

INCOMPRESIÓN JUDICIAL DEL ARBITRAJE

Julio César Rivera

“Et le jour où sur la place publique vous aurez à prendre part dans quelque grand débat, qu'il s'agisse de soumettre à un nouvel examen une cause trop vite jugée, de voter pour un homme ou pour une idée, n'oubliez pas non plus la méthode critique. C'est une des routes qui mènent vers le vrai » (Marc Bloch)

La difusión que el arbitraje comercial ha tenido en los últimos años en Argentina empieza a reflejarse en una mayor cantidad de pronunciamientos judiciales sobre distintas cuestiones. Esas decisiones no muestran una clara hostilidad hacia el arbitraje comercial, que por otra parte sería extraña a nuestra tradición jurídica¹, pero tampoco permiten avizorar un camino libre de dificultades tanto para el arbitraje doméstico cuanto para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

En esta nota comentaremos varios fallos recientes algunos de los cuales generan una enorme preocupación por el desconocimiento de principios elementales del arbitraje y por la omisión de ponderar y aplicar los tratados ratificados por el Estado argentino y que por ende son ley suprema de la Nación.

1. Interpretación del acuerdo arbitral
 - A. El caso.

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal se ha pronunciado el 28.2.08 en la causa “Rivadeneira. Hugo Germán c/ ABN Amro Bank NA y otros s/ ordinario”.

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

- B. La sentencia

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

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

De ahí deriva el tribunal que el inusitado cataclismo económico acaecido con posterioridad a la celebración del contrato (se refiere a la crisis del año 2002)

¹ V. Rivera, Julio César, *El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema*, Anales de la Academia Nacional de Derecho, agosto 2007 (separata)

no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros... la interpretación de las leyes y demás normas de emergencia económica y la fijación de los daños y perjuicios que dicen padecer.

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

C. La crítica

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

a) El remanido argumento de la “interpretación restrictiva”

En primer lugar el tribunal judicial insiste con la idea de la interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, pese a que la doctrina argentina viene señalando consistentemente que tal criterio interpretativo no tiene ningún fundamento en el derecho positivo².

b) La cláusula arbitral y la legislación de emergencia

En segundo término, la sentencia declara que la parte no pudo haber previsto someter al juicio de árbitros los efectos de la crisis y la interpretación de las leyes de emergencia. Esta cuestión ya se había planteado ante los tribunales judiciales con resultado diverso. La Cámara de Apelaciones en lo Comercial, por otras salas distintas de esta que emite el fallo comentado, había resuelto a favor de la competencia arbitral; la sentencia anotada reconoce la existencia de estos precedentes y los cita expresamente, pese a lo cual se aparta de ellos para sostener una solución que sólo había sido acogida por un tribunal de la Provincia de Buenos Aires³.

Estas sentencias del tribunal de San Isidro habían sido ya cuestionadas.

Para fundar su resolución el tribunal provincial dijo que “*el inusitado cataclismo económico sucedido con posterioridad a la celebración del contrato no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros, y enmarcada en la cláusula compromisoria, la interpretación de las*

² V. la crítica que al criterio de la interpretación restrictiva hace Jorge A. Rojas, en *La cuestión de la competencia en el arbitraje*, ED 10.7.08; allí concluye que ese paradigma emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema elaborada con relación al sometimiento del Estado a la jurisdicción arbitral, que estando sometido por regla general a la jurisdicción federal (art. 116 CN) requiere una ley especial que lo autorice a comprometer en árbitros: v. Rivera, Julio César, *El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, citado. La Corte Suprema ha resuelto de todos modos que el artículo 116 de la CN no excluye la posibilidad de que el Estado comprometa en árbitros: CSN, 16.8.37, Cía. Italo Argentina de Electricidad vs. la Nación, Fallos 178:29, con cita de Fallos 90:97, 104:323, 110:35, 143:357, 146:373, 167:192

³ C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, 3/4/2005, LLBA 2005-521; ha sido criticada por la doctrina: v. DIOGUARDI, Juana, *Volver a los principios que sustentan el arbitraje*, LLBA 2005-792

leyes y normas de la emergencia dictadas en consecuencia, que ha convulsionado profundamente el esquema económico del contrato"; esto es palabra más o menos lo que ahora repite la Sala D de la Cámara Comercial. Al comentar aquél pronunciamiento provincial hemos sostenido que peca de dogmático; no se advierte por qué interpretar la cláusula arbitral de modo que excluya hechos posteriores a la celebración del contrato y que, en definitiva, afectan las obligaciones nacidas de él⁴. Por el contrario, si las partes han dicho que todas las disputas que se causen en la relación jurídica quedan sujetas al arbitraje, dijeron "todas" y no "algunas", ni "anteriores" o "posteriores"; en definitiva la interpretación judicial no tiene ningún sustento en lo que las partes escribieron en su contrato.

En otro caso el mismo Tribunal de San Isidro dijo que "... *no es posible interpretar que las partes hayan dejado librado al juicio de árbitros la interpretación de normas dictadas con posterioridad a la celebración del contrato*". No se entiende este razonamiento del tribunal judicial; de lo que se trata es de determinar cómo las nuevas normas inciden sobre el contrato en el cual se había incluido el convenio arbitral⁵ lo cual puede perfectamente ser hecho por los árbitros que ejercen jurisdicción. Por lo demás, la peregrina tesis del tribunal de la provincia de Buenos Aires, conduce a que el convenio arbitral caducaría cada vez que se sanciona una norma —posterior a la celebración del contrato— que pudiera tener incidencia sobre él.

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

c) La limitación del arbitraje a las cuestiones de hecho

Pero lo que resulta inaudito es la pretendida restricción del arbitraje a las cuestiones de hecho y de interpretación del contrato, lo cual importa – para la Cámara Comercial - la exclusión de las cuestiones de derecho y de interpretación de la ley.

En este aspecto la sentencia espanta y resulta literalmente inexplicable. Obviamente este párrafo de la sentencia no tiene cita legal que la sustente y se remite a un precedente de la misma Cámara de doce años atrás⁶.

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

(i) El arbitraje "de derecho" reducido a cuestiones "de hecho": un invento judicial

Fuera de todo marco legislativo es imposible concebir el arbitraje como medio de resolución de conflictos exclusivamente *de hecho*; simplemente se da por supuesto que los árbitros ejercen *jurisdicción*, con lo cual *dicen el derecho*⁷

⁴ Rivera, Julio César, *Arbitraje comercial*, Bs.As., Lexis Nexis, 2007, cap. II, n° 17 A).

