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva en razón de la excepcional competencia que le es confiada y que le permite conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, les correspondería decidir a los jueces (arg. Fallos 290:237). En virtud de este carácter extraordinario, es que no cabe hacer extensiva la jurisdicción arbitral a aspectos que no se encuentren contemplados en las normas que habilitan su intervención (Fallos 133:61)<sup>13</sup>.

Los fundamentos esbozados por la Corte acerca de cómo debe interpretarse la jurisdicción arbitral, no son más que una remisión a los arts. 1195 y 1197 del Código Civil, aunque es importante destacar que ésta referencia –en el precedente citado- apunta al malhadado Tribunal Arbitral de Obras Públicas, pero en ningún caso se aludió a la interferencia de la jurisdicción judicial sobre la arbitral cuando el contrato fuera celebrado entre particulares.

Tal vez haya sido ésta la interpretación que arrastra la doctrina sentada por la Cámara Comercial, aunque lo cierto es que no puede confundirse la competencia federal, cuando el Estado es parte, dado su carácter constitucional,

---

<sup>12</sup> Fallos 330:2215

<sup>13</sup> También ha interpretado la Corte que el arbitraje cuando es obligatorio en materia laboral tiene carácter excepcional (Fallos 298:161), circunstancia superada en la ley 24.635 que lo contempla en forma expresa como una opción –desde luego voluntaria- para los interesados.

por ende de orden público, restrictivo, excluyente, limitado e improrrogable<sup>14</sup>, con la competencia arbitral que puede ser libremente pactada entre particulares, en tanto y en cuanto exista materia arbitrable.

Del análisis de la decisión comentada, sumada a otros precedentes de la Cámara Comercial, no puede señalarse más que la existencia de un criterio fluctuante, que varía según pautas que parecen depender únicamente de la voluntad de aquellos que se arroguen la potestad de decidir la cuestión sujeta a juzgamiento<sup>15</sup>.

Esta circunstancia por sí misma va en desmedro del principio de seguridad jurídica, y en el sublite se evidencia en la construcción dogmática que alude al carácter excepcional de la jurisdicción arbitral y por ende la interpretación restrictiva que merecen las cláusulas compromisorias.

El diccionario de la Real Academia Española, concibe a lo excepcional como aquello que se aparta de la regla común, que se aparta de lo ordinario, que ocurre rara vez. Por lo tanto, lo excepcional no es el arbitraje como sistema de solución de controversias, que suficiente antigüedad tiene como para que reposemos su mirada en su presunta rareza, sino que esa vía sea una forma habitual a través de la cual el Estado pretenda dirimir sus conflictos.

Por cierto que lo puede hacer, cuando su actuación no cae dentro de la órbita *iure imperi*, y de hecho se han visto innumerables cantidad de oportunidades en las cuales el Estado ha contratado con particulares y ha decidido someter sus eventuales diferencias al juicio de árbitros<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Es de orden público, porque resulta inalterable por los particulares. La Corte ha dejado claramente establecido desde su propia instalación, que la jurisdicción de los tribunales federales es, por su naturaleza, restrictiva, de excepción y sus atribuciones están limitadas a los casos que menciona el art. 100 de la Constitución Nacional (hoy 116) (Fallos 1:170; 10:134, entre otros). Precisamente es limitada, pues no cabe su ejercicio fuera de esos casos expresamente contemplados en la normativa constitucional, e improrrogable salvo en razón de las personas (Ver Fallos 242:292).

<sup>15</sup> Ello se desprende de otros casos (y criterios) observados no sólo por la Fiscalía de Cámara, sino además por el propio Tribunal, toda vez que –por ejemplo– sostuvo el Fiscal en su dictamen nro. 77.789, que en una acción en la que se reclama el cumplimiento de un contrato, rendición de cuentas y cobro de pesos, procede la excepción de incompetencia opuesta, con fundamento en la existencia de un pacto de jurisdicción arbitral, el cual en una de sus cláusulas dispone "...Toda controversia relativa a la interpretación o cumplimiento de este contrato será resuelta por arbitradores amigables componedores los que serán designados uno por cada parte contratante...". Ello, pues dada la amplitud y claridad de la mencionada estipulación, inserta en un marco de previsiones contractuales y atento que lo demandado es el cumplimiento del citado contrato, no desconocido, corresponde considerar lo pactado como una prorrogación de la jurisdicción judicial, con alcance normativo para dichas partes, circunstancia que torna procedente un desplazamiento de la competencia para que la cuestión sea dirimida por tales arbitradores. Desde luego la Sala interviniente adhirió a esa postura de la Fiscalía, CNCom., Sala B, 20/10/97, in re "Pines, Héctor c/Alpargatas S.A.I.C. s/Sumario, LD-Textos.

