Trelew, de setiembre del año dos mil doce.----------

--- **VISTO**: ----------

--- El recurso de apelación interpuesto a fs. 122 contra la sentencia dictada a fs. 115/121, concedido a fs. 123, es fundado a fs. 128/130, corrido traslado del memorial de agravios a la contraria a fs. 131 no es contestado y el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 125/127vta., contra la imposición de costas y regulación de honorarios en la sentencia de fs. 115/121 concedido a fs. 131 y 135, es corrido traslado a la contraria a fs. 135, el que es contestado a fs. 138.----------

--- **Y CONSIDERANDO**: ----------

--- I.- A fs. 115/121 el juez de grado resuelve hacer lugar a la excepción de incompetencia interpuesta por la demandada por motivos de temporaneidad, e impone las costas en el orden causado.----------

--- Para así decidir considera que ya no se discute que las funciones de los árbitros son de naturaleza jurisdiccional. Que no obtienen ese poder de juzgar de la ley sino de un acuerdo de voluntad de las partes, y que se someten a ellos sólo las cuestiones que las partes acordaron resolver en ese ámbito.----------

---- Señala que las objeciones a la competencia de un tribunal arbitral pueden fundarse en la inexistencia de acuerdo arbitral, que éste sea inválido o que siendo válido no alcance a las materias o personas que se pretende integren el proceso porque son cuestiones diferentes a las propuestas para el acuerdo arbitral o algunas de las partes no fue parte del acuerdo arbitral.----------

--- Sostiene que se aplica el principio conocido como “kompetenz-kompetenz” que faculta a los árbitros a decidir los cuestionamientos que se formulen a su propia competencia, aunque ellos se funden en la nulidad o inexistencia de la cláusula arbitral, atribuyéndose a este principio dos efectos principales: uno permitir que los árbitros decidan sobre su propia jurisdicción sin caer en inconsistencias lógicas y otro se relaciona con la competencia de los tribunales judiciales quienes están al menos inicialmente prohibidos de entender en litigios relativos a la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral. ----------

--- Añade que esta atribución del tribunal arbitral no es absoluta sino que su decisión puede ser revisada en sede judicial, y rescata que la legislación argentina no receptó este principio, pero que alguna jurisprudencia le reconoció facultad a los árbitros para decidir sobre su competencia, y que cuando una de las partes ocurra ante el tribunal estatal y pretenda un pronunciamiento sobre la competencia, los tribunales judiciales deben abstenerse de atender cuestiones de competencia antes de que exista un pronunciamiento del tribunal arbitral sobre la inexistencia o validez de la cláusula arbitral, o su inaplicabilidad al caso.----------

--- Agrega que con el instrumento acompañado a fs. 45/46 las partes acordaron la constitución de un condominio y la resolución de los conflictos que del mismo se derivaran a través de un tribunal arbitral. Y que no observa contradicción entre esta

voluntad y la tramitación del proceso ordinario por expediente Nro. 239 Año 2005 en sede judicial, toda vez que el respeto a la voluntad de constituir el condominio es la que llevó a las partes a litigar, pues la divergencia versaba en cuanto a la superficie del inmueble sobre el que recayó el contrato, circunstancia que impedía constituir el condominio a través de escritura pública. Añade que constituido el mismo, no encuentra obstáculos para que el resto de las cuestiones que hagan a la administración común hasta su división sean sometidas al conocimiento de un tribunal arbitral, pues esa fue la voluntad de las partes vertidas en forma manifiesta.----------

--- Manifiesta que las partes han cumplido con las exigencias previstas por los arts. 749 a 753 del CPCC, faltando el domicilio de los árbitros, de las partes, y la posibilidad de aplicar una multa a la parte renuente, pero la carencia de tales requisitos en modo alguno puede obstaculizar la voluntad manifiesta vertida en el instrumento de someter sus diferencias a un tribunal arbitral, que debe comenzar su cometido expidiéndose sobre su propia competencia.----------

--- Se declara incompetente por razones de temporaneidad dado que en primer término debe intervenir el tribunal arbitral, no así respecto de su competencia material.----------