⁵ C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, 23/12/2004, "Peyras, Hernán v. Nordelta Constructora SA", LL 2005-1216, con nota de Roberto Loustanau; el mismo tribunal en sentencia del 4/3/2005, "Regueiro, Jorge L. v. Nordelta Constructora SA", JA 2005-II-45.

⁶ CNCom., sala C, 25.10.96, *Cooperativa Agropecuaria de La Violeta Ltda. c/ Nidera SA s/ ordinario*

⁷ La jurisdicción, del latín *iurisdictio*, vocablo compuesto por las locuciones *iuris* (derecho) y *dictio* (decir, dictar), tiene el significado etimológico de decir o dictar el derecho y de este significado deviene su aplicación a la idea de juzgar y declarar el derecho al resolverse una controversia: VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Jurisdiccionalidad del arbitraje*, Revista Peruana de

En el ámbito argentino son las mismas leyes estatales las que equiparan de modo explícito la función de los árbitros a la función judicial. Así, un autor de la talla de Lino Palacio argumenta que si bien los árbitros carecen de *imperium* para hacer ejecutar sus decisiones, y por ello deben recurrir al auxilio de la justicia estatal, es el mismo CPCCN el que equipara la actividad arbitral a la jurisdiccional, en tanto admite la prórroga de la competencia a favor de árbitros en asuntos internacionales (art. 1), así como el sometimiento de cuestiones a la decisión “de jueces árbitros” (art. 736) y especialmente cuando equipara las sentencias (laudos) arbitrales a las judiciales (art. 499), sin siquiera exigir una homologación como acontece, en cambio, en otras legislaciones⁸.

Agrega el mismo autor que el laudo no es un mero dictamen, sino que participa de la obligatoriedad que caracteriza a los actos de autoridad⁹.

Por ello se ha concluido que “*los árbitros, una vez constituidos, se comportan como verdaderos titulares de jurisdicción, en la forma y en la medida en que las partes les sometieron la solución del conflicto*”, y que si bien la voluntad de las partes intercede en el origen del proceso, “*los árbitros nombrados actúan como jueces, con independencia de las partes, de las cuales no pueden considerarse mandatarios, porque están investidos de función auténticamente jurisdiccional, que se va a desenvolver como si fuera un proceso llevado a un tribunal estatal*”¹⁰.

En conclusión, la actividad de los árbitros resulta sustancialmente equiparable a la fundamental que cumplen los órganos judiciales¹¹, e incluso, en determinados casos agota la función de éstos¹².

Arbitraje, nro. 3, ps. 53 y ss.

⁸ Lo cual había sido anticipado por el juez de la Corte Suprema Tomás D. Casares en su voto en Corte Sup., 5/3/1953, “Susana Carlota Pacheco Santamarina de Bustillo v. Café Paulista”, Fallos 225:135. En ese voto Casares dice que “las sentencias arbitrales regularmente pronunciadas tienen el valor y los efectos de las sentencias judiciales”.

⁹ PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. IX, Bs.As., Abeledo Perrot, 1992

¹⁰ STRENGER, Irineu, *Arbitragem comercial internacional*, LRT, São Paulo, 1996, nros. 170 y 171.

¹¹ En esta orientación en un lúcido voto del juez de la Corte Suprema de la nación Dr. Tomás Casares se lee: “Que las sentencias arbitrales regularmente pronunciadas tienen el valor y los efectos de las sentencias judiciales. Lo que la ley permite someter a árbitros es como si se sometiera al juicio de los jueces con quienes se constituye en el Estado la autoridad o Poder Judicial. Las sentencias de los árbitros hacen cosa juzgada, con todos sus efectos. Y todos los efectos de la cosa juzgada provienen de que es un acto de autoridad en sentido propio y riguroso. La autoridad de los árbitros es, en este orden de consideraciones, análoga a la de los jueces. Y la de unos y otros consiste en ser ejecutores de la autoridad de la ley”: en Corte Sup., 5/3/1953, “Susana Carlota Pacheco Santamarina de Bustillo v. Café Paulista”, Fallos 225:135. Por ello se ha anulado la sentencia que prescindió de dos laudos arbitrales que eran obligatorios para las partes las que no los habían cuestionado ni interpuesto contra ellos los recursos autorizados por la ley: Corte Sup., 11/4/1978, “Alberto Antonio Pérez y otros v. SRL Empresa de Transportes ‘La Cabaña’”, Fallos 300:380.

¹² PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, cit., p. 29; en la misma orientación en la Argentina, CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, 2da.ed., Ad Hoc, Bs.As, 2000, ps. 96 y ss. con una extensa exposición de argumentos; en Uruguay, BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El juicio*

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje está reconocida por la Corte Suprema argentina desde el siglo XIX¹³, y ha sido ratificada en los casos en que ha dirimido conflictos de competencia entre la justicia “judicial” y la “arbitral”¹⁴.

Y por ello ha dicho la Corte que *“aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”*¹⁵. Lo cual obviamente ha tenido repercusión en las jurisdicciones inferiores, en las que se dice que *“el laudo arbitral, más allá de su función declarativa, da lugar a una jurisdicción de origen voluntario que es excluyente de la judicial pues consiste en determinar – de acuerdo a derecho o al buen saber y entender de los árbitros – qué es lo que corresponde a cada una de las partes”*¹⁶.

También lo ha sostenido la Corte Suprema en muchos otros fallos que han tratado el tema de los recursos contra el laudo. En esta orientación ha dicho la Corte Suprema que *“no procede la vía del art. 14, ley 48, respecto de las decisiones de la **jurisdicción arbitral** libremente pactada por los interesados, pues ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los contemplados por las respectivas leyes procesales, a través de los cuales ha de buscarse remedio a los agravios ocasionados por el laudo pertinente”*¹⁷ (énfasis añadido).

Y muy recientemente la Corte ha resuelto: *“Que una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la **jurisdicción arbitral** permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles...”*¹⁸ (énfasis añadido).

En otro plano, es claro que en el derecho argentino se puede someter a arbitraje toda cuestión entre partes (art. 736 CPCCN), en el más absoluto y

arbitral, Facultad de Derecho de Montevideo, Montevideo, 1956, p. 53; en México, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, ps. 13/14.

¹³ Corte Sup., “Bruce v. De las Carreras”, Fallos 22:371 (año 1880).

¹⁴ Corte Sup., 1/11/1988, “SA La Nación y otra v. SA La Razón Editorial EFICyA”, Fallos 311:2223; íd., 10/11/1988, “Nidera Argentina SA v. Elena G. Rodríguez Álvarez de Canale”, Fallos 311:2300, etc.

¹⁵ Corte Sup., 31/5/1999, “J. C. Roca v. Consultara SA”, Fallos 322:1100.