En la misma línea y con relación al cumplimiento de un contrato de transferencia de un paquete accionario y el eventual incumplimiento invocado por el reclamante con motivo de la crisis suscitada en el país en el año 2001, la Fiscalía de Cámara a través de su dictamen nro. 94.609, sostuvo que si las partes sujetaron a la jurisdicción de un tribunal arbitral cualquier controversia que pudiese surgir respecto al contrato de compraventa de títulos accionarios que las une o a su cumplimiento sin excluir ningún tema de la competencia arbitral, y la controversia suscitada versa sobre una de las cláusulas contractuales, referida al precio estipulado en moneda extranjera, corresponde al tribunal arbitral determinar como debe saldarse la deuda: si en los dólares originariamente pactados como pretenden los accionantes o, contrariamente, en su valor convertido a moneda nacional, como pretenden los compradores accionados; ello sin perjuicio de los mecanismos de ley con que cuentan los accionantes para –dado el caso y si fuere procedente– esgrimir cuestiones sobre el laudo arbitral que eventualmente resulte (cpr: 760 y ccs.). En ese dictamen que hizo suyo la Sala interviniente de la Cámara Comercial paradójicamente, como se advierte, la divergencia entre las partes versaba sobre la aplicación y alcance de la legislación de emergencia, circunstancia que no constituyó óbice alguno para que ni la Fiscalía ni el Tribunal pretendieran sustituir al tribunal que libremente habían acordado los litigantes (CNCom., Sala E, 11/6/03, en autos "Otondo César Alberto y Otro c/Cortina Beruatto S.A. y Otros s/Sumarísimo, LD-Textos).

<sup>16</sup> De tal forma interpretó la Corte en el precedente que se mencionara del año 1920, que "ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica a los fines de dirimir sus controversias con los particulares; y establecida esa institución por la ley e incorporada a un contrato, debe producir los efectos que en términos generales establece el artículo 1197 del Código Civil, toda vez que las obligaciones creadas por convenciones bilaterales no pueden modificarse ni extinguirse por voluntad de una sola de las partes. (Código Civil,

Por lo tanto, carece de un verdadero sustento jurídico sostener que el arbitraje es un mecanismo excepcional o un modo excepcional de resolver un conflicto. No solo su historia, sino sus reconocidas bondades fincadas en la celeridad de sus trámites, el abaratamiento de sus costos, la posibilidad de los interesados de elegir a sus árbitros, la desacralización de sus formas, son algunos aspectos que coadyuvan a todo ello.

La interpretación restrictiva, tiene que ver contrariamente a lo que se ha mencionado, con una especie de conservadurismo que reina en la clase forense. De ahí que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostenga en su doctrina que la primera interpretación que debe hacerse de una norma es su letra, sin que sea admisible una interpretación que equivalga a prescindir del texto legal<sup>17</sup>.

Sin embargo cada interprete no puede desentenderse de los efectos de su decisión, pues restringir el análisis a un aspecto meramente gramatical, circunscribiendo todo a los términos en que fue redactada una cláusula, omitiendo el significado que debe atribuírsele a la convención y tener en cuenta las implicancias de la decisión, puede provocar un efecto no deseado, como resolver de espaldas a la expresa voluntad de los interesados, que en supuestos como el que se aborda debe ser respetada como la ley misma (conf. art. 1197 del Cód. Civil), pues resulta el pilar fundamental en el que se asienta el arbitraje.