--- II.- Apelación de la actora: Agravia a la apelante la decisión del juez a quo dado que se excede en los términos en que fue planteada la excepción, resolviendo más allá de lo peticionado en la defensa tal como fue planteada, apartándose del principio de congruencia.----------

--- Sostiene que la accionada sólo se refirió a la existencia de una cláusula arbitral, cuya aplicación resuelve excediéndose de lo postulado.----------

-- Afirma que el magistrado en la interpretación de la ley se excedió en el ejercicio de su jurisdicción con la afectación del principio de igualdad, dado que admitir un reclamo que no integró la litis, implica fallar ultrapetita.----------

--- Sostiene que el principio “kompetenz-kompetenz” tuvo su origen en el año 1955 en la República Federal de Alemania en un fallo emitido por el Superior Tribunal, y en síntesis establece que “el tribunal estatal es competente para juzgar su propia competencia,” adunándole y “atribuyéndole a la vez la posibilidad de juzgar la validez o invalidez del acuerdo arbitral”, motivo por el cual los tribunales judiciales deberían abstenerse de atender cuestiones de competencia antes de que exista un pronunciamiento del tribunal arbitral salvo que la inexistencia o invalidez de la cláusula arbitral o su inaplicabilidad fueran evidentes. ----------

--- Manifiesta que no fue postulada la defensa del pronunciamiento previo del tribunal arbitral (ya constituido supuestamente para resolver sobre su inexistencia, validez o inaplicabilidad), por lo que lo así resuelto afecta el principio de congruencia habiéndose fallado ultrapetita.----------

--- Afirma que el convenio celebrado entre terceras personas hace más de 10 años como integrantes de “grupos económicos” que mantenían intereses comunes, sólo a ellas obliga, siendo ese convenio un pacto “res inter alios acta” ajeno a las sociedades

comerciales que son parte en este proceso, quienes no suscriben el instrumento del 22/03/01 como para pretender imponer obligatoriamente a las mismas la competencia del tribunal arbitral.----------

--- Resalta que es insostenible que luego de un proceso judicial en el que se reconoció la existencia del condominio negado se invoque un pacto de jurisdicción arbitral celebrado entre terceros ajenos, no representantes de las sociedades anónimas partes en el proceso e integrantes de distintos grupos económicos que se disolvieron hace más de 10 años.----------

--- Aduce que si el condominio nació con la sentencia que fijó su existencia y cuantía proporcional donde según el fallo se incorporó lo edificado posteriormente por los condóminos y cuando lo allí determinado y sentenciado no integraba los bienes a dividir, ese pacto ajeno a las partes, resulta inexistente e inaplicable para el tiempo de la partición en especie como es lo aquí demandado.----------

--- Añade que la actora ha desconocido ese convenio por el que las partes acordaron la forma de resolución de conflictos por vía arbitral puesto que las partes son dos sociedades anónimas que no parecen obligadas ni están representadas en ese pacto, siendo inaplicable, inexistente e inválido para terceros ajenos.----------

--- Menciona que se dan por cumplidos los recaudos de contenido obligatorio del compromiso arbitral, entre ellos la perfecta identificación de las partes y en su caso de sus representantes legales con sus datos y domicilios, como asimismo no se indican los pasos necesarios para arribar al proceso arbitral de la manera más ajustada posible y de modo claro y preciso y que como mínimo debe contener la forma y tiempo en que deberá elaborarse el acta misión y la forma y plazo para dictar el laudo, todos requisitos de cumplimiento ineludible bajo pena de nulidad tal como lo consigna la ley ritual. Reseña que también se omitió fijar la multa esencial para el caso de incumplimiento que prevé el inc. 4to. del art. 740 del rito y que en el propio fallo se considera nulo el compromiso que carece de ese recaudo. Sin embargo, en el fallo se sostiene que la carencia de los requisitos que enumera en modo alguno pueden obstaculizar la intervención del tribunal arbitral. ----------