¹⁶ CNCom., sala A, 7.9.07, Papel de Tucumán SA c/ BANADE, IJ-XXII-904

¹⁷ Corte Sup., Fallos 118:247; 237:392; 241:203; 250:408; 255:13; 274:323; 296:230; 306:455. En la misma orientación, el dictamen del procurador general de la Nación en “YPF v. Sargo”, 27/12/1974, Fallos 290:458, JA 20-1975-115, invocando que sería absurda la apelabilidad de los laudos si no fueran el resultado del ejercicio de la jurisdicción.

¹⁸ Corte Sup., 5/4/2005, “Bear Service SA v. Cervecería Modelo”, LL del 1/7/2005, con nota de RIVERA, Julio C., *Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia*.

libérrimo ejercicio de la autonomía de la voluntad¹⁹; con la única limitación de que no pueden someterse a arbitraje aquellas materias que no son susceptibles de transacción (art. 737) lo cual remite a los artículos 842 a 849 del Código Civil. Es más que obvio que si la transacción es un contrato por el cual las partes extinguen obligaciones litigiosas o dudosas, las partes pueden transar sobre cuestiones *de derecho*.

Ello encuentra reflejo en la distinción – recogida en nuestra legislación procesal - entre el arbitraje propiamente dicho y la pericia arbitral; se ha dicho que este último es el supuesto típico del “arbitrador”, quien, por su idoneidad en la materia que debe decidir, determina un elemento de la relación jurídica de las partes: la calidad de una cosa, el monto de los daños²⁰, el estado de un lugar, etc.. Con esto se suprime la discusión que existe en otros países, como Francia, donde el debate se centra en determinar si los arbitrajes sobre cuestiones de hecho son propiamente arbitrajes o no²¹; a nadie se le ocurrió lo inverso, esto es negar que los árbitros pudiesen resolver cuestiones de derecho.

Finalmente, la Corte Suprema Nacional ha dicho que *“los árbitros iuris pueden resolver toda cuestión que se les someta no siendo las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, sea de carácter mixto o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral”*²²

¹⁹ Es obvio que el arbitraje está fundado en la autonomía de la voluntad; al respecto la Corte Suprema ha resuelto que: *“aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”*: Corte Sup., 31/5/1999, “J. C. Roca v. Consultara SA”, Fallos 322:1100. Lo cual obviamente ha tenido repercusión en las jurisdicciones inferiores, en las que se dice que *“el laudo arbitral, más allá de su función declarativa, da lugar a una jurisdicción de origen voluntario que es excluyente de la judicial pues consiste en determinar – de acuerdo a derecho o al buen saber y entender de los árbitros – qué es lo que corresponde a cada una de las partes”* (CNCom., sala A, 7.9.07, Papel de Tucumán SA c/ BANADE, IJ-XXII-904)

²⁰ C. Nac. Com., sala C, 4/3/2005, “Darmex SA v. Application Software SA”, LL del 26/7/2005.

²¹ El debate en Francia se centra en la distinción entre el arbitraje contractual y el jurisdiccional; v. Oppetit, Bruno, *Teoría del arbitraje*, trad. de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demolin, PUF - Legis, Colombia, 2006, pág. 162; Kassis, Antoine, *Problèmes de base de l'arbitrage*, t. I, *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, LGDJ, París, 1987, n° 26 y 27, págs. 17 y sigs.. El arbitraje sobre aspectos exclusivamente técnicos o de hecho está contemplado en otras legislaciones; en el derecho alemán y en el suizo existe una suerte de “perito árbitro” que se aproxima al arbitraje; y en el Código de Procedimiento Civil holandés se autoriza que se confíe a un árbitro la decisión sobre una cuestión exclusivamente técnica (art. 1020.4); también la ley colombiana (art. 115): ver JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrage*, en SILVA ROMERO, Eduardo (director académico) - MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coordinador académico), *El contrato de arbitraje*, Legis - Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, nro. 3.b), p. 10.

²² CSN, 7.8.35, Sociedad Anónima Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional, Fallos 173:221

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

(ii) El precedente citado.

Dijimos que como único sustento de su sorprendente afirmación, la Sala D cita un precedente de la misma Cámara emanado de su Sala C²³.

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

El tribunal se enfrentaba entonces a una cláusula patológica²⁴ y dijo: “ (la) *controversia involucra no solo cuestiones de hecho vinculadas con el cumplimiento regular del contrato de compraventa de cereales...sino aspectos estrictamente jurídicos relacionados con la legitimación de la peticionante y la incidencia que para la suerte del reclamo pudiera tener la investigación llevada a cabo en sede criminal, a raíz de la denuncia formulada por la demandada por un presunto ilícito de tentativa de estafa cometido en su perjuicio, situaciones que escapan al conocimiento de un tribunal arbitral.*”, por lo que “*corresponde que (el conflicto) sea dirimido por los jueces ordinarios, cuya intervención también fue prevista por las partes para supuestos como el presente*”.

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

D) Conclusiones

La sentencia de la Sala D que examinamos es francamente inaceptable. Su doctrina es producto de la ignorancia de las nociones más elementales del arbitraje y constituye un severísimo llamado de atención a quienes elijan Buenos Aires como sede.

2. Autonomía de la cláusula arbitral.

A. El caso

La Sala C de la CNCom. se pronunció el 15 de febrero de 2008 en autos Miracle SA y otro c/ Fernández, Juan Carlos s/ ordinario²⁵.

²³ CNCom., sala C, 25.10.96, Cooperativa Agropecuaria de La Violeta Ltda. c/ Nidera SA

²⁴ La expresión “cláusulas patológicas” es atribuida a Frédéric Eisemann, ex secretario de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, y alude a las cláusulas que por impericia, exceso de previsiones o por otras razones se convierten en un obstáculo para el desarrollo del arbitraje que las partes quisieron prever como mecanismo de solución de sus conflictos

²⁵ ED 10.7.08, f° n° 55383, con nota de Jorge A. Rojas

En esta litis las partes estaban vinculadas por una cláusula arbitral; en el proceso se discutía la validez del acuerdo celebrado y la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.

B. La sentencia

Con cita del dictamen Fiscal, la sentencia insiste en la insólita doctrina según la cual se excluye la competencia arbitral pactada toda vez que “...*la citada controversia involucra no solo cuestiones de hecho vinculadas con el cumplimiento regular del acuerdo...*”, lo cual merece la misma crítica que hemos hecho en el número 1 a la sentencia *Rivadeneira*.

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

C. Crítica: desconocimiento de la autonomía del acuerdo arbitral

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

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

a) Autonomía del acuerdo arbitral

La autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. En otras palabras, la ineficacia del contrato, sea genética (nulidad) o sobreviniente (resolución, rescisión), no causa la ineficacia de la cláusula arbitral. La convención arbitral, como negocio autónomo, no depende del contrato principal en cuanto a su validez, ni a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción para la resolución de una eventual controversia²⁶.

