

LA COMPETENCIA EN EL ARBITRAJE

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

En el proceso arbitral una de las cuestiones que más asiduamente se plantean, se vincula a la competencia que se atribuye el tribunal arbitral para entender en un determinado conflicto.

Ello en razón, de que es usual que existan observaciones, tanto respecto a su integración, como a su vocación para entender en el conflicto que se plantea.

Desde luego que esta temática puede ofrecer diversos tipos de frentes para su análisis, sin embargo, lo restringiremos exclusivamente a la competencia para entender un tribunal arbitral en un conflicto, dejando de lado, otros aspectos, por ejemplo si el arbitraje es un arbitraje de derecho o de amigables componedores, o si se trata de un tribunal arbitral ad hoc o institucional, que son cuestiones que si bien pueden tener vinculación con su competencia, aquí no serán abordados.

El análisis lo restringiremos concretamente a la competencia de un tribunal arbitral, cuando está habilitado para intervenir, a partir de la existencia de materia arbitrable, las cuestiones que se pueden suscitar con el principio kompetenz-kompetenz, es decir, competencia de la

competencia, y los efectos que provoca esa decisión, para lo cual identificaremos a la competencia –siguiendo a Rosenberg- como la órbita de negocios de una autoridad, en este caso un tribunal arbitral.

2.- EL PRINCIPIO COMPETENCIA DE LA COMPETENCIA

Resulta un principio universalmente reconocido y respetado, que todo tribunal arbitral está habilitado para expedirse sobre su propia competencia para entender en un determinado conflicto, e inclusive para conocer de la posible nulidad que se plantee con relación a la cláusula compromisoria que habilita su intervención¹.

Desde luego que esta concepción parte del supuesto previo de que el arbitraje es voluntario y por ende las partes designaron al tribunal arbitral al que ellas quieren acudir para resolver sus disputas.

Esta designación se hace a través de la cláusula compromisoria o del compromiso, institutos éstos que se distinguen por su ubicación temporal dentro del iter contractual. Esto es –pese a que hoy constituye una antigüalla- la posibilidad que las partes contraten y prevean por

¹ Sostiene la doctrina que comprobada 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...”).

medio de una cláusula compromisoria su sometimiento -en caso de controversias- a la competencia de un determinado tribunal arbitral.

O bien, por el contrario, se aludía al compromiso –que no está de más recordar que aún sigue siendo legislado así en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- cuando suscitado el conflicto entre las partes, acuerdan luego la forma de su solución por vía arbitral, lo que incluye muchas veces la designación del tribunal en esa oportunidad².

Para todo ello lo único que se requiere es que exista una materia arbitrable, para lo cual conviene distinguir tres ámbitos claramente diferenciables dentro del cual se desarrolla el proceso arbitral.

Uno de ellos, es la zona más tradicional o común del arbitraje, en donde es permitido someter el conflicto al juicio de árbitros toda vez que las partes voluntariamente así lo deciden, pues existen derechos disponibles como materia de la disputa existente entre ellas.

La otra zona, opuesta a la primera, es una zona de prohibición, en donde el arbitraje está prohibido expresamente por la letra de la ley,

² Resulta oportuno destacar que si bien hoy ya no se distingue entre cláusula compromisoria y compromiso con la intensidad que tenía en otros tiempos, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro (ley provincial 4142), suprimió la formalidad del compromiso para el arbitraje denominado ad hoc.

pues existen derechos que son indisponibles para las partes, por estar comprometido el orden público³.

Y finalmente existe una tercera franja en donde el arbitraje resulta obligatorio, pues es la ley misma la que lo impone. Sirva como ejemplo, las previsiones de la ley 26.831 que regula el mercado de capitales en donde se dispone expresamente que todos los conflictos que se planteen en el seno de una sociedad abierta (conf. art. 299 de la Ley de Sociedades Comerciales), para ellas, deben ser resueltos por vía arbitral.