--- III.- Apelación imposición de costas: Agravia a la demandada la imposición de costas en el orden causado, toda vez que existió una parte que actuando a sabiendas de su sin razón fue perdidosa, y que son unánimes y pacíficos los criterios jurisprudenciales y doctrinarios respecto de la adopción del criterio objetivo de la derrota en cuanto a la imposición de costas. Cita doctrina en su apoyo y resalta que la vencedora fue quien brindó todos los argumentos jurídicos para que prospere la excepción y fue favorable el pronunciamiento.----------

--- IV.- A fs. 138 la actora contesta el traslado de los agravios por la imposición de costas en el orden causado, manifestando que siendo el tema de imposición de costas accesorio frente al planteo de fondo que es la excepción de incompetencia que debe resolver el Tribunal, para no excederse en repeticiones inútiles remite a lo manifestado

en la expresión de agravios en la que fundó su recurso de apelación.---------- --- V.- Apelación honorarios: Agravia a los Dres. S. y B. que se regularan honorarios en menos del 1,10% cuando la ley de aranceles establece que en los incidentes el honorario se regula entre el 10 y el 20% de lo correspondiente al proceso principal. ------ ---------- Además agravia a los apelantes que se reguló por igual a los perdidosos y a los abogados de la incidentista que vencieron en su gestión determinándose una injusta y arbitraria desproporción en los mismos, motivo por el cual solicita se revoque por contrario imperio las regulaciones efectuadas y se calculen las mismas en base a los parámetros señalados debiéndose calcular las mismas respetando el tope mínimo establecido como porcentual de regulación y mantener un criterio lógico en cuanto a la labor desarrollada y el éxito de la gestión.---------- VI.- Llegan a esta Alzada en grado de apelación los presentes autos con motivo de la declaración de incompetencia del juez de grado con fundamento en la aplicación del principio “kompetenz-kompetenz” que establece que “el tribunal arbitral es competente para juzgar su propia competencia,” adunándole y “atribuyéndole a la vez la posibilidad de juzgar la validez o invalidez del acuerdo arbitral”, motivo por el cual los tribunales judiciales deberían abstenerse de atender cuestiones de competencia antes de que exista un pronunciamiento del tribunal arbitral salvo que la inexistencia o invalidez de la cláusula arbitral o su inaplicabilidad fueran evidentes. ---------- --- El actor en autos pretende obtener la división del condominio cuyo alcance fuera resuelto por sentencia definitiva civil Nro. 108/2008, dictada en autos caratulados: “A. S.S.A. c/ A. d. S. S.A. s/ ordinario” (Expte 239 Año 2005), confirmada por esta Sala por sentencia definitiva civil Nro. 30/09, conforme surge de la escritura que en fotocopia luce a fs. 5/8.---------- --- El condominio se acordó por contrato obrante a fs. 45/46 en el que se pactó la cláusula compromisoria que se pretende aplicar, del mismo surge que fue celebrado entre los señores J. P. H. y su esposa, E. E. O. D. H.; C. N. O. y su esposa A. G. D. O. por una parte y por la otra el Sr. R. S. V. y su esposa L. N. M. d. V. quienes convienen la permuta de las acciones de Sociedades Anónimas, por el cual los primeros entregan a los segundos el 39% y 22% de su capital accionario en A. d. S. S.A. y los segundos entregan el 39% del paquete accionario de la empresa A. S.A. y el 0,52% del capital accionario de C. d. O. S.A. a los primeros en el porcentual del 25% y 14% respectivamente; y como saldo del contrato A. d. S. S.A. transfiere a A. S.A. parte de un inmueble, constituyendo un condominio cuya división se persigue en autos.---------- ---------- Cabe a traer a colación lo ya señalado en la sentencia dictada por esta Sala en el expediente mencionado, en relación a la constitución del condominio cuando se expresó: “... son partes del contrato los distintos grupos accionarios y así surge del encabezamiento del contrato y de las cláusulas primera a tercera, sexta, novena, décima, y décima cuarta, pese a lo cual del