En esa misma línea, interpretación restrictiva, según el mismo diccionario citado, es aquella que tiene virtud o fuerza para restringir o apretar. La pregunta que cabría formular entonces, es si el instituto del arbitraje, restringe, limita o acorta las posibilidades de someter una cuestión a su sistema de resolución de conflictos.

Es evidente que ello depende única y exclusivamente del intérprete, y aquí es donde se aprecia el criterio fluctuante de la Cámara, toda vez que parecería que existe una actitud de sumo cuidado para decidir si una cuestión puede ser dirimida a través del juicio de árbitros o no, y se cae habitualmente en restringir la interpretación a los términos en que fue concebida la cláusula compromisoria, cuando en verdad tiene que ser interpretada, luego de comprobada su existencia, de una manera muy simple, ya que por sí misma marca una impronta muy particular, pues sustrae a las partes de la jurisdicción judicial y habilita la competencia del tribunal arbitral para expedirse –si fuera el caso– sobre su propia competencia.

---

artículo 1200 y correlativos)", (Fallos 133:61).

Y luego sostuvo en otro de 1928 que "la disposición del art. 768, incisos 2º y 3º del Código de Procedimientos de la Capital, supletorio en lo federal, no puede invocarse para desconocer eficacia a la cláusula compromisoria, desde que la creación de la jurisdicción arbitral tiene su origen en una ley nacional, la de concesión, que por ser especial deroga la general constituía por el Código de Procedimientos. Los árbitros deben fallar conforme a derecho y a lo alegado y probado, observando los trámites que las leyes prescriben, como los jueces ordinarios, y los arbitradores "en cualquier manera que ellos tuvieran por bien", aunque no se arreglen a derecho ni se sujeten a las formas legales con tal que sea de buena fe y sin engaño. Ley 23, título 4, partida III. Según la jurisprudencia y la doctrina, por tribunal arbitral debe considerarse tanto al constituido por árbitros juris como por amigables componedores, puesto que unos y otros son "avenidores" excluyentes de la justicia ordinaria, y en la partida 3º de la ley 23, como en la doctrina se da indistintamente el nombre de jueces a los árbitros juris y a los amigables componedores. El criterio tradicional en la doctrina ha sido el de que no apareciendo de los términos del compromiso si se ha querido designar árbitro juris o amigables componedores, se presume este último".

Y agregó luego que "tratándose en el caso, de cuestiones regidas directamente por el contrato celebrado por la Nación para la construcción y explotación del Puerto del Rosario en que aquélla no actúa como entidad política soberana y en su carácter exclusivamente público dentro del cual le incumbe la función de percibir las rentas y darles la correspondiente aplicación, sino como persona del derecho privado que se ha sometido voluntariamente por el hecho de la celebración del contrato con el concesionario a las disposiciones del derecho común y a las decisiones de la justicia arbitral libremente pactada, no es necesaria la venia del Congreso para demandar a la Nación" (Fallos 152:347).

<sup>17</sup> Fallos 314:458; 315:727; 320:2131, entre otros.

Esto importa la necesidad de la jurisdicción judicial de respetar el pacto de foro prorrogando celebrado por las partes (conforme arts. 1 y 2 del CPCCN), en virtud del cual se sustrajeron a la competencia de la jurisdicción judicial, pues lo contrario importaría una decisión contraria a derecho, cuya consecuencia implicaría una violación al debido proceso legal, ya que el “juez natural” de la causa, que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional, es el tribunal escogido por las propias partes, no el de la jurisdicción judicial que así se arroga el conocimiento de una causa, en franca violación a la ley, por incurrir en un claro exceso, configurado por llevar a cabo un desplazamiento de competencia por vías de hecho, con sustento en un fundamento solo aparente.

Esto no es pertinente, toda vez que no se condice con las practicas habituales, pues es bien sabido que todo tribunal arbitral tiene capacidad para decidir sobre su propia competencia, tal como lo ha reconocido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que llamativamente no se ha seguido en este aspecto.