Este principio es considerado una piedra basal del sistema de arbitraje internacional y, de acuerdo con lo expuesto, en los hechos significa que la nulidad o inexistencia del contrato no implica la invalidez o inexistencia de la cláusula arbitral, pues cuando las partes incluyen una cláusula de esta naturaleza están pretendiendo que *todas* las cuestiones —incluso la validez o nulidad del contrato— queden abarcadas por ella²⁷.

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

²⁶ C. Nac. Com., sala E, 26/9/1988, “Welbers SA v. Extraktions-Technik”, LL 1989-E-304; Trib. Arbitraje Bolsa de Comercio Buenos Aires, 19/3/2002, “CIE RP SA v. Grinbank, Daniel Ernesto”, ED 198-464.

²⁷ CRAIG, Lawrence W. - PARK, William W. - PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Oceana - ICC, 2000 nro. 5.04 a partir de p. 48.

relevantes.

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

b) Efectos de la autonomía del acuerdo arbitral

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

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

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

c) La autonomía del acuerdo arbitral en el derecho argentino

La autonomía del acuerdo arbitral no está definida explícitamente en las fuentes internas, aunque sí en las fuentes internacionales incorporadas al derecho interno.

Así, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (art. 81.1)²⁸; veremos más adelante que esta Convención fue invocada expresamente por la C. Nac. Com., sala A, *in re* “Camuzzi Argentina SA v. Sodigas Sur SA”, para afirmar la autonomía de la cláusula arbitral y su subsistencia en caso de resolución del contrato que, en el caso, era un convenio de accionistas.

Y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur bajo el acápite “Autonomía de la convención arbitral” dice: “*La convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral*” (art. 7); agregando en el artículo siguiente: “*Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal Arbitral, de oficio o a solicitud de partes*”. Debe recordarse que estas reglas internacionales han sido ratificadas por la Argentina y, por lo tanto, incorporadas a su derecho, y por su naturaleza prevalecen sobre los códigos procesales (arts. 31 y 75, inc. 22, CN).

La autonomía del acuerdo arbitral también ha sido reconocida por los tribunales en numerosos pronunciamientos, de los cuales el primero es el dictado nada menos que por la Corte Suprema de Justicia en un viejo caso. Dijo allí la Corte: “*Establecido en una Ley de Concesión y en el contrato respectivo que quedan libradas a la decisión arbitral todas las cuestiones que puedan surgir entre el gobierno y los concesionarios, sin limitación alguna, la cuestión de la caducidad del contrato alegada por la demandada para oponerse a la constitución del tribunal no está excluida de las que debe someterse al juicio de los árbitros arbitradores, los que podrán resolver hasta qué punto sean legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes*”²⁹.

²⁸ El art. 81.1 de la Convención de Viena, refiriéndose a los efectos de la resolución del contrato, dice: “...*La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución*”

²⁹ Corte Sup., 19/12/1918, “Franke, O. v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 128:402.

Muchos años después, un tribunal de apelaciones se pronunció diciendo: “La forma en que se instrumenta la cláusula arbitral no altera su naturaleza de convención autónoma que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia”³⁰.

La misma Cámara de Apelaciones en lo Comercial tuvo que resolver la siguiente cuestión: se trataba de una cláusula arbitral pactada en un convenio de accionistas y la materia del proceso era justamente la validez de tal convenio. En la especie el tribunal judicial determinó que “si el desplazamiento de la jurisdicción arbitral es permitido ante un planteo como el aquí efectivizado, se podría impedir con facilidad la intervención de aquélla, apartándose así de la originaria intención común de las partes. Luego, debe adoptarse en el sub lite una interpretación amplia que mantenga aquella vía elegida”, agregando más adelante que “la autonomía antes expuesta ha sido establecida a través de reglas precisas en la Convención de Viena del 11/4/1980, ratificada por la República Argentina por ley 22.765 del 24/3/1983 que, en su art. 81.1, dispone que la resolución del contrato no afectará las estipulaciones relativas a la solución de controversias, habiéndose entendido que se refiere a las cláusulas de selección de foro, entre las que se encuentra, sin dudas, el acuerdo arbitral. También el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional establece, en el art. 21, que el Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia. Idéntica previsión se encuentra en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial del 21/6/1985”³¹.

Más recientemente la cuestión de la autonomía se planteó en el caso “Bear Service”, resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, pero que además llegó a conocimiento de la Corte Suprema de la Nación. Se trataba de un contrato de distribución en el que se había pactado un arbitraje ICC en México, pero la parte argentina promovió demanda ante el juez nacional arguyendo que, estando resuelto el contrato, no aplicaba la cláusula arbitral. La Cámara, después de sostener la eficacia de la cláusula arbitral al amparo del art. 1197, CCiv., y que como tal es ley para las partes, argumentó que la interpretación propiciada no se compadecía en modo alguno con el texto de la cláusula arbitral, que preveía la designación de árbitros para dirimir cualquier conflicto o reclamación que “resulte” o “se relacione” con el contrato, resultando evidente que el reclamo orientado a lograr el resarcimiento de los daños y perjuicios que se habrían producido por la rescisión del convenio se relaciona directamente con el contrato; de lo cual consideró el tribunal que era fatal concluir que debía aplicarse al caso la cláusula de referencia en tanto el propio contrato dispuso que “la terminación del presente contrato no dejará sin efecto (...) ninguna disposición del mismo que esté prevista para aplicarse después de dicha terminación...”³².

³⁰ C. Nac. Com., sala E, 26/9/1988, “Welbers v. Extraktions-Technik”, LL 1989-E-304, con nota de Antonio Boggiano.

³¹ C. Nac. Com., sala A, 27/8/1999, “Camuzzi Argentina SA v. Sodigas Sur SA”

³² C. Nac. Com., sala D, 22/2/2002, “Bear Service v. Cervecería Modelo SA”, LL 2002-D-

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

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

c) Los daños y perjuicios y la competencia arbitral

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

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

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

D. Conclusión

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

En cuanto a la exclusión de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de la competencia arbitral, indica a los abogados que deben redactar cláusulas arbitrales lo más abarcativas posibles, para evitar que los tribunales judiciales, omitiendo los principios más elementales del arbitraje, terminen haciendo estéril lo pactado. Claro que ello puede hacer que entonces los jueces muestren su hostilidad razonando de manera inversa: ante una descripción amplia y precisa de hipótesis comprendidas en la cláusula, podrán hacerla ineficaz diciendo que la controversia concreta no está incluida expresamente en la detallada descripción hecha por un abogado minucioso.