mencionado convenio resultan obligaciones que asumen directamente las respectivas sociedades (cláusulas quinta, séptima, octava, décima primera, y décima tercera), en tanto que en otras no se indica cuales son los sujetos obligados a pesar de que el contenido de las mismas se proyecta sobre los saldos contables y recursos financieros societarios (cláusulas cuarta y décima segunda). Situación de confusión jurídica y patrimonial que no se subsana, al menos con las copias de las actas de Directorio acompañadas Nos. 56 y 23 (fs. 10/12, A. S.A; y fs. 15/17, A. d. S. S.A.) pues se refieren a aspectos parciales del convenio, y por lo demás, las obligaciones asumidas por ambas sociedades en el contrato, en todo caso por sus representantes legales, carecen de aprobación por parte del órgano de gobierno, pese a que por tratarse de aspectos con clara incidencia en la situación patrimonial societaria debieron ser objeto de específico tratamiento por la asamblea extraordinaria (art. 235, primer párrafo, L.S.). Ello, con la salvedad de que eventualmente no existiría perjuicio en tanto que las partes a título personal reúnan en conjunto el 100% del capital accionario de cada una de las sociedades, aspecto que se desconoce en razón de que las cláusulas primera y segunda aluden solamente a porciones del total del capital referidas a una y otra sociedad. Dicho de otro modo, el contrato no indica expresamente que los socios que actúan como partes detenten el 100% del capital accionario de A. S.A. y A. d. S. S.A., y si lo hiciera no daría tampoco certeza a tal situación pues para ello se requeriría una pericial contable en los libros societarios pertinentes o la efectiva realización de una asamblea general de accionistas. Así, sobre tal cuestión (composición del capital accionario) solo en forma indirecta resultaría una alegación contenida en demanda (p. III, fs. 28, último párrafo) que no fuera controvertida en el escrito de contestación (p. IV, fs. 86 vta./87 y vta.) en el que, luego de las explicaciones brindadas en cuanto a la composición de los grupos empresarios (p. V, fs. 87 vta./88), se afirma que el contrato fue celebrado entre los accionistas que “hoy” (no al momento del acuerdo) representan el cien por ciento del capital social de las partes actora y demandada (p. VI.B, fs. 89) (fs. 2493/vta. del expte. 239-2005).---------- Ello así, la firma del acuerdo por los socios integrantes de ambas sociedades sin invocar la representación de las mismas, ni acreditar mandato para comprometer en árbitros, se adelanta es inoponible a A. S.A..---------- Al respecto, cabe recordar que el art. 751 del rito que establece que las personas que no pueden transigir no podrán comprometerse en árbitros, y que sólo pueden transigir los representantes de las personas jurídicas, si fueren legalmente autorizados(art. 841, inc. 3ro. C. Civil), circunstancia prevista en el art. 1881 inc. 3ro. del mismo código que requiere poder especial para transigir o comprometer en árbitros, añadiendo el art. 1882 que el poder especial para transar no comprende el poder para comprometer en árbitros.---------- Conforme surge de la causa Nº 239/05 los estatutos sociales de A. d. S. S.A. que en copia luce glosado a fs. 866/871, y de A. S.A. que luce glosado a fs. 1671/1676 en su

