

El acuerdo sobre arbitraje comercial internacional. Nuevo instrumento jurídico del Mercosur

(The agreement on international commercial arbitration.
The new legal instrument of Mercosur)

Dreyzin de Klor, Adriana
Universidad Nacional de Córdoba
Facultad de Derecho
Obispo Trejo, 241
5000 Córdoba (Argentina)

BIBLID [1138-8552 (1999), 14; 73-94]

En la XIV Reunión Cumbre del Mercosur celebrada en Ushuaia, Argentina los días 23 y 24 de julio de 1998, el Consejo Mercado Común aprobó dos importantes acuerdos sobre arbitraje comercial internacional, las Decisiones 3/98 y 4/98. El notorio incremento de las relaciones jurídicas entre particulares intrazona, así como el deseo de promover e incentivar la solución extrajudicial de controversias privadas por medio del arbitraje internacional, justifican ampliamente la decisión de la Reunión de Ministros de Justicia. En este trabajo efectuamos un análisis de la Decisión 3/98, introduciéndonos en los tópicos que son objeto de regulación, relacionando los mismos con los diferentes aspectos que reconoce el instituto. Es innegable que el instrumento viene a cubrir un espacio relevante en el esquema integrado a efectos de dotar de mayor seguridad jurídica a quienes negocian intrazona.

Palabras Clave: Mercosur. Arbitraje. Comercio. Solución de controversias.

Mercosur-eko XIV. Goi Bileran, 1998ko uztailaren 24a, Ushuaia (Argentina), Merkatu Batuko Batzordeak bi erabaki garrantzitsu onartu zituen nazioarteko merkataritza-arbitrajearen alorrean, hots, 3/98 eta 4/98 Erabakiak. Alde batetik, eskualde barneko partikularren arteko erlazio juridikoen emendatze nabarmena eta. bestetik, eztabaida pribatuatarako nazioarteko arbitrajearen bidez epaiketaz kanpoko irtenbidea bultzatzeko gogoia, arrazoi nahikoak dira Justizia Ministroen Bileran hartutako erabakia justifikatzeko. Lan honetan 3/98 Erabakiaren azterketa egiten dugu, arautzen diren alderdiak ukituz eta beroriek eta institutuak onartzen dituen aldeak erlazionatuz. Ukaezina da tresna hori garrantzizko espazioa betetzera datorrela eskema integratu horretan, eskualde barnean tratuak egiten dituztenei segurtasun juridiko handiagoa ematen dielarik.

Giltz-Hitzak: Mercosur. Arbitrajea. Merkataritza. Eztabaiden konponbidea.

Lors de la XIVème Réunion au Sommet de Mercosur célébrée à Ushuaia, Argentine, les 23 et 24 juillet 1998, le Conseil Marché Commun approuva deux accords importants en matière d'arbitrage commercial international, les Décisions 3/98 et 4/98. L'augmentation notoire des relations juridiques entre particuliers d'une même zone, ainsi que la volonté de promouvoir et d'encourager la solution extra judiciaire de controverses privées au moyen de l'arbitrage international, justifient amplement la décision de la Réunion de Ministres de Justice. Nous effectuons dans ce travail une analyse de la Décision 3/98, en nous introduisant dans les clichés qui sont objet de réglementation, en les mettant en relation avec les différents aspects que reconnaît l'institut. Il est indéniable que l'instrument vient remplir un vide important dans le schéma intégré afin de renforcer la sécurité juridique de ceux qui mènent des négociations dans une même zone.

Mots Clés: Mercosur. Arbitrage. Commerce. Solution de controverses.

1. INTRODUCCION

La creciente internacionalización que se observa en las relaciones comerciales a partir de mediados de este siglo, manifestada en el auge de la negociación entre particulares, mucho tiene que ver con el desarrollo del arbitraje.

El instituto es conocido desde tiempos remotos como una vía expeditiva para dirimir controversias entre las partes mediante la libre determinación de éstas de someter sus disidencias al juicio de especialistas¹. Sin embargo, es en los últimos decenios, cuando el arbitraje adquiere notable relevancia, no solamente por la dinámica de las relaciones comerciales internacionales, sino también en razón de la confianza que inspiran los tribunales arbitrales.

Asimismo, los laudos arbitrales son generalmente distinguidos por la seriedad y eficacia que revisten al provenir de órganos neutrales que no administran justicia en nombre de ningún Estado. El nombramiento de los árbitros y el poder que se les reconoce proceden del acuerdo arbitral, mientras que la imparcialidad del tribunal puede garantizarse adoptando una serie de precauciones, como son, por ejemplo, establecer reglas sobre nacionalidad de los árbitros, el ordenamiento que deben aplicar, o la sede en que habrán de ejercer sus funciones.

Otra importante motivación que lleva a los protagonistas del comercio internacional a optar por la sumisión de sus virtuales controversias al arbitraje, es la crisis en que se encuentra inmerso el Poder Judicial en diversos Estados; este hecho asociado a la etapa de desarrollo señalada y a las ventajas que presenta el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos contribuyó notoriamente a su incremento². Sin embargo el arbitraje no debe recomendarse como alternativa de la justicia estatal porque ésta sea ineficaz, muy por el contrario, el arbitraje requiere de una justicia estatal eficiente para su mejor desenvolvimiento. El mecanismo tiene un valor intrínseco, autónomo, y la convivencia con el mejor sistema judicial no influye en su desarrollo o incremento, al menos no debiera ser el motivo de su acrecentamiento³.

2. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y LAS SOLUCIONES PLASMADAS NORMATIVAMENTE EN EL ACUERDO APROBADO

En la XIV Reunión Cumbre del Mercosur celebrada en Ushuaia, Argentina, los días 23 y 24 de julio de 1998, se aprobó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional como MERCOSUR/CMC/DEC N° 3/98.