Si bien se trata de una rama muy especial dentro del mundo jurídico que es el derecho del mercado de capitales, que no puede ser considerado simplemente como derecho común, por el contrario se trata de una rama del derecho privado de neto orden público, toda vez que la autoridad está obligada a su control y supervisión a través del organismo creado al efecto (la Comisión Nacional de Valores - CNV), y así fue receptado inclusive por la Corte Suprema que ha reconocido carácter federal a sus disposiciones⁴, esto ha sido regulado en los términos indicados por la ley antes referida.

³ Sirva como ejemplo lo normado por los arts. 842 u 845 del Código Civil, que aluden a la imposibilidad de transigir sobre cuestiones de validez o nulidad del matrimonio, o cuestiones relativas a la patria potestad, entre otros, o el art. 848 que prohíbe la transacciones sobre eventuales derechos sucesorios, entre otros ejemplos.

⁴ Fallos 315:2280

Con lo cual quedan claramente delimitados los ámbitos dentro de los cuales se puede desarrollar un proceso arbitral a los fines de determinar consecuentemente la eventual competencia o no de un determinado tribunal.

3.- EFECTOS DE LA COMPETENCIA EN MATERIA ARBITRAL

La previsión de las partes dentro de un contrato de una cláusula compromisoria, automáticamente provoca dos tipos de efectos, uno positivo y otro negativo al desarrollarse un proceso arbitral.

El positivo es habilitar la competencia del tribunal que hubiera sido designado por las partes, y el negativo es la sustracción que importa para ambas partes de la competencia de la jurisdicción judicial u oficial para someterse a la arbitral.

Sin embargo, uno de los problemas que suele plantearse en este escenario, es que existe alguna línea de la jurisprudencia que considera que la jurisdicción arbitral es una jurisdicción de excepción, por lo cual, la interpretación que corresponde hacer a la cláusula compromisoria –se sostiene– que debe ser restrictiva.

En verdad la interpretación debería ser la contraria, esto es que la regla es la posibilidad de someter cualquier tipo de controversias al juicio de árbitros, pues la mayoría de los derechos son disponibles para las

partes, siendo su indisponibilidad la excepción, por la eventual afectación que se pueda producir en el orden público.

Y esta no resulta una inferencia, o una interpretación, sino que surge de la propia letra de la ley, ya que la disponibilidad de los derechos debe ser la regla en tanto la ley no disponga lo contrario. 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 Nacional⁵.

No obstante esas pautas genéricas, existen en el Código de Comercio otras más específicas aún, que apuntan al principio del favor negotii⁶, 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 sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto,

⁵ Fallos 312:2382; 318:1894, entre otros.

⁶ 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.

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 la Cámara de Comercio a través de su doctrina, precisamente con motivo de una cuestión de competencia en un arbitraje⁷.

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, 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.

Por lo tanto, no requiere mayor esfuerzo concluir, que en primer lugar, es la competencia atribuida por las partes al tribunal que hubieran

⁷ CNCom., Sala D, 5/11/2002, Reef Exploration Inc. c/Cía. General de Combustibles S.A., L.L. 2003-E-937.

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 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.

En base a los diversos precedentes citados, conviene cuestionarse cuál ha sido la razón por la cual en el ámbito comercial –que es donde se despliega con mayor intensidad el proceso arbitral- se ha generado una interpretación que señala en líneas generales 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”⁸.

Este criterio sostenido por la Cámara Nacional en lo 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.

⁸ Este es el criterio que ha observado la mayoría de la Sala C, 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 mismo 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.

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 más 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.”⁹, en donde también intervenía el Estado.

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 (Fallos 290:237). En

⁹ Fallos 330:2215

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)¹⁰.

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 esa 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, por ende de orden público, restrictivo, excluyente, limitado e improrrogable¹¹, con la competencia arbitral que puede ser libremente pactada entre particulares, en tanto y en cuanto exista materia arbitrable.

¹⁰ 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.

¹¹ 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).