Decidió la Corte que el principio de coordinación que implica la subordinación de la jurisdicción arbitral al imperio jurisdiccional del Estado, hace que una norma internacionalmente reconocida permita que el tribunal arbitral pueda decidir las cuestiones suscitadas sobre su propia competencia (conf. art. 16 de la ley modelo de arbitraje comercial internacional)<sup>18</sup>.

Esa norma de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional prevé expresamente que el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, considerándose a ese efecto que una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, por lo que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria.

En el sublite, más allá que se haya debatido la eventual nulidad de la cláusula compromisoria o de su alcance, lo cierto es que puede advertirse que todo fue decidido judicialmente. Por esa vía, se desinterpreta al acuerdo que puedan celebrar las partes para someter un conflicto al juicio de árbitros, sino que además dogmáticamente se desentiende el Tribunal de la línea que transita la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no lo ha interpretado de la misma forma para el Estado que para los particulares, y por cierto que su doctrina en ese sentido es muy clara, pues solo hace referencia a la habilitación especial y expresa por ley que aquél requiere para comprometer en árbitros.

## **5.- ALGUNAS OMISIONES**

Es importante advertir además, algunas omisiones en las que incurrió el Tribunal, al decidir del modo que lo hizo, tal vez cargado de prejuicios con relación al sistema que crea el arbitraje como método de resolución de conflictos. Señala Russo, que prejuicio significa un juicio antes del juicio, y en la vida cotidiana estamos llenos de prejuicios, al punto de que llega a preguntarse si es posible que uno se enamore de los prejuicios<sup>19</sup>.

Sucede que lo decidido (en su aplicación concreta), da un margen de contención al propio intérprete, que no es otro que la certidumbre que genera una actuación judicial repetida solo por conocida, en desmedro por supuesto, de la que correspondería. Ello en razón de que generalmente el temor de transitar otros caminos, puede paralizar y

---

<sup>18</sup> Véase L.L. 2005-F-156, con nota de Julio César Rivera.

<sup>19</sup> Russo, Eduardo A.; Teoría de la decisión ¿o qué influye en el juez al momento de dictar sentencia?, diario L.L. del 17 de junio de 2008, sección actualidad, p. 4.

mantener –solo por acostumbramiento- una determinada postura, sin permitir siquiera revisar su puesta en correspondencia con la realidad.

¿Cómo se puede sostener que el arbitraje es excepcional sin tener en cuenta toda la materia que puede ser objeto de aquél? Si así fuera se hubiera advertido a través de la normativa a observar y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el verdadero alcance que corresponde darle al arbitraje, no cayendo en frases hechas, como su pretendido carácter excepcional o su interpretación restrictiva.

Ejemplo elocuente de ello, es que por ejemplo, se omitió –aludiendo a la materia societaria- ponderar el alcance del decreto 677/01 llamado de transparencia económica, que no sólo establece el arbitraje obligatorio para sociedades abiertas<sup>20</sup>, para dirimir conflictos societarios, como se dudó en el sublite, sino que además establece una opción a favor del socio para acceder a la jurisdicción judicial o en su caso a la arbitral, para dirimir también ese tipo de conflictos en sociedades cerradas<sup>21</sup>.

Pero basta preguntarse si los derechos e intereses de un comerciante o de un empresario, en el giro habitual de sus actividades, conforman derechos disponibles, para advertir sencillamente que a lo largo de la mayoría de las disposiciones del Código de Comercio<sup>22</sup>, como asimismo de la legislación a él incorporada, se conforma con derechos de esa índole, pues resultan susceptibles de ser objeto de transacción.

Sirva como otro ejemplo de lo expuesto, que en el Código de Comercio ya contemplaron Vélez Sarsfield y Acevedo, que en la compraventa mercantil las controversias que se pudieran suscitar sobre las calidades de las cosas vendidas podía ser dirimida por árbitros (art. 459).

Del mismo modo cuando se sancionó el Código Civil<sup>23</sup>, no sólo se contempló el arbitraje en materia de locación de servicios (art. 1627), sino que además se le dio efecto interruptivo al compromiso –igual que a la demanda judicial- cuando determinadas cuestiones vinculadas a la propiedad o la posesión debía ser dirimida a través del juicio de árbitros (art. 3988).