1. Sobre los antecedentes y la evolución del arbitraje puede consultarse: Vieira, Manuel. "El arbitraje comercial internacional", en Cuadernos de Derecho Internacional Privado N°5. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. Uruguay. 1982.

2. En relación a las ventajas que presenta el arbitraje a causa de la crisis que atraviesa el poder judicial en diversos Estados puede verse: Cremades, Bernardo. "La solución de conflictos internacionales: Encrucijada entre el conflicto de culturas y la globalización de la economía." Jurisprudencia Argentina. 14/8/96. N° 5998. P. 14.

3. El arbitraje significa un avance de la autonomía de las partes y de la ejemplaridad, limitando la autoridad y la planificación en la que se inserta la actividad judicial. Al respecto puede verse: Ciuro Caldani, Miguel A. "La Compraventa y el Arbitraje, Pilares de la Internacionalización y la Mundialización del Derecho". Comunicación presentada en el Foro Conmemorativo del 50° Aniversario de la O.N.U. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC.-AADL. Córdoba, 23 y 24/10/95.

Este instrumento fue elaborado por la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur (CT-RMJ) y signado en la IX Reunión de Ministros de Justicia del mercado integrado que se llevó a cabo en la ciudad de Buenos Aires el 12 de junio de 1998⁴.

De este modo se intentó responder al insistente reclamo del sector privado que venía bregando por una normativa que facilitara la solución de diferencias que se plantean en virtud de los contratos comerciales internacionales, así como también, porque se incentivara en el bloque la utilización de esta técnica.

2.1. Fundamentos y fuentes

A efectos de continuar con la tarea de armonizar las legislaciones de los EP dispuesta en el Tratado Fundacional⁵, la que se facilita a través de soluciones jurídicas comunes para el fortalecimiento del proceso de integración, la CT-RMJ, reafirmó la idea de que la organización y funcionamiento del arbitraje es un modo de contribuir a la expansión del comercio regional e internacional. El Acuerdo explicita las causas que justifican su aprobación como un medio óptimo para promover e incentivar la solución extrajudicial de controversias privadas respondiendo a la práctica más adecuada con las particularidades de las transacciones internacionales actuales.

Asimismo, en el preámbulo, la Decisión hace referencia a Protocolos aprobados por el Consejo Mercado Común (CMC) en los que se prevé la elección del foro arbitral y el reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias arbitrales extranjeras, a saber: el Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual⁶ y el Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, respectivamente⁷.

Su principal fuente de inspiración es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) del 21 de junio de 1985, aunque cabe reconocer la relevancia que tuvieron otros instrumentos como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada en Panamá durante el transcurso de la I.^a Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado, (CIDIP I) y la

4. El documento se aprobó como MERCOSUR/RMJ/Acuerdo N°1/98. Participaron de la Reunión, por la República Argentina: el señor Ministro de Justicia Dr. Raúl Granillo Ocampo; por la República Federativa del Brasil, el señor Ministro de Justicia, Dr. Renán Calheiros, por la República del Paraguay, el señor Viceministro de Justicia, Dr. Blas Neri Flaitas y por la República Oriental del Uruguay, el señor Ministro de Educación y Cultura, Contador Samuel Lichtensztejn. Asimismo por la República de Chile, en los términos previstos en la Decisión N° 12/97 del CMC, la señora Ministro de Justicia, Dra. María Soledad Valenzuela y en calidad de invitado "ad-hoc", el señor Viceministro de Justicia de la República de Bolivia, Dr. Juan Antonio Chahin Lupo. También se aprobó el Acuerdo N°2/98: "Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile" aprobado por el CMC, como Decisión N° 4/98.

5. Tratado de Asunción. Art. 1° in fine.

6. Este instrumento suscripto en Buenos Aires el 6/4/94, fue aprobado por el CMC por Decisión 1/94. El art. 4 in fine establece la posibilidad de que las partes acuerden la prórroga a favor de tribunales arbitrales.

7. Cabe recordar que este Protocolo aprobado en Las Leñas (Dec. N° 5/92), prevé en el Capítulo V, el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. Al respecto puede verse de nuestra autoría: El Mercosur: Generador de una Nueva Fuente de Derecho Internacional Privado. Ed. Zavallá. Buenos Aires. 1997. pág. 266 y ss.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros signada en Montevideo, en 1979 (CIDIP II)⁸.

La experiencia que existe en este campo a nivel internacional y las numerosas consultas efectuadas por la CT-RMJ al sector privado ejercieron, asimismo, una marcada influencia⁹.

2.2. Metodología para la exposición del tema

A los efectos de analizar la Decisión, estimamos conveniente respetar el esquema seguido por la Comisión Técnica en la elaboración del instrumento normativo, compatibilizando las soluciones recogidas con el tratamiento doctrinario y la opinión que nos merece dicha regulación. Excepcionalmente nos apartamos de este lineamiento en razón de una necesaria articulación de las disposiciones entre sí.

La tarea se ve facilitada por la metodología empleada por sus autores que optaron por intitular cada artículo con un epígrafe que adelanta el tema a preceptuar.

2.3. Objeto de la Decisión

En su primera disposición, el convenio señala cual es el objeto del documento que, como adelantamos supra, no es otro que recoger el instituto “como medio alternativo privado de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado”.

Quedan así fuera de su alcance los conflictos generados entre los Estados Parte (EP) ya que dichos supuestos caen bajo la órbita de lo dispuesto por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias¹⁰, el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur –Protocolo de Ouro Preto– y su Anexo –Procedimiento General para las Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur¹¹– y la Directiva 6/96, sobre Mecanismo de Consultas en la Comisión de Comercio del Mercosur¹².