artículo décimo, ambos establecen que “el Directorio tiene todas las facultades para administrar y disponer de los bienes sociales, incluso aquellas para las cuales la ley requiere poderes especiales, conforme el art. 1881 del C. Civil...”.---------- Es de señalar que teniendo a la vista el expediente 239 del año 2005, surge de fs. 10/11 y 15/17, que por Acta de Directorio Nro. **, A. S.A. aprobó la conformación del condominio y autorizó al Sr. P. H. a firmar las escrituras traslativas de dominio; por su parte por Acta de Directorio Nro. **, A. d. S. S.A., aprobó la conformación del condominio y autoriza al Sr. R. S. V. en el carácter de Vicepresidente a firmar las escrituras y documentación pertinente, dándose cumplimiento a la manda del art. 1881 inc. 15 del C. Civil. Sin embargo, en ningún caso se hace referencia a autorización alguna para pactar una cláusula compromisoria respecto de la transmisión de parte de dicho inmueble. ---------- Siendo del caso que la cuestión se planteó entre dos personas jurídicas, y que el convenio celebrado fue celebrado por algunas de las personas físicas que las integran para que sea posible la intervención del tribunal arbitral conforme la cláusula compromisoria pactada era indispensable que ambos Directorios otorgaran facultades a los contratantes para acordarla (Arts. 1881, inc. 3ro. y 1882 del C. Civil), de tal modo que los socios que firmaron la cláusula compromisoria aún cuando eventualmente estimaran que lo hicieron en nombre de la sociedad, no acreditaron que el Directorio de la misma haya ratificado dicho acto, resultando inaplicable en el presente proceso. ---------- Al respecto, se sostiene que exceden de la administración aquéllos actos que modifican el destino a que están afectados los bienes dentro del patrimonio, y que a los fines de tener un eje rector para su distinción se los ha equiparado –por vía analógica y remisión expresa del art. 1870, inc. 3ro. del C. Civil con las disposiciones del art. 1881 del mismo cuerpo legal, que enumera todos los actos o supuestos en que el mandatario necesita poderes especiales para actuar en nombre de su instituyente. Para que el administrador pueda realizar estos actos debe tener facultades expresas, seguir instrucciones precisas de una resolución social o contar con una resolución del órgano de gobierno que ratifique dicho acto (Conf. Farina, “Tratado, p. 362 y sigs, cit. en Efraín Hugo Richard – Orlando Manuel Muiño, “Derecho Societario”, Ed. Astrea, 4ta. reimpresión, pág. 225).---------- ---------- En consecuencia, se concluye que la cláusula compromisoria suscripta por los contratantes no obliga a A. d. S. S.A., como así tampoco a A. S.A. porque fue suscripta por personas físicas sin contar con autorización legal suficiente a tal fin.------- A todo evento, si alguna duda se abrigara, cabe señalar que cierto es que la cláusula compromisoria acordada entre las partes constituye una convención contractual a la que deben someterse como a la ley misma (art. 1197 C. Civil).---------- Pero esa estipulación, como es de toda lógica, debe interpretarse de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198 C. Civil).---------- ---------- De allí que si bien este principio impide

dar por no querido lo que es usual querer, no parece que tal supuesto sea el que se verifica en autos, desde que en otro proceso que involucra el mismo condominio las partes no invocaron la cláusula compromisoria, a lo cual se añade, que las cuestiones circunstanciadas que se sometieron al tribunal arbitral conforme dispone el art. 753, inc. 3ro. del rito versan todas ellas sobre cuestiones de naturaleza contable.---------- En este orden de ideas, se ha resuelto que se entiende con carácter restrictivo la interpretación del alcance de las cláusulas compromisorias que implican una renuncia al principio general de sometimiento de los conflictos a los jueces ordinarios (confr. Sala "B", in re: "K. S. E. c/M. S.A. s/ordinario", del 29/12/04; en igual sentido, Sala "E", in re: "N.L. SA c/ Bull Argentina SA s/ sum.", del 31.5.90; íd. Sala "C", in re: "Zumpf, Gustavo c/ Tucumán 300 SRL s/ sum.", del 4.9.92). Así, constituyendo un supuesto de excepción frente a la competencia judicial, debe limitarse su admisibilidad a aquellos supuestos en que la discusión versa sobre la interpretación de cláusulas del contrato o la verificación de cuestiones de hecho ciertas y determinadas, con exclusión de aquellas otras hipótesis en que se trata de cuestiones de derechos o de aplicación de la ley, cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los jueces (Sala C, 25.10.96, "Cooperativa Agropecuaria de la Violeta, c/ Nidera s/ ord."; ídem, 18/10/90, "Guineyada SA c/ Transportes y Servicios del Oeste SRL s/ sumario") (Peide Industria y Construcciones S.A. c/ Mina Pirquitas Inc. Suc. Arg. s/ medida precautoria, Cám. Nac. Apel. en lo Com. - Sala A, 24.05.11, eldial.com AA6D4E).----------