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

3. Ejecución del laudo arbitral extranjero.

A. El caso

La Cámara Contencioso Administrativo de La Plata, se pronunció el 30.8.07 en la causa Milantic Trans SA c/ Ministerio de la Producción – Astillero Río Santiago y otro³³.

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

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

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

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

- que el contrato de construcción de buques es un acto de comercio (art. 8, inc. 7, Cód. Comercio), por lo cual la ejecución del laudo quedaba comprendida en las disposiciones de la Convención de New York tal como ha sido ratificada por Argentina³⁴;
- que la circunstancia de que el Código Procesal de la Provincia no previera la ejecución de laudos extranjeros, carecía de toda relevancia pues en su caso debería aplicarse la normativa relativa a la ejecución de sentencias extranjeras desde que la jurisprudencia de la Corte de la Nación ha asimilado los laudos arbitrales a las sentencias judiciales;

³³ ED 30.11.07, fo. No. 490; sumario del fallo en LL 4.7.08, con nota de Hernán Cruchaga

³⁴ Al tiempo de la ratificación de la Convención, Argentina hizo uso de la reserva comercial; así, la ley 23.619 dispuso: "En el momento de efectuarse el depósito del instrumento de ratificación se formulará la siguiente declaración:

"La República Argentina declara que:

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

- que, además, resulta aplicable el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros previsto en la Convención de New York, que al haber sido ratificada es ley suprema de la Nación (art. 31 CN) siendo aplicación automática a nivel nacional y local, desplazando a las leyes nacionales y locales (art. 75, inc. 22, CN);
- que el laudo reúne todos los requisitos previstos para su reconocimiento y ejecución conforme a la Convención;
- que, en particular, no había ninguna incapacidad del Ente Administrador Río Santiago para celebrar el contrato que incluía la cláusula arbitral, desde que ese contrato había sido ratificado por ley de la Provincia n° 11837 que autorizó al Ente a contratar con el Banco Provincia las garantías “necesarias para llevar adelante la construcción de buques destinados a la exportación” (art. 1), autorizó al Banco Provincia otorgar las garantías bancarias y dispuso que el Poder Ejecutivo de la Provincia garantizara el cumplimiento de las obligaciones de pago asumidas por el Ente Administrador Río Santiago ante el Banco Provincia;
- que no había ninguna violación al orden público causada en la capitalización de intereses, pues el art. 623 Cód. Civil autoriza el pacto de capitalización; de modo que la solución del laudo no es incompatible con el espíritu de la legislación del país.

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

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

B. La sentencia de Cámara

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

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

- que la Convención de New York no es aplicable porque el contrato entre el Estado y los particulares no puede quedar comprendido en la categoría de acto de comercio;
- que la materia adjetiva no está delegada en el gobierno federal, por lo que la Convención de New York no rige en la Provincia de Buenos Aires;
- que sin autorización legislativa expresa no es admisible la prórroga de la competencia de los tribunales locales.

C. Crítica de la sentencia

a) Sobre la vigencia de los tratados en las Provincias

El primer voto dice: “...en tanto la materia considerada se integra a aspectos locales de jurisdicción, tampoco es disponible por el Estado Federal pues, es

esa una de las medidas que confina sus atribuciones delegadas y le confiere al caso una impronta institucional que justifica el abordaje que auspicio"... "La autonomía provincial desplaza toda iniciativa que la sustituya cuando la especie en juego sea de estirpe adjetiva. Es ésta una cuestión no delegada al Gobierno Federal y por ende ajena al sistema jerárquico vinculante que sugiere el fallo impugnado" (el fallo de 1ª Instancia había razonado que la Convención de New York desplaza cualquier regla local por efecto de los artículos 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional: esta es la jerarquía normativa que el fallo de Cámara desconoce).

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

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

- el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889
- el Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1939/40
- la Convención de Panamá de 1975
- la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, aprobada por las Conferencias Especializadas en Derecho Internacional Privado convocadas por la Organización de Estados Americanos en Montevideo en el año 1979 (conocida como CIDIP II)
- el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y Administrativa, ratificado por ley 24.578 de noviembre de 1995;
- el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR
- la Convención de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil;
- otras numerosas Convenciones como la Interamericana sobre Cartas Rogatorias, la Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el extranjero, la de La Haya de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el extranjero en Materia Civil o Comercial, etc.;
- los numerosos tratados bilaterales de cooperación, asistencia judicial, supresión de legalizaciones, tramitación de exhortos, etc., suscriptos con distintos países;

Obviamente este insólito decisorio carece de todo fundamento.

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

En ejercicio de esas atribuciones el Estado Federal ha suscripto y ratificado la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, la cual establece

en su Parte III, bajo el título “*Observancia, aplicación e interpretación de los tratados*”, que “***Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe***” (art. 26), y en el artículo siguiente, bajo el acápite “***El derecho interno y la observancia de los tratados***” dispone: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*”

Estas disposiciones se complementan con el artículo 29, que dice: “***Ámbito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo***”. Es esta una regla que claramente se dirige a los Estados federales³⁵.

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

La reforma constitucional de 1994 consagró definitivamente esta tendencia.

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

³⁵ Algunas convenciones internacionales prevén expresamente que el Estado con varias unidades territoriales pueda eximir a algunas de ellas de las obligaciones internacionales asumidas. Así, la Convención de Panamá de 1975 en su Artículo 11 dispone: “*Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas*”. Del mismo modo la CIDIP II en su artículo 12: “*Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas*”.

York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, LL 1989-C-881)”.

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

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

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

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

En la primera, el artículo 3 sienta el objetivo fundamental que inspiró la creación del documento internacional: **la obligación de todos los Estados contratantes de reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y de conceder su ejecución**. Es evidente que este deber del Estado comprende a todas sus unidades políticas y la Provincia de Buenos Aires no puede estar excluida de este deber causado en el derecho internacional.

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

De modo que el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se rige por la *lex fori*, en el caso concreto, por las normas que rijan en la Provincia de Buenos Aires. Al no haberlas serán las normas que rijan la ejecución de sentencias extranjeras desde que los laudos se asimilan a las sentencias como lo hubo resuelto la sentencia de la 1ª. Instancia.

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

b) Sobre el carácter del contrato de construcción de buques

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

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

En el plano internacional la actuación del Estado o de cualquiera de sus emanaciones, es la de un agente del comercio internacional que se encuentra en un plano de igualdad con su cocontrante y en particular no puede invocar las reglas de su propio derecho interno para intentar liberarse del convenio arbitral ni, agregamos, para invocar las condiciones exorbitantes del derecho administrativo local. En alguna medida, se ha dicho por autorizada doctrina, *“la actuación del Estado o de alguna de sus emanaciones en la arena internacional... sería o debería ser tratada como la actuación de cualquier otro comerciante o mercader internacional”*³⁶.