De tales documentos se desprende que los procedimientos previstos para los conflictos entre particulares conceden a éstos un protagonismo muy limitado ya que sólo se les reconoce una mínima facultad de iniciativa asumiendo el procedimiento un carácter eminentemente interestatal¹³.

8. Sobre las Convenciones Interamericanas referidas, puede profundizarse en: *Integración Jurídica Interamericana*. Casella, P. B. – Araujo, N. de, coordinadores. Ed. LTR. Sao Paulo. Brasil 1998. Acerca del proceso de codificación del Derecho Internacional privado; Fernández Arroyo, Diego. *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*. Beramar. Madrid. 1994.

9. Véase Wurcel, Gabriela. “Arbitros para el bloque”. La Nación. Suplemento de Comercio Exterior. Buenos Aires. 16/6/98.

10. Este instrumento fue aprobado como Mercosur/CMC/Dec. N° 1/91, en la Iª. Reunión del CMC, celebrada el 17/12/91.

11. Aprobado por el CMC en la antigua ciudad de Brasil el 17/12/94.

12. Aprobada en la XIII reunión de la CCM celebrada en Buenos Aires los días 18 y 19 de junio de 1996. Los textos citados pueden consultarse en Araujo, N. de –Magalhaes Marques, F.-Monteiro Reis, M. Código do Mercosul. Tratados e Legislaçao. Renovar. Rio de Janeiro. 1998.

13. Acerca de los conflictos entre particulares en el Mercosur, entre los numerosos trabajos que abordan la problemática, puede consultarse: Alonso García, Ricardo. *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Rey Caro, Ernesto, *La solución de controversias en los procesos de integración en América*. El Mercosur. Marcos Lerner Editora. Córdoba. 1998. P. 58 y ss.

2.4. Definiciones

Abrevando en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, (en adelante LM), el Acuerdo, en su artículo 2º, incluye un catálogo de definiciones sobre la terminología que se emplea a lo largo de la decisión, aunque sin encasillarse en los conceptos vertidos por su fuente. En materia de calificaciones se enrola pues, en la teoría de las soluciones autárquicas, cuyos beneficios pasan principalmente, por facilitar una comprensión uniforme de los conceptos.

Ahora bien, en orden a las definiciones plasmadas, el instrumento del Mercosur determina que se entiende por: “arbitraje”, “arbitraje internacional”, “autoridad judicial”, “contrato base”, “convención arbitral”, “domicilio de las personas físicas”, “domicilio de las personas jurídicas o sede social”, “laudo o sentencia arbitral extranjera”, “sede del tribunal arbitral”, y “tribunal arbitral”, en tanto que el documento de la CNUDMI define que es “arbitraje”; “tribunal arbitral”; y “tribunal”; completando la norma que las contiene¹⁴, con reglas de interpretación respecto a como deben entenderse las disposiciones que facultan a las partes a decidir sobre un asunto determinado; cuál es la interpretación que prima cuando la referencia es a un acuerdo que hayan celebrado o puedan celebrar las partes y el sentido que habrá de darse frente a la referencia de la LM a una demanda y a una contestación. Se completa este listado, con el artículo séptimo, que conceptualiza el “acuerdo de arbitraje”.

En orden a considerar las definiciones aportadas por el Acuerdo, es necesario introducirnos en distintos aspectos del arbitraje. Recordemos en principio, que se ha polemizado intensamente acerca de su naturaleza jurídica¹⁵.

Históricamente, dos son las concepciones que pretenden arrogarse carta de ciudadanía sobre el problema. La primera de ellas es la teoría privatista pura o contractual, que considera el arbitraje principalmente, como un contrato basado en la voluntad de las partes que delegan el arreglo de sus diferencias en un árbitro.

La otra teoría es la publicista pura o jurisdiccional para la cual el arbitraje es ante todo, un procedimiento cuasi judicial, generado por un acuerdo de voluntades. Su particularidad – que lo diferencia de los contratos– no es el acuerdo arbitral sino el laudo, entendido como un acto jurídico de terceros que se asemeja a las decisiones judiciales.

Hay una tercera postura de naturaleza mixta que ha cobrado fuerza en los últimos tiempos, es la llamada teoría conciliadora para la cual el arbitraje es una institución *sui generis*, en la que coexisten como un todo indisoluble, su origen contractual y la teleología jurisdiccional, que es, en definitiva, la que justifica su aparición.

Enrolarse en alguna de estas posiciones deja sentir sus efluvios en el Derecho internacional privado. En efecto, conceder primacía al carácter contractual del arbitraje sobre el laudo, conduce a reconocer un amplio margen a la autonomía de la voluntad y por tanto, admitir la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable por los árbitros, sea en los aspectos procesales como en las cuestiones de fondo.

Por el contrario, si se asume la posición jurisdiccional, es la ley del Estado donde tiene la sede el órgano arbitral la que, en principio, está llamada a regir todas las cuestiones pro-

14. Ley Modelo de la CNUDMI, art. 2.

15. Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje puede verse: Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, L., p. 268 y sigs. Caivano, Roque. Arbitraje. *Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993. P. 91 y sigs. Santos Belandro, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*. Perezniño Editores. México. 1997.

cedimentales debiendo aceptarse, incluso, que ante la falta de ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, es ese ordenamiento el que estaría legitimado para regular también las cuestiones de fondo.

Finalmente, si se entiende el arbitraje como un instituto de naturaleza mixta, habrá que analizar cada uno de los supuestos y, atendiendo a la naturaleza contractual o procesal de cada cuestión, acudir a soluciones distintas¹⁶. A nuestro parecer, es esta la tesis más correcta pues es la que más se ajusta a la realidad atendiendo de la mejor manera, no sólo a la naturaleza sino también los efectos del arbitraje.