--- Y ésta es la interpretación que le dieron las partes a la cláusula arbitral, en ocasión de resolver por vía judicial el porcentual del inmueble que correspondía a cada condómino en el expediente Nro. 239 del año 2005. En efecto, iniciada la vía judicial fue consentida por la demandada, importando tales conductas una renuncia tácita a la intervención de los árbitros designados en el contrato, toda vez que no habiendo sido opuesta excepción de incompetencia la cuestión se resolvió judicialmente. El derecho delimitado en las sentencias dictadas en dicho expediente es el que las partes a través del presente proceso quieren dividir, siendo en tal sentido este proceso consecuencia del anterior en el que no fue objetada la competencia, ha precluído la oportunidad para intentarlo en este proceso. Siguiendo el texto del art. 761, inc. 1ro. del CPCC el compromiso cesó en sus efectos por decisión unánime de todos los que lo contrajeron, cuando resolvieron el alcance del condominio por vía judicial (Palacio, “Derecho procesal civil”, Ed. Abeledo Perrot, T. IX, p. 69).----------

--- Es que, conforme el art. 218, inc. 4 del C. de Comercio los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, será la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de su celebración.----------

--- Ello así, corresponde revocar el decisorio del juez de grado, quien deberá continuar entendiendo en los presentes autos. Ello sin perjuicio de señalar que, el principio “kompetenz-kompetenz” al que refiere el juez a quo, es de aplicación a supuestos en los

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

que las partes discuten los puntos sobre los cuales debe fallar el tribunal arbitral o cuestiones que podrían importar un prejuzgamiento de los jueces ordinarios teniendo en cuenta que la decisión arbitral puede ser objeto de apelación ante los jueces ordinarios. En autos se presenta una situación diversa, se pretende acordarle efectos a una cláusula compromisoria que las partes del presente proceso no suscribieron.----------

--- Atento el resultado al que se arriba corresponde a tenor del art. 282 del CPCC, adecuar la imposición de costas y la regulación de honorarios, motivo por el cual deviene abstracto tratar el recurso de apelación interpuesto por la demandada respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios a fs. 125/127vta..----------

--- Ello así, las costas en ambas instancias se imponen al demandado perdidoso (Arts. 69 y 70 CPCC), regulándose los honorarios por su actuación en primera instancia al Dr. L. M. O., en el 1,5% del monto del proceso, y a los Dres. P. A. S. y L. C. B., en conjunto, en el 1% de la misma base económica (Arts. 5, 6, 7, 32, y conc. de la Ley XIII, Nro. 4), con más el IVA pertinente. Asimismo por la labor desarrollada en segunda instancia, teniendo en cuenta la extensión complejidad y resultado de la labor desarrollada, se regulan honorarios al Dr. L. M. O. en el 35% de la suma que le sean regulados por su actuación en primera instancia (Arts. 5, 6, 13, y conc. de la Ley XIII, Nro. 4) con más el I.V.A. pertinente. ----------

---------- En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

---------- I. Revocar el decisorio de fs. 115/121. En consecuencia corresponde que deba continuar interviniendo en los presentes autos el Juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial Nro. 2 de la ciudad de Trelew, Dr. Carlos María Faiella Pizzul.----------

--- II. Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido (arts. 69 y 70 CPCC).----------

--- III.- Regular honorarios al Dr. L. M. O. en el 1,5% del monto del proceso, y a los Dres. P. A. S. y L. C. B., en conjunto, en el 1% de la misma base económica (Arts. 5, 6, 7, 32, y conc. de la Ley XIII, Nro. 4), con más el IVA pertinente.----------

---------- IV. Regular honorarios al Dr. L. M. O. en el 35% de la suma que le sea regulada por su actuación en primera instancia, (Arts. 5, 6, 13, y conc. de la Ley XIII, Nro. 4) con más el I.V.A. pertinente.----------

--- V. La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (art. 7 Ley V Nº 17).----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2012 - SIC.- CONSTE.-

cg