En el mismo orden de ideas se ha dicho que cuando el Estado o una emanación de él entra como parte de un contrato internacional, no tienen cabida las tradicionales oposiciones entre derecho público y privado³⁷; la noción de “contrato administrativo internacional” sería un sin sentido según la lógica del lenguaje jurídico³⁸.

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

c) Sobre la autorización legislativa para comprometer en árbitros

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que el Estado debe estar autorizado por ley para desplazar la competencia judicial a favor de la arbitral.

Pero lo cierto es que en el caso la Provincia de Buenos Aires había aprobado el contrato como lo señala la sentencia de 1ª Instancia, y ese contrato contenía la cláusula arbitral. Con lo cual la más elemental interpretación de buena fe³⁹ indica que el Gobierno de la Provincia había ratificado el convenio arbitral.

³⁶ V. Silva Romero, Eduardo, *La distinción entre Estado y Administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado*, Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, jun.-dic. 12004, a partir de pág. 155. La conclusión de Silva Romero se funda en los desarrollos de la jurisprudencia francesa en los célebres casos Galakis y Creighton (fallados por la Cour de Cassation, respectivamente en 2.5.66 y 6.7.00), en la ley suiza de derecho internacional privado y en la nueva ley española de arbitraje

³⁷ Mayer, Pierre, *La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière des contrats d'État*, Journal de Droit International, París, 1985, pág. 5

³⁸ Silva Romero, ob. cit.

³⁹ Que los Estados están obligados a actuar de buena fe en el comercio internacional es una afirmación obvia; de todos modos ha sido invocada en reiteradas oportunidades por la

d) Sobre el alcance del recurso⁴⁰

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

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

Los argumentos del primer voto son literalmente incomprensibles.

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

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

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

El peligro radica en que es una doctrina fácilmente generalizable: en muchos de los casos en que se apela el modo en que las costas han sido impuestas se hace alguna referencia al fondo del asunto, pues es lógico argumentar que es un caso excepcional, que las defensas no fueron arbitrariamente opuestas, que la parte pudo creerse con derecho, etc.. Hasta ahora se sabía que estos argumentos se hacían solo para cuestionar la imposición de costas; ahora habría que esperar – al menos en el ámbito de la justicia contenciosoadministrativa de la Provincia de Buenos Aires – que ello habilite a revisar la decisión de fondo.

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

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

e) El voto concurrente sobre el alcance del recurso

jurisprudencia judicial de muchos países; entre ellos en los ya citados casos Galakis y Chreighton

⁴⁰ La crítica a este aspecto de la sentencia ha sido cuidadosamente hecha en la nota de Cruchaga, Hernán, *Ejecución de un laudo de tribunal extranjero*, LL 4.7.08. Aquí nos limitamos entonces a algunos aspectos de esta materia.

La sentencia luce un voto concurrente que intenta sostener la violación del límite del recurso y que por su contenido merece alguna digresión.

Con el mismo lenguaje retórico se intenta sostener que por el hecho de campear (verbo usado en la sentencia) cuestiones de derecho público, *“no existiría exclusión compulsiva de un tribunal de justicia hasta para avanzar hipotéticamente en el mérito de lo decidido, respecto del cual la CS ha dicho que es principio basado en la garantía de defensa en juicio que a los fines de la solución de controversias jurídicas individuales no se excluya compulsivamente la intervención de un tribunal de justicia”*.

El párrafo es incomprensible: la Corte ha establecido esta doctrina con relación a los tribunales administrativos y solo la ha extendido al arbitraje cuando se trató de arbitrajes obligatorios⁴¹, siempre que no mediara voluntario sometimiento aun implícito resultante de no cuestionar la competencia del órgano al contestar un emplazamiento⁴², habiéndose incluso sostenido que esos casos los tribunales arbitrales son verdaderos tribunales administrativos⁴³. Luego el fallo insiste en el necesario control judicial porque debe comprobarse que los árbitros no vulneren o contraríen el orden público, lo que pretende sostener con citas de la sentencia en el caso Cartellone y de un trabajo de Morello.

Es cierto que los laudos arbitrales están sujetos a un limitado control de la justicia estatal, y ello opera en un doble plano.

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

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

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

Ahora bien: en manera alguna el control judicial exige la doble instancia, desde que en nuestro derecho ella no es una garantía constitucional ligada al debido proceso, conforme lo ha establecido desde antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema. Ni mucho menos habilita al tribunal de Alzada a afirmar de manera

⁴¹ CSN, 7.7.75, “Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda. S/ expediente administrativo”, Fallos 292-223.

⁴² CSN, 26.10.76, Icer S.A c/ Molinos Florencia SA, Fallos 296:230; en el caso se decidió que el recurrente había aceptado la jurisdicción de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales al no cuestionarla cuando contestó.

⁴³ Voto de los dres. Fayt y Petracchi en CSN, 5.11.02, “Meller Comunicaciones SA UTE c/ ENTel” LL 2003-B-906.

dogmática, sin apoyo legal alguno, que el hecho de que en la instancia anterior se debatiera si el laudo afectaba o no el orden público *“justifica la intervención de este órgano judicial, con prescindencia del alcance del recurso”*.

D) Conclusiones

En 38 años de abogado y de docente universitario, creo no haber visto nunca un fallo que exude arbitrariedad como este. El tribunal ha dictado una sentencia para la cual no tenía jurisdicción, en tanto ella está limitada por la apelación; con lo que ha afectado la garantía del debido proceso de la parte requirente del exequatur. Pero si además la sentencia ha afirmado que la Convención de New York no rige en la Provincia de Buenos Aires por tratar ella de materia adjetiva, se entra en el terreno del delirio porque ese argumento lleva a la no vigencia de todas las convenciones y tratados celebrados y ratificados por el Estado Federal que constituyen ley suprema de la Nación conforme al art. 31 de la Constitución Nacional.

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

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

4. Interpretación de la cláusula arbitral. Renuncia a los recursos

A. El caso

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dictó sentencia el 3.4.08 en la causa ARC & CIEL SA c/ Sky Argentina SCA y otro⁴⁴. Es una extensa sentencia causada en un recurso de apelación contra el laudo. Lo que nos interesa es entonces la interpretación que la Sala hace de la cláusula arbitral en lo que hace a la definitividad del laudo.

En concreto la cláusula arbitral decía: *“...Las partes acuerdan que cualquier conflicto o reclamo que pudiera surgir con relación a este Acuerdo 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 de derecho que las partes conocen y aceptan...”*

B. La sentencia

Con fundamento en dicha cláusula una de las partes sostuvo que al suscribir la cláusula arbitral antes transcripta, se había renunciado implícitamente a la posterior revisión judicial del laudo.