Respecto a un concepto caracterizador, son innumerables las definiciones que pueden encontrarse en doctrina sobre esta figura. Así, se ha entendido como un instituto jurídico en virtud del cual las partes, entre las cuales existe una controversia, deciden que la resolución de la misma no venga por la participación de los jueces estatales sino por la actuación de los árbitros, quienes decidirán la pendencia siguiendo la ley y el procedimiento elegido por éstas¹⁷. También se conceptúa como “una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la que se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejantes a las de aquellos en orden a la resolución de un caso concreto”¹⁸.

En las relaciones comerciales internacionales, el arbitraje “es una técnica para la solución de los conflictos mercantiles internacionales, que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a estar y pasar por la decisión que aquél tenga a bien tomar en su día”¹⁹.

A nuestro entender, Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca conceptualizan acertadamente el arbitraje comercial internacional cuando expresan que “es un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas –por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica– a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral– que ponga fin a la diferencia entre ellas”²⁰.

La doctrina sostiene que el arbitraje goza de numerosas ventajas con respecto a la jurisdicción estatal. Ello conduce a las partes a considerarlo una técnica sumamente valiosa a la hora de pensar en una solución ágil y flexible, pues son ellas quienes eligen el procedimiento ajustado a sus necesidades e intereses, sin que tal hecho signifique faltar a las reglas de un debido proceso²¹. También contabiliza a su favor la confidencialidad del procedimiento, que es particularmente importante en el ámbito comercial al permitir que los pro-

16. Conf. Fernández de la Gándara, L. - Calvo Caravaca, L. *Derecho Mercantil Internacional*. Ed. Tecnos. Madrid. 1993. P. 268.

17. Pucci, Adriana N. *Arbitraje en los países del Mercosur*. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1997. p. 33.

18. Véase: Caivano, Roque. *Arbitraje...*P. 50.

19. Cremades, Bernardo. “El Proceso Arbitral en los Negocios Internacionales”. *El Derecho*. Buenos Aires. 113-769.

20. Auts. cites. Ob. cit. P. 266.

21. Al decir de Ciuro Caldani, Miguel A., “En el arbitraje las partes asumen de cierto modo la administración de justicia”. Véase com. cit. P. 2.

tagonistas no se vean perjudicados en su giro comercial, no sólo con respecto a terceros sino entre sí; sus relaciones podrán continuar o reanudarse con mayor facilidad. Asimismo, se reconoce que mediante este método se produce una mayor participación de las partes, a la vez que se genera una relación de inmediatez entre éstas y el árbitro que muy lejos está hoy de ofrecer la jurisdicción estatal.

El concepto de arbitraje que incorpora el instrumento da por sentado lo que hemos referido en cuanto a sus objetivos y caracteres; como no podía ser de otra manera, no teoriza sobre la figura, sino que directamente estipula que se trata de un medio privado – institucional o ‘ad hoc’ – para la solución de controversias. El arbitraje internacional es considerado como un mecanismo para solucionar controversias relativas a contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas. Cabe observar que desde la calificación, acota la posibilidad de aplicar el Acuerdo a supuestos que no sean contractuales. Tal limitación se manifiesta también al establecer que la convención arbitral es el “acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de relaciones contractuales...”

Por su parte, la LM considera que este método “...significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”²².

Si bien ambas disposiciones recogen la misma idea en orden a los tipos de arbitraje, no coinciden exactamente con la extensión de la materia arbitrable.

En efecto, el objeto del Acuerdo es regular el arbitraje como medio de solución de las disputas que se produzcan como consecuencia de contratos comerciales internacionales entre particulares (art. 1º). Habida cuenta que es generalmente aceptado que puede someterse a arbitraje aquello sobre lo que es posible transar, sorprende el texto de la norma²³ al reducir el campo de aplicación a contratos comerciales internacionales a diferencia de lo que establecen al respecto la LM y la CIDIP I sobre arbitraje comercial internacional²⁴.

En esta línea de ideas, el instrumento de CNUDMI adopta una fórmula de mayor alcance; capta el “arbitraje comercial internacional” aclarando que: “Debe darse una interpretación amplia a la expresión ‘comercial’ para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole

22. Art. 2, inc. a)

23. El interrogante sobre las materias que pueden ser objeto de arbitraje, puede responderse afirmando que son todas aquellas cuestiones de contenido patrimonial que se plantean entre las partes. Quedan exceptuadas: materias en las cuales las partes no tienen facultad de disposición por razones de orden público; las que no pueden ser objeto de transacción; las que no pueden ser sustraídas de la esfera estatal, por ejemplo: todo lo que se relaciona con el estado de la persona; las referidas o concernientes a los derechos de familia; aquellas que tienen por objeto cosas prohibidas; bienes que están fuera del comercio; las obligaciones naturales; las emergentes de acciones para reclamar daños y perjuicios por la comisión de delitos, que están fuera del ámbito de disposición de los particulares. La razón de que los conflictos referentes a estas materias no puedan sustraerse de la esfera estatal encuentra su causa en que el Estado se reserva para sí el derecho de intervenir en las mismas como garantía y en resguardo de los derechos fundamentales que obran de base de la comunidad. Según el derecho argentino, debemos agregar situaciones en que el juez nacional tiene competencia absoluta; casos de prórroga de jurisdicción prohibida; cuestiones relativas a los procesos de concurso preventivo y quiebra; defensa de la competencia; propiedad industrial e intelectual y las cuestiones que no pueden ser sometidas a transacción. El tema puede verse en: Palacio, Lino E. “Réquiem para el arbitraje”. ED tº 154, p. 943. Grigera Naón, Horacio. “El arbitraje comercial en el Derecho argentino interno e internacional privado.” *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, enero- marzo/1982, Nº 163, p. 117.