Si además la Corte decidió mantener la competencia del tribunal arbitral en el caso del concurso preventivo de una parte, y extendió esa interpretación a partir de la que hizo del art. 134 de la Ley de Concursos y Quiebras<sup>24</sup>, y

---

<sup>20</sup> Sirva como ejemplo de ello una reciente decisión de la Cámara Comercial, a través de la cual se confirmó la nulidad de diversas asambleas decretadas en sede arbitral al que se accedió merced a las previsiones del decreto 677/01 (CNCom., Sala D, 30/5/08, causa 3991/06, in re “Carril, Miguel Jesús y Otros c/Garovaglio y Zorraquín S.A. s/Nulidad de asamblea”).

<sup>21</sup> Art. 38.- Arbitraje. Dentro del plazo de SEIS (6) meses contados desde la publicación del presente Decreto, las entidades autorreguladas deberán crear en su ámbito un Tribunal Arbitral permanente al cual quedarán sometidos en forma obligatoria las entidades cuyas acciones, valores negociables, contratos a término y de futuros y opciones coticen o se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la Ley N° 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, as! como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. Del mismo modo deberán proceder las entidades autorreguladas respecto de los asuntos que planteen los accionistas e inversores en relación a los agentes que actúen en su ámbito, excepto en lo referido al poder disciplinario. En todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores en conflicto con la entidad o con el agente, para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes. En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el Tribunal Arbitral. También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición.

<sup>22</sup> Ley 15 de 1862.

<sup>23</sup> Ley 340 de 1869.

<sup>24</sup> Conviene recordar en este sentido lo resuelto por la Corte en 1988 in re “La Nación S.A. c/La Razón S.A., Fallos 311:2300, que mereció el beneplácito de la doctrina (véase O’Farrell, Ernesto; Un fuerte espaldarazo al arbitraje, L.L.

además todos los conflictos societarios pueden someterse a arbitraje, resulta evidente que no existe compromiso alguno de orden público que hiciera ingresar al arbitraje en una zona de prohibición.

Por lo tanto, surge de las antiguas disposiciones del Código Civil, como del Código de Comercio y legislación a él incorporada, que los derechos que allí se contemplan son disponibles para las partes, la pregunta que cabe formularse entonces sería: ¿la regla es que los derechos son disponibles para las partes o esa es la excepción, que tiene que ser interpretada con carácter restrictivo? De su respuesta surgirá la viabilidad del arbitraje.

En consecuencia ¿cuál podría ser la justificación para que la cuestión planteada no haya sido sometida al tribunal arbitral escogido por las partes contratantes? Desde luego no solo para que se expida sobre su propia competencia, sino además sobre la eventual validez de la cláusula compromisoria, y los eventuales daños y perjuicios que se hayan reclamado.

Tal vez hayan aparecido fantasmas de la mano de alguna jurisprudencia aislada de la Corte, por medio de la cual se decidió en una acción de fraude (por simulación) el sometimiento de un conflicto –pese al pacto arbitral- a la decisión de la jurisdicción judicial<sup>25</sup>.

Si así fuera, más allá de los reproches que mereció ese pronunciamiento por parte de la doctrina, por el exceso jurisdiccional en el que se incurrió, que mutatis mutandi guarda alguna similitud con el sublite, lo cierto es que entonces la postura de la Corte, no sólo fue omisiva, sino que además jamás sostuvo la Corte, ni en ese supuesto, ni en otro de características similares, que el arbitraje debía ser interpretado restrictivamente porque tenía carácter excepcional.

La respuesta a las cuestiones planteadas, no puede más que encontrarse en la actuación que le cupo a la jurisdicción judicial que omitió tener en cuenta no sólo la realidad, sino además la legislación y la doctrina emanada

---

1989-B-476). En esa decisión se mantuvo una cuestión sometida a arbitraje ante el tribunal que se había designado por las partes, pese al pretendido fuero de atracción que se pretendió aplicar con motivo de encontrarse en concurso preventivo uno de los litigantes.