⁴⁴ LL 2008-C-467

El fallo en cambio consideró que “...de la transcripta cláusula no se desprende ninguna renuncia, ni siquiera implícita, al derecho de interponer los recursos que el ordenamiento procesal admite contra las sentencias dictadas por los jueces, sin que lo contrario pueda ser inferido de la expresión “definitivamente” empleada en ella. Y esto último es así porque... resulta aplicable el art. 63 del Reglamento del Tribunal de Arbitraje General, el cual prevé la factibilidad de interponer los recursos admisibles si no hubieren sido renunciados, y en ese contexto cabe recordar que la renuncia del derecho supone una manifestación positiva e indubitable de esa expresión de voluntad, no pudiendo presumirse tal intención por vía de interpretación y en resguardo del derecho de defensa en juicio.”.

C. Juicio crítico y advertencia para los abogados

Este pronunciamiento se revela ajustado a derecho. Si bien es de la naturaleza del arbitraje que el laudo sea definitivo, pues ello hace también a la celeridad, simplicidad y reducción de costos que con él se persigue, lo cierto es que las partes pueden no renunciar a los recursos que la *lex arbitri* prevea⁴⁵.

En el CPCCN son admisibles contra los laudos los mismos recursos que contra las sentencias, por lo que, salvo renuncia, las partes podrían interponer el recurso de apelación. Esta regla se ratifica en el caso por el Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio.

Sumado ello a la idea de que las renunciaciones deben ser expresas, no parece desatinada la solución del tribunal que ha considerado que la sola alusión a la definitividad del laudo no es suficiente para causar la renuncia al recurso de apelación.

Sería de desear que el Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa se reformara y se adoptara una fórmula como la del Reglamento de Arbitraje de la CCI que dispone:

“Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”.

Mientras tanto los abogados que convengan el arbitraje en el Tribunal de la Bolsa de Comercio de Bs.AS. deberán estar atentos a este aspecto, previendo en su caso la renuncia expresa al recurso de apelación contra el laudo.

5. Forma del acuerdo arbitral. Exigencia de que se celebre “por escrito”

A. El caso

El 8 de mayo de 2007 la Cámara Federal Civil y Comercial, por su Sala 2ª, pronunció sentencia en el caso Armada Holland BV Schiedam Denmark c/ Inter Fruit SA⁴⁶

Se trataba de una acción de reconocimiento y ejecución de laudo extranjero; el laudo había condenado a la sociedad demandada al pago de una

⁴⁵ Adviértase que en el texto decimos que las partes pueden convenir que contra el laudo puedan interponerse los recursos que la *lex arbitri* admita; ello, en otros términos, significa que las partes no pueden ampliar las vías recursivas previstas por la ley. Sobre este tema v. Rivera, Julio César, *Arbitraje Comercial*, citado, cap. XII, n° 3 F)

⁴⁶ Dada a conocer por Mariño, Manuel J. – Hemmingsen, Lucila I.M., *Formalidades de la cláusula arbitral*, IJ-XXIII-716

suma de dinero. La ejecutada resistió el reconocimiento y ejecución del laudo con fundamento en que no existía acuerdo arbitral en los términos de la Convención de New York pues si bien originariamente se había celebrado un contrato de fletamento que contenía la cláusula arbitral, ese contrato se refería al transporte de cierta mercadería con un determinado buque; la designación del buque fue cambiada por la actora lo que fue comunicado por telefax y confirmado por una conversación telefónica; posteriormente la actora envió otro fax en el que designó otro buque.

B. La sentencia

La sentencia rechazó el reconocimiento del laudo extranjero con fundamento en que la parte actora no había alcanzado a probar la existencia de un acuerdo por escrito en los términos del art. II.1 y II.2 de la Convención de New York. Esos textos disponen:

II.1.: Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

II. 2. La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

C. Juicio crítico.

La Cámara asume que las partes acordaron celebrar un contrato de fletamento para el transporte de una carga de fruta en un determinado buque y sujeto a los términos de una póliza de fletamento "GENCON" que contenía la cláusula arbitral; y que en sucesivas comunicaciones unilateralmente causadas por la actora, se hubo cambiado el buque sin que se registre la aceptación del demandado. En fin, el transporte de la mercadería se habría concretado aunque en un buque distinto al originalmente individualizado.

La sentencia deduce de ello que la actora no ha conseguido probar la existencia de un acuerdo arbitral en los términos del art. II de la Convención de New York

Entendemos que el razonamiento de la Cámara ha sido que el cambio del buque importó que el fletamento quedara sometido a una regulación distinta a la de la póliza GENCON originalmente convenida y en esa regulación sustitutiva – que no se sabe cuál es – no se puede presumir que exista una cláusula arbitral.

Es por lo menos dudoso que el cambio del buque haya producido la extinción del contrato original y su sustitución por otro distinto; en realidad si el contrato de fletamento hubiera estado sometido a la ley argentina, el art. 241 de la Ley General de la Navegación autoriza el cambio de buque si así hubiera sido pactado⁴⁷; en el caso parece que aunque tal pacto no fuera precedente, lo

⁴⁷ Art. 241. "Concepto. En el fletamento total de un buque el fletante se obliga, mediante el pago de un flete, a poner a disposición del fletador, para transportar personas o cosas, todos los

cierto es que fue aceptado por el fletador desde que en algún momento puso la carga a disposición para ser cargada en el último buque designado por el fletante. En definitiva la carga y el destino eran los mismos y el transporte parecería haberse realizado. Y aun cuando el contrato fuera otro distinto por el solo hecho del cambio del buque, la sentencia no explica porqué no seguiría estando sujeto a la Póliza que contiene la cláusula arbitral..

De todos modos no puede sino coincidirse con Mariño y Hemmingsen en que es auspicioso que el tribunal federal argentino haya resuelto el caso con la sola invocación de la Convención de New York, más allá de que haya hecho una interpretación muy estricta del requisito de forma relativo a la cláusula arbitral.

D. Flexibilización del recaudo de forma de la cláusula arbitral

Como dato a tener en cuenta para una futura legislación argentina sobre arbitraje, señalamos que el recaudo de forma de la cláusula arbitral contenido en la Ley Modelo UNCITRAL ha sido muy morigerado en la reforma que se le ha introducido.

La ley Modelo UNCITRAL preveía una fórmula amplia, pues no sólo hacía una enumeración enunciativa de los medios de comunicación idóneos para tener por satisfecho el requisito de la escritura, sino que además incluía el intercambio de la demanda y contestación, y agregaba que *“la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”* (art. 7.2).