24. Su texto puede consultarse en Dreyzin de Klor, A. y Uriondo de Martinoli, A. *Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional*. Fuentes Convencionales. Zavallía. Buenos Aires. P. 386 y ss.

comercial, aunque sin limitar las operaciones a las enunciadas, comprende cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obra, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vías aérea, marítima, férrea o por carretera”²⁵.

Cabe acotar que al definir “acuerdo de arbitraje”, en concordancia con lo expresado, la LM determina que es aquel 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 contractual...”

La CIDIP I sobre Arbitraje Comercial Internacional se pronuncia en sentido equivalente a través de la fórmula que sostiene: “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil”²⁶.

En orden a la internacionalidad, hay diversos criterios que pueden servir de base para su determinación. Así, un criterio subjetivo, tiene en cuenta el país de residencia de las partes, el centro principal de sus negocios, la sede, sucursal, establecimiento o agencia y también puede incluirse el lugar donde tiene su sede el tribunal arbitral. El criterio objetivo, en cambio, prioriza el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de la obligación del contrato o el lugar con el cual el objeto de la disputa tenga vínculos más estrechos. Esta diferenciación es importante no sólo para la caracterizar el arbitraje como internacional, sino también para identificar fácilmente la posición en que se enrola el Acuerdo a la hora de precisar su ámbito de aplicación material.

2.5. Ambito de aplicación

Tanto desde la óptica material como espacial, el ámbito de aplicación de la Decisión está plasmado en el artículo tercero²⁷, complementado con la primera disposición del Acuerdo. Conforme puede inferirse de su texto, el convenio se circunscribe a los siguientes casos: a) convención arbitral celebrada entre particulares con residencia habitual,

25. Puede verse en Piaggi Ana I. Coordinadora. *El arbitraje comercial internacional. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones Públicas. UNCITRAL y el futuro Derecho Comercial*. Depalma. Buenos Aires. 1994. p. 31.

26. Art. 1°.

27. El presente Acuerdo se aplicará al arbitraje, su organización y procedimientos, y a las sentencias o laudos arbitrales si mediare alguna de las siguientes circunstancias: a) la convención arbitral fuere celebrada entre personas físicas o jurídicas que en el momento de su celebración, tengan ya sea su residencia habitual, el centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en más de un Estado Parte del Mercosur. b) el contrato base tuviere algún contacto objetivo - jurídico o económico- con más de un Estado Parte del Mercosur. c) las partes no expresaron su voluntad en contrario y el contrato base tuviere algún contacto objetivo - jurídico o económico- con un Estado Parte, siempre que el tribunal tenga su sede en uno de los Estados Partes del Mercosur. d) el contrato base tuviere algún contacto objetivo - jurídico o económico- con un Estado Parte y el tribunal arbitral no tuviere su sede en ningún Estado Parte del Mercosur, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo. e) el contrato base no tuviere ningún contacto objetivo - jurídico o económico- con un Estado Parte y las partes hayan elegido un tribunal arbitral con sede en un Estado Parte del Mercosur, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo.

centro principal de los negocios, sede, sucursal, establecimiento o agencias en diferentes EP del Mercosur; b) contrato comercial con contactos objetivos en diferentes EP; c) contrato comercial con contacto objetivo en un EP y tribunal arbitral con sede en otro EP. d) contrato comercial con contacto objetivo en un EP y tribunal arbitral sin sede en un EP; e) contrato sin contacto objetivo en un EP pero tribunal arbitral con sede en un EP del Mercosur.

El inc. c) requiere que las partes no expresen su voluntad contraria a someterse al Acuerdo, mientras que en los dos últimos supuestos las partes deben declarar expresamente la intención de ampararse en él. Frente a lo preceptuado en el inc. e) cabría plantearse si el supuesto previsto podría convertir en internacional un arbitraje nacional.

Consideramos que la norma no es muy clara en su redacción cuando describe el ámbito de aplicación espacial. De la lectura del inciso a) pareciera desprenderse como condición para quedar sujeto al Acuerdo, que las personas físicas o jurídicas deben tener su residencia habitual, el centro principal de sus negocios, la sede, sucursal, establecimiento o agencia, en más de un Estado Parte, lo que no se compatibiliza exactamente con las definiciones vertidas en el artículo 2, incs. f) y g) referidas al domicilio de las personas físicas y de las personas jurídicas o sede social, respectivamente²⁸. En efecto, el artículo en análisis a través de su primer inciso no parece respetar el carácter de unicidad que requieren los conceptos señalados; es más, una interpretación literal suscita la posibilidad de conflictos positivos –pluralidad de domicilios– que a nuestro juicio, no condice con lo que, seguramente, fue la intención del legislador.

En este orden de ideas resulta útil acudir nuevamente, a las fuentes del Acuerdo pues ello permite refrendar la interpretación que sostenemos. La LM, en su art. 1°, textualmente expresa: "Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una vinculación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado. 4) A los efectos del párrafo 3° de este artículo: a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje, b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. 5) La presente Ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean la presente Ley".

Continuando con el análisis de la disposición, desde otra perspectiva estimamos significativa la distinción que se efectúa del contacto objetivo en "jurídico" y "económico". A nuestro entender, se pretende no abrir la puerta a un eventual vehículo de fraude a las previsiones jurídicas en materia económica de los ordenamientos implicados.

28. "Art. 2: A los fines de la aplicación del presente Acuerdo se entiende por:...f) "domicilio de las personas físicas:" su residencia habitual y subsidiariamente el centro principal de sus negocios; g) "domicilio de las personas jurídicas o sede social:" lugar principal de la administración o el asiento de sucursales, establecimientos o agencias..."

2.6. El convenio arbitral

Si bien el primer paso a recorrer y la referencia obligada en el arbitraje comercial internacional es el convenio arbitral pues de su validez depende la completa eficacia de la institución²⁹, el orden que nos hemos impuesto según referimos supra, conduce a que abordemos su tratamiento en esta instancia.