<sup>25</sup> Tal vez el pronunciamiento comentado, esté motivado en lo que la Corte Suprema decidiera el 10 de noviembre de 1988 en el caso "Nidera Argentina S.A. c/Elena G. Rodríguez Alvarez de Canale". En ese fallo severamente criticado por la doctrina, se decidió una cuestión de competencia en contra del tribunal de arbitraje en un conflicto planteado por la justicia judicial. Sobre la base de que la cláusula compromisoria no incluía el sometimiento a los árbitros de la defensa de simulación del contrato opuesta por la demandada, la Corte resolvió que el conocimiento de la aducida simulación correspondía a la justicia civil. En la sólida crítica desenvuelta por Alejandro P. Radzyminski ("Conflictos de competencia entre jueces y árbitros", en E.D. 138-288) se destacó que razones de índole estrictamente práctica conducen a dejar la decisión sobre la competencia en cabeza de los árbitros, pues de no ser así "se daría vida a un peligroso instrumento del cual fácilmente podrían apoderarse las maquinaciones temerarias de los litigantes de mala fe...". Es decir, bastaría invocar una causal de nulidad para soslayar la jurisdicción privada. Y en el mismo orden argumental afirma que este fallo sienta "una generosa y tal vez irresistible invitación a los litigantes inescrupulosos para obstaculizar el arbitraje apelando a una mera invocación del carácter simulado del contrato ...." y además conduce "a la completa frustración de las expectativas de quien obrando de buena fe opta por el arbitraje...". Es entonces oportuno tener en cuenta que mutatis mutandi lo dicho es aplicable cuando para cuestionar la competencia arbitral se adujese alguna inconstitucionalidad (Véase Anaya, Jaime; Control Judicial del Arbitraje, L.L. 2004-B-312). También mereció la crítica de Caivano, quien no sólo destaca la inconveniencia de ese pronunciamiento sino que además en respaldo a su postura cita precedentes de la Corte Suprema de 1918 en donde aquella resuelve que la cuestión de la caducidad del contrato no está excluida de las que deben someterse al juicio de árbitros cuando las partes así lo acordaron (Fallos 128:402), sino además antigua jurisprudencia de la propia Cámara Comercial que data de 1926 y 1948, a través de la cual se demuestra la coincidencia de esos precedentes con la facultad de los árbitros de decidir acerca de su propia competencia aún hallándose cuestionada la subsistencia del contrato que contenía la cláusula compromisoria (CNCom., 29/10/26, in re "Romero c/Romero y Cía", J.A. XXII (1926), p. 1177; ídem, 31/7/48, en autos "Corporación Cementera Argentina S.A. c/Cía. Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo S.A., L.L. 52-23) (Ver Caivano, Roque J.; Una singular cuestión de competencia (a propósito de un conflicto entre un juez y un tribunal arbitral), L.L. 1990-A-419.

del más Alto Tribunal, incurriendo así en un exceso de jurisdicción que se contradice con lo que las partes habían acordado.

## **6.- A MODO DE CONCLUSIONES**

La preocupación que genera el fallo en comentario, es que ese desentendimiento de la voluntad de los contratantes, coloca a nuestro país en una senda que implica un retroceso, pues el precedente de la Corte que alude al carácter excepcional y restringido del arbitraje data de 1920, omitiéndose advertir que se aludía a la intervención del Estado Nacional, contradiciendo inclusive precedentes de la propia Cámara de esa misma década. De esa forma se le da la espalda a una realidad que cada vez tiene mayor contundencia y que le ha hecho sostener a la doctrina internacional, no sólo que el arbitraje se ha consagrado como el sistema más utilizado a nivel internacional para dirimir las controversias comerciales<sup>26</sup>, sino que tampoco puede pasarse por alto la existencia de una nueva *lex mercatoria*, nacida bajo el influjo de las decisiones de los tribunales arbitrales, ya que el comercio internacional aprovecha sus bondades, sin resignar por cierto la labor de los tribunales judiciales, toda vez que la relación de coordinación que marca la propia Corte Suprema y que inadvertidamente pasa por alto el precedente comentado, introduce a la Argentina en la necesidad de observar esa nueva *lex mercatoria*.