En este orden de ideas es importante tener en cuenta que constituye una premisa fundamental, ajustar este cometido a la doctrina sentada por el más Alto Tribunal del país que ha interpretado que aun tratándose de su competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, “es admisible que ella se prorrogue a favor de la jurisdicción arbitral si por ella se optase tácita o expresamente” (Fallos 90:97; 112:203; 143:357; 269:431; 277:111; 280:62 y 298:665).

Sin embargo, del análisis de los 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 juzgamiento¹².

¹²Ello 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

Esta circunstancia por sí misma va en desmedro del principio de seguridad jurídica, que se evidencia en la construcción dogmática que alude al carácter excepcional de la jurisdicción arbitral y, por una especie de carácter transitivo, en la interpretación restrictiva que merecerían 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

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).

oportunidades en las cuales el Estado ha contratado con particulares y ha decidido someter sus eventuales diferencias al juicio de árbitros¹³.

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

¹³ 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, artículo 1200 y correlativos)”, (Fallos 133:61).

Y luego sostuvo en otro de 1928 que “la disposición del art. 768, incisos 2° y 3° 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 3° 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 aquella 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).

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 legal¹⁴.

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 (conf. art. 1197 del Cód. Civil), pues resulta el pilar fundamental en el que se asienta el arbitraje.

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 las partes deciden sustraerse a la competencia de la jurisdicción judicial, pues lo contrario importaría una

¹⁴ Fallos 314:458; 315:727; 320:2131, entre otros.

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 prácticas 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.

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)¹⁵.

Esa norma de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional prevé expresamente que el tribunal arbitral

¹⁵ Véase L.L. 2005-F-156, con nota de Julio César Rivera.

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.

4.- A MODO DE CONCLUSIONES

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 prejuicios¹⁶.

Sucede que la reiteración en sí misma de lo decidido, da un margen de contención al 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 mantener –solo por acostumbramiento- una determinada postura, sin permitir siquiera revisar su puesta en correspondencia con la realidad, aspecto éste que denominara presupuesto jurídico subyacente, que prácticamente

¹⁶ 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.

constituyen fórmulas dogmáticas que brindan seguridad al intérprete solo por repetidas, sin detenerse en su sentido y concreta aplicación.

¿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.

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 Comercio¹⁷, como asimismo de la legislación a él incorporada, se conforma con derechos de esa índole.

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).

¹⁷ Ley 15 de 1862.

Del mismo modo cuando se sancionó el Código Civil¹⁸, 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 Quiebras¹⁹, y 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

¹⁸ Ley 340 de 1869.

¹⁹ 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. 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.

interpretada con carácter restrictivo? De su respuesta surgirá la viabilidad del arbitraje y consecuentemente la afirmación de la competencia del tribunal que corresponde.

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 judicial²⁰.

²⁰ 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. Radzyninski ("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

La preocupación que genera la línea decisoria observada por la jurisdicción judicial respecto a la competencia de la jurisdicción arbitral, no es otra más que la inseguridad jurídica, pues ese desentendimiento de la voluntad de los contratantes, coloca a nuestro país en una senda que implica un retroceso, ya que 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.

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 comerciales²¹, 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, por la relación de coordinación que marca la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

singular cuestión de competencia (a propósito de un conflicto entre un juez y un tribunal arbitral), L.L. 1990-A-419.

²¹ Redfern, Alan y Hunter, Martin; *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. La Ley, 4ta. Ed., 2007, p. 59.

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”²².

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

²² Taruffo, Michele; *Sobre las fronteras – Escritos sobre la justicia civil*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia 2006, p. 97.

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 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 mundo²³.

²³ Taruffo, Michele; Ob. cit., p. 80.

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 tiempo²⁴.

La invocación de la Corte Suprema a la aplicación del art. 16 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, es reveladora de este aspecto²⁵, 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.

²⁴ Galgano, Francesco; *La globalización en el espejo del derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 105.

²⁵ 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).