Dispone el artículo 4° del Acuerdo que el convenio arbitral debe ocupar un lugar destacado en el contrato base y ser claramente legible. Se exige que sea pactado de buena fe dando un tratamiento equitativo a las partes, particularmente cuando se trata de contratos de adhesión.

Es loable que se hayan incluido las pautas que deben observarse en relación a este contrato. La exigencia establecida responde a la necesidad de evitar que se disfrace la calidad de voluntario que caracteriza al arbitraje mediante la inclusión de cláusulas compromisorias en contratos de adhesión, que impongan a la parte débil una sumisión no querida.

Según prescribe el artículo siguiente, la convención arbitral es autónoma en relación al contrato celebrado entre las partes. En consecuencia la inexistencia o invalidez de éste, no acarrea la nulidad de la convención arbitral.

Se continúa de este modo, con la tendencia actual de asignar carácter autónomo a la convención respecto al contrato principal –contrato base según establece el Acuerdo en el art. 2, inc. d)–. Si bien es cierto que no puede ser contemplada separadamente de este contrato, el desarrollo alcanzado por el arbitraje durante el transcurso del tiempo llevó a considerar que el convenio arbitral goza de autonomía y por consiguiente no sufrirá las vicisitudes propias de aquél³⁰. De ello se desprende que la eficacia del arbitraje no se contagia de la enfermedad que pueda afectar al contrato principal. Así, frente al supuesto de que se controvierta la validez de éste, al no considerarse a la convención arbitral accesoria del contrato principal, sino entenderla como un verdadero contrato dentro de otro más amplio, no sufrirá la suerte de aquél³¹.

2.7. Clasificaciones del arbitraje

De las diversas clasificaciones que se conocen del arbitraje³², el Acuerdo recepta las siguientes: según sea el órgano y procedimiento arbitral, distingue el arbitraje institucional

29. Véase Artuch Iriberry, Elena. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Eurolex. Madrid. 1997. P.27.

30. En relación a la importancia del transcurso del tiempo en el desarrollo del arbitraje, puede verse: Ponieman, Alejandro. "Perspectivas del arbitraje y la mediación en el siglo XXI." *Revista de Derecho del Mercosur*. Suplemento N° 1 – La Ley. Buenos Aires. Junio de 1998. Ps. 9-14.

31. Este tema es conocido como "competencia de la competencia" porque frente a la discusión de la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, siendo la disputa la validez del contrato del que surge la atribución de la jurisdicción arbitral, sólo la consideración de la autonomía de la cláusula permitirá el ejercicio de tal competencia. En Argentina existe jurisprudencia diversa ya que la ley procesal no establece el principio de la autonomía arbitral. Acerca de la autonomía de la convención arbitral y la posición de los tribunales argentinos al respecto puede consultarse: Caivano, Roque El Arbitraje...P. 151.

32. Al respecto, pueden consultarse diferentes clasificaciones efectuadas por los autores; así: Roque Caivano distingue el arbitraje en: a) libre o institucional; b) de derecho o amigables componedores; c) voluntario o forzoso; d) interno o internacional. En: Arbitraje... P.67 y ss. También, se clasifica el arbitraje según sea: a) de derecho o de equidad; forzoso o voluntario; doméstico o internacional; libre o 'ad hoc' e institucionalizado o administrado. Conf. Feldstein de Cárdenas, S. -Leonardi de Herbón, H. *El arbitraje*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998.Ps. 13-22.

del 'ad hoc', y en atención a la solución dada al fondo del problema, esto es al modo de actuación de los árbitros y la naturaleza de la decisión, diferencia el arbitraje de derecho, del arbitraje de equidad.

En cuanto a la primera clasificación, el documento admite que las partes puedan someterse tanto al arbitraje institucional como al arbitraje libre o 'ad hoc', debiendo respetarse en el procedimiento, los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento.

La diferencia entre ambas modalidades se advierte desde distintos ángulos. El tema fundamental en torno a la opción sobre los tipos de arbitraje radica en justificar la elección por uno u otro. Para ello debe analizarse cuáles son las ventajas y los inconvenientes que plantea cada una de las formas señaladas. Ello implica que las partes realicen un análisis de la naturaleza del problema, vinculándola a los resultados que pueden obtenerse según la alternativa por la que se pronuncien. Un fracaso en alcanzar la solución, puede ser resultado de la elección efectuada y no del arbitraje como medio de dirimir el conflicto.

El arbitraje institucional requiere de una entidad especializada que administra y organiza el trámite, prestando una serie de servicios que son de gran utilidad para que la controversia sea resuelta con el máximo grado de eficacia. El modelo por excelencia de arbitraje institucional lo brinda la Cámara de Comercio Internacional, que ofrece un sistema de control basado en un reglamento en el que se prevén las posibles contingencias que pueden presentarse en el curso del procedimiento arbitral. Las partes se sujetan a dichas reglas que, lejos de ser estáticas, van adecuándose y perfeccionando a las necesidades que plantea solucionar los conflictos nacidos por la dinámica del comercio internacional. La institución cuenta con una lista de árbitros que serán elegidos por las partes teniendo en cuenta su mayor versación en la causa y la confianza que les merezcan.

El arbitraje 'ad hoc', en cambio, es una modalidad más libre ya que no depende de organismos institucionales predeterminados. Ello conduce a que sean las partes las que deben acordar sobre las reglas a las cuales someterán el arbitraje y fijar las normas que emplearán los árbitros para desarrollarlo. Queda a juicio de ellas el mecanismo referido a la elección de los árbitros, el lugar en que éste se llevará a cabo, los procedimientos a aplicar, los métodos de coerción frente a los supuestos de falta de cooperación, así como los recursos contra el laudo, por no mencionar sino algunos de los aspectos que caracterizan este modelo de sistema alternativo de solución de conflictos.

Es cierto que el arbitraje 'ad hoc' brinda una mayor flexibilidad y libertad en cuanto a la elección de los árbitros y a las reglas a seguirse, además de resultar menos oneroso porque no deberán abonarse los derechos que las entidades perciben por la labor de administración que desarrollan; empero, como contrapartida, exige de una total cooperación entre sus protagonistas desde el inicio hasta la finalización del procedimiento. Contabiliza entre las mayores desventajas, que de generarse dificultades durante el proceso, la única vía que admite para solucionarlas es acudir a los tribunales estatales para que resuelvan las incidencias. Cuando ello ocurre, el beneficio de los menores costos enumerado entre sus ventajas se diluye, al igual que los ahorros de tiempo que podrían haber fundamentado la elección de someter el conflicto al arbitraje descartando, prima facie, la jurisdicción estatal.

Destaquemos sin embargo, que el arbitraje 'ad hoc' permite que las partes construyan un sistema autónomo, adaptado de forma específica al caso que particularmente las enfrenta, en tanto que el arbitraje institucionalizado las exime de elaborar un minucioso acuerdo arbitral que, en no pocas circunstancias, puede ser adecuado en un principio pero resultar insuficiente cuando el arbitraje se prolonga demasiado en el tiempo por tratarse, por ejem-

plo, de contratos con largos plazos de ejecución que van generando durante el transcurso del procedimiento, situaciones no previstas en el acuerdo. En conclusión y enrolándonos en el pensamiento de Caivano, “no es posible determinar a priori y en abstracto, la conveniencia de un sistema respecto del otro. Ello dependerá de cada caso concreto, y de la prudente ponderación que las partes hagan de las circunstancias”³³. En base a lo apuntado, resulta conveniente que el Acuerdo mercosureño contemple ambos tipos de arbitraje, haciendo depender la elección de lo que las partes libremente consideren adecuado al conflicto que las aqueja.

Vale traer a colación que en la Reunión de Ministros de Justicia en que se aprobó el presente Acuerdo, los señores Ministros dispusieron que en el segundo semestre del año en curso, la Comisión Técnica se aboque a la elaboración de un reglamento común en materia de arbitraje comercial internacional, con la participación de las instituciones arbitrales de la subregión³⁴. A tal efecto se acordó que Chile sería sede para la elaboración de ese instrumento aceptando la propuesta efectuada por la Ministro de Justicia del vecino país.

En cuanto a la segunda clasificación, esto es que el arbitraje sea de derecho o de equidad, la Decisión recoge ambas posibilidades y a falta de disposición, se inclina a favor del primero.

El arbitraje de derecho implica que el laudo será ajustado a normas estrictas de un ordenamiento determinado, con arreglo a la ley y procedimiento que se fije, debiendo los árbitros ser abogados.

En tanto que el arbitraje de equidad releva a los árbitros de basarse en derecho positivo ya que resolverán *ex aequo et bono*, es decir, según su leal saber y entender, a verdad sabida y buena fe guardada³⁵. Este sistema, al prescindir de normas jurídicas, permite un mayor margen de discrecionalidad, lo que no quiere decir que admita un apartamiento total de la ley. Las reglas del debido proceso se mantienen firmes sea por estar expresamente establecidas en el Acuerdo, sea porque de otro modo, se violentarían los principios generales del derecho y del orden público internacional.

Si bien la doctrina no es unánime respecto a la necesidad de fundamentar el laudo cuando el arbitraje es de equidad, con buen criterio, se exige cumplir con este recaudo, no sólo cuando establece de manera general los requisitos del laudo o sentencia arbitral sino también, de forma contundente, al determinar que éste deberá contener: “...b) los fundamentos en que se basa, aún si fuera por equidad”³⁶.

Estimamos que ello contribuye a disminuir la discrecionalidad que se le adjudica a esta modalidad que, por carecer de sustento legal, exige del árbitro el máximo empeño en demostrar que la decisión a la que llega es la más justa, la que más se compadece con el caso, con las circunstancias de la causa y con la equidad³⁷.

33. Caivano, Roque. El Arbitraje...P. 71.

34. Conforme lo dispuesto, además del tema señalado, la Comisión Técnica se abocará al tratamiento de los siguientes temas: 1) extradición; 2) lavado de dinero; 3) mediación y 4) mecanismos para conocer los instrumentos utilizados y la efectiva puesta en vigencia de la normativa del Mercosur.

35. Véase Feldstein de Cárdenas, S.- Leonardi de Herbón, H. ob. cit. P. 13.

36. Art. 20.

37. Conf. Caivano, Roque. El Arbitraje... P. 76.

2.8. Forma y derecho aplicable a la validez extrínseca del convenio arbitral

El instituto del arbitraje se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad pues son las partes las que decidirán si sus controversias serán resueltas por el juez o por la intervención de árbitros. Son los particulares quienes tienen a su cargo la decisión de sustraer la controversia a la justicia ordinaria, decisión que formalizan mediante el convenio o acuerdo incorporado como cláusula al contrato que las vincula o independiente del mismo, una vez planteado el diferendo. El primer supuesto es el que se conoce como cláusula compromisoria en tanto que en el segundo caso, estaríamos frente a lo que se denomina compromiso.

O sea que, mientras la cláusula compromisoria se estipula antes de que se produzca la controversia entre las partes, el compromiso se establece cuando el conflicto dejó de ser potencial o hipotético y efectivamente se ha planteado. Mediante la primera, las partes deciden someter a arbitraje las cuestiones que eventualmente pudieran surgir de la relación jurídica por la que se vinculan, en tanto que el compromiso arbitral tiene por finalidad concretar en forma completa los aspectos operativos del arbitraje cuando el litigio ya se ha presentado; en el tiempo, es posterior a la cláusula compromisoria. No obstante reconocer que conceptualmente son diferentes, a los efectos jurídicos no presentan mayor diferencia pues el objetivo es el mismo: someter las cuestiones litigiosas a la decisión de los árbitros³⁸.

En este aspecto, el Acuerdo, al igual que una de sus fuentes de inspiración tantas veces aludida a lo largo de este trabajo, la Ley Modelo de la CNUDMI, regula la convención arbitral en forma genérica, si bien al definirla, también abrevando en la LM, distingue los dos momentos –que hayan surgido o puedan surgir las controversias– facultando a las partes a adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente.

Las legislaciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en las respectivas dimensiones autónomas, admiten que el arbitraje sea instituido tanto por una cláusula arbitral como por un compromiso. Sin embargo, varían las opiniones en relación a la naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria entre aquellos que la consideran como un pre-contrato, cuya finalidad es la de firmar el compromiso arbitral, y quienes se pronuncian a favor de la naturaleza contractual y autónoma de dicha cláusula³⁹.

En el Derecho internacional privado, una de las reglas que gozan de mayor predicamento es la “locus regit actum”, o sea que la forma de los actos se rige por la ley del lugar en que ellos han sido celebrados. Entonces no sorprende que el Acuerdo se pronuncie por esta solución para regir la validez formal de la convención arbitral, solución dictada por necesidades prácticas, de orden público y trayectoria histórica.

Conforme expresamente se establece, la convención arbitral debe constar por escrito. Esta exigencia se impone para evitar un litigio relativo a la existencia misma del acuerdo que es la piedra angular del procedimiento arbitral y organiza el marco jurídico para la regulación del arbitraje⁴⁰. Mediante este recaudo se intenta proteger a las partes pues se asegura que existe una voluntad consciente, libre e inequívoca de recurrir al arbitraje como medio de arreglo de diferencias entre ellas. En este aspecto, las cuestiones problemáticas quedan

38. Caivano, Roque. *El Arbitraje...*p. 108.

39. Al respecto puede verse Pucci, Adriana, ob. cit. p. 88.

40. Conf. Santos Belandro, Rubén. Ob. cit.. P. 61.

reducidas a determinar el valor de las cláusulas incorporadas por referencia, a los efectos de prueba del consentimiento⁴¹.

No se requiere un único instrumento, ni tampoco que su redacción conste en un solo texto; es más, celebrado entre ausentes surgirá del intercambio de cartas o telegramas con recepción confirmada; comunicaciones por telefax, correo electrónico o medio equivalente, sin embargo, exige su confirmación por documentos originales.

En cuanto a la admisión de las modernas técnicas de comunicación, estimamos acertada la inclusión de tal alternativa, pues deja abierta las puertas a nuevas formas que puedan crearse a raíz del constante progreso tecnológico que se desarrolla en este campo. Bien se sostiene que la amplitud de formas favorece el empleo del arbitraje y supone una inteligente adaptación a los medios modernos de negociación internacional⁴².

En cambio, no estamos tan convencidos sobre la conveniencia de considerar perfeccionada la convención arbitral con la remisión del documento original. A nuestro juicio, esta exigencia restringe la libertad de la forma. Es cierto que por lo dispuesto en el inc. 5 del art. 6, por el que se tendrá por válida la convención si se observan los recaudos formales del derecho de algunos de los Estados Parte con el cual el contrato base tiene contactos objetivos aún cuando no se cumplan los requisitos formales del lugar de celebración, se atenúa la restricción. Empero, estimamos que tal exigencia no debió incorporarse en el texto atendiendo al ámbito de aplicación espacial del Acuerdo. Además, ello atenta contra el carácter que se reconoce a los medios consignados; en todo caso, habría que estar a la posibilidad que éstos brindan de recabar pruebas fehacientes. En este aspecto, la Ley Modelo es más permisiva al disponer que el intercambio de los escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un convenio sea firmada por una de las partes sin ser negada por la otra, constituirá un acuerdo arbitral.

2.9. Derecho aplicable a la validez intrínseca del convenio arbitral

El derecho aplicable al fondo de la convención arbitral incardina de forma directa con la cuestión tan debatida de la naturaleza del instituto. Al tratarse de un acuerdo de voluntades, debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos.

¿Cuáles son los temas que requieren tratamiento respecto a la validez intrínseca del acuerdo?

Las cuestiones relativas al fondo del convenio arbitral abarcan una amplia gama de problemas, por ejemplo, los vicios del consentimiento y sus consecuencias, el momento y lugar de conclusión del acuerdo de arbitraje, la licitud del objeto del convenio, la designación directa de los árbitros o de los mecanismos de designación de éstos y determinación del objeto del litigio, la causa, los efectos del convenio, la extinción por causales iniciales existentes en el momento de la celebración o sobrevenidas.

Si bien el Acuerdo aborda bajo diferentes epígrafes los problemas mencionados, en la norma que se ocupa del derecho aplicable a la validez intrínseca del convenio arbitral, con

41. Véase Artuch Iriberry, Elena. Ob. cit. P. 180.

42. Acerca de esta Convención puede verse: Vieira, Manuel – Operti, Didier, Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial. *Cuadernos de Derecho Internacional Privado* N°1. Convenciones de Panamá (1975). Fundación de Cultura universitaria. Montevideo. Uruguay. 1979. P. 69.

buen criterio, distingue entre la capacidad de las partes por una parte y el consentimiento, objeto y causa por otra. En efecto, estamos frente a dos problemas distintos: la capacidad de las partes para otorgar el acuerdo arbitral y la validez del referido acuerdo.