Ello en razón de que las relaciones jurídicas que se instauran en la dimensión globalizada, bien señala Taruffo, con cita de Ferrarese, que “la idea tradicional del ordenamiento jurídico modelado sobre el esquema estado-nación como conjunto estable, compacto, completo y jerarquizado de normas de producción estatal, pierde significado. El derecho de la economía globalizada es en cambio *soft*, flexible, variable de origen en gran medida contractual, de todas formas no estatal, y se asemeja a una red horizontal que conecta varios puntos situados en cualquier parte del mundo”<sup>27</sup>.

Ese mismo comportamiento se observa en la flexibilización que han tenido conceptos otrora tradicionales como precisamente el de jurisdicción, o el de soberanía, no sólo porque la Argentina pueda someterse a árbitros internacionales para resolver sus disputas cuando actúa en la órbita *iure gestionis*, sino porque el propio constituyente contempló una jurisdicción transnacional al someterse a los tratados que consagra el inc. 22 del art. 75, sino porque además transformó una Constitución que era rígida en más flexible conforme las previsiones del inc. 24 de ese mismo precepto.

Desde luego que el trasfondo que subyace detrás de estos criterios, tan estereotipados, que intentan el sustento, por lo menos aparente, de un pronunciamiento, encuentra asidero solo en la concepción del Estado como único administrador de justicia, aspecto central que está en la base de los sistemas del *civil law*.

Es evidente la crisis de estos modelos tradicionales, que es necesario asumir, porque la realidad del mundo indica la existencia de un sistema globalizado, impone otro tipo de miradas, distinta a la tradicional, que no por eso debe resignarse, sino por el contrario porque se advierta la existencia de elementos superadores que permitan el acceso a mejores estándares a todo nivel.

También para la cultura jurídica, la superación de las fronteras nacionales es un fenómeno ya inevitable, y está estrechamente ligado –señala Taruffo– a la difusión y circulación de temas de orden general como las garantías

---

<sup>26</sup> Redfern, Alan y Hunter, Martin; *Teoría y Practica del Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. La Ley, 4ta. Ed., 2007, p. 59.

<sup>27</sup> Taruffo, Michele; *Sobre las fronteras – Escritos sobre la justicia civil*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia 2006, p. 97.

constitucionales, los derechos humanos, el debido proceso, la efectividad de la tutela y así sucesivamente. Si la cultura jurídica no quiere perder definitivamente contacto con la realidad de la cual pretende ocuparse, y si no quiere permanecer envuelta en la espiral del solipsismo autorreferencial, debe encontrar el modo de participar en la circulación ilimitada de las ideas que ya está *in re ipsa*, en la dimensión globalizada del mundo<sup>28</sup>.

En esa misma línea, señala Galgano, también con apoyo en Ferrarese, que en una sociedad transnacional en rápida transformación el principal instrumento de la innovación jurídica es el contrato, aunque –agrega– que si lo continuamos concibiendo como mera aplicación del derecho, y no como fuente del nuevo derecho, no comprenderíamos de qué modo cambia el derecho de nuestro tiempo<sup>29</sup>.

La invocación de la Corte Suprema a la aplicación del art. 16 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, es reveladora de este aspecto<sup>30</sup>, y ello amerita una amplitud del criterio interpretativo que no relegue al país a un rol desdibujado por la inseguridad de sus decisiones en esta materia, pues como sostenía Bidart Campos, los jueces también gobiernan, solo que lo hacen a través de actos de autoridad que son sus sentencias, las que evidentemente requieren estar a la altura de las circunstancias.

---

<sup>28</sup> Taruffo, Michele; Ob. cit., p. 80.

<sup>29</sup> Galgano, Francesco; La globalización en el espejo del derecho, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 105.

<sup>30</sup> Señala Rivera en esta misma línea que esto importa el reconocimiento de la Corte de ese nuevo orden mundial y la recepción por parte del Alto Tribunal de esa nueva *lex mercatoria*, puesta de manifiesto en la fundamentación dada en ese caso a través de la normativa internacional invocada por dicho Tribunal (Rivera, Julio C.; Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia, L.L. 2005-D-156).