Pero el 7 julio de 2006, en su 39º período de sesiones, la CNUDMI enmendó la Ley Modelo y la Asamblea General, en su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, recomendó *“que todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho interno de los artículos revisados de la Ley Modelo, o de la Ley Modelo revisada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando aprueben o revisen sus leyes (. . .)”*.

Esa modificación es relevante en cuanto a la forma del acuerdo arbitral, pues si bien se establece como regla general que *“el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito”* (art. 7.2), luego se especifica que *“Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”*.

Se dice en la doctrina que se adopta con esta definición una solución contra natura; lo escrito no parece que pueda satisfacerse con la expresión oral, los actos de ejecución, el silencio o la inacción. De todos modos queda claro para los intérpretes que la nueva redacción da al escrito el carácter de mera exigencia ad probationem⁴⁸

Las nuevas disposiciones mantienen las reglas sobre el intercambio de demanda y contestación (art. 7.5), sobre la cláusula arbitral por referencia (art. 7.6), y ratifican que la exigencia del escrito se satisface por una comunicación

espacios útiles o todo el porte que posee un buque determinado, *el que puede sustituirse por otro, si así se hubiese pactado...*”

⁴⁸ Perales Viscosillas, Pilar, *¿Forma escrita del convenio arbitral?. Nuevas disposiciones de la CNUDMI*, Revista Athina, n° 3, año 2, 2007, Lima, pág. 205, en particular n°2.4, pág. 213

electrónica, dando una definición amplia de qué se entiende por comunicación electrónica (art. 7.4).

Ahora bien; el artículo 7 trae una novedad y es que en realidad brinda a los Estados una alternativa con dos opciones. La opción I es la que acabamos de reseñar brevemente. La opción II contiene un solo precepto que dice: *“Definición de acuerdo de arbitraje. El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”*. En ella se elimina, como puede verse, toda referencia a la forma; se tratará así de un problema de formación del contrato y de prueba que se resolverá de acuerdo a la ley que rija el convenio arbitral⁴⁹.

6. Conclusiones

Las sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial comentadas constituyen demostraciones preocupantes del desconocimiento de caracteres y principios esenciales del arbitraje: que los árbitros ejercen jurisdicción y la autonomía de la cláusula arbitral.

Además llama la atención que un tribunal sofisticado y con experiencia en la materia ni siquiera invoque el derecho arbitral de fuente convencional internacional para suplir las omisiones del Código Procesal y la ausencia de una ley de arbitraje. El derecho convencional internacional incorporado al derecho interno es ley suprema de la Nación (art. 31 CN) y si bien su materia es el arbitraje internacional, sus reglas materiales deben aplicarse para resolver cuestiones de arbitraje doméstico con fundamento en la analogía (art. 16 Código Civil). En definitiva muchos países adhieren a un sistema monista, esto es, de regulación única para el arbitraje internacional y doméstico.

De allí que suma en la perplejidad que se haya desconocido el principio de autonomía de la cláusula arbitral cuando él está expresamente expuesto en el Acuerdo MERCOSUR.

Ni hablar de la idea peregrina de reducir el arbitraje a cuestiones de hecho o de interpretación del contrato, excluyendo *aquellas otras hipótesis en que se trata de cuestiones de derechos o de aplicación de la ley, cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los jueces*, que contradice una inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional que ha reconocido a los árbitros el ejercicio de la jurisdicción y ha equiparado los laudos a las sentencias judiciales, como también lo hace el Código Procesal.

La sentencia de la Cámara de La Plata es un exabrupto totalitario; desconoce las obligaciones internacionales del Estado argentino, viola la garantía del debido proceso, y confunde absolutamente todo. De todos modos este pronunciamiento, como el del caso Yacyretá, dará la vuelta al mundo causando el desprestigio de la judicatura argentina, del Estado argentino y sus emanaciones como agentes del comercio internacional y agravando las dudas que ya existen sobre la conveniencia de elegir a Argentina como sede de arbitrajes.

⁴⁹ Información que suministra Perales Viscosillas, ob. cit., n° III, pág. 217

En suma, la incomprensión por los tribunales judiciales de lo que es el arbitraje, nos enfrenta a un panorama crecientemente desalentador sobre su futuro en Argentina. Nos hallamos a años luz de la concepción que otro juez expusiera en su informe previo a una reciente sentencia de la Corte de Casación francesa, diciendo: *“En la concepción de la jurisprudencia francesa, la sentencia internacional no se integra al orden jurídico de su país de origen, precisamente porque ella es “internacional”. Ella no es entonces el producto de un orden jurídico, ella no tiene “nacionalidad”: ella emana en efecto, de una jurisdicción autónoma, desvinculada del contexto jurídico local, al cual ella no está ligada más que por las disposiciones imperativas sobre el arbitraje que son poco numerosas (especialmente para la organización del recurso contra la sentencia). Es la afirmación de la autonomía del arbitraje internacional: el arbitraje, modo normal y habitual de arreglo de los litigios relativos a las relaciones económicas internacionales, constituye al árbitro en verdadera jurisdicción internacional de este tipo de litigios”*⁵⁰.

Es posible que la concepción francesa sea muy extraña a nuestro modo de pensar estos temas, pero muestra un camino que nuestra jurisprudencia deberá reconocer en algún momento: en el comercio internacional el arbitraje es el modo corriente de resolución de conflictos, habiéndose convertido en la fase jurisdiccional de la *lex mercatoria*. Y en el ámbito interno el arbitraje es un mecanismo idóneo de resolución de conflictos que merece el respaldo de la legislación y de los jueces porque *“El derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, está fundada en el incontrastable principio de la libertad natural”*⁵¹

⁵⁰ Cour de Cassation, 29.6.07, Société PT Putrabali Adyamulia c/ société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices Publicada en Revue de l'Arbitrage 2007-507, nota de Emmanuel Gaillard ; por excepción, la publicación incluye el informe del Presidente Jean- Pierre Ancel, el que constituye una verdadera pieza de doctrina sobre la materia. Comentada por Seraglini, Christophe, en Chronique Droit de l'arbitrage, JCP G 2007-I-216. Comentada por Rivera, Julio César en *Arbitraje internacional. Criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes*, LL 17.3.08. V. también Mourre, Alexis, *A propos des articles V et VII de la Convention de New York et de la reconnaissance des sentences annulées dans leur pays d'origine : où va-t-on après les arrêts Termo Rio et Putrabali?*, Revue de l'Arbitrage 2008-263

⁵¹ Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar el proyecto de Constitución española de 1812, cuyo artículo 280 disponía: “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferendos por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”; Citado por de Castro y Bravo, Federico, *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*, ADC 1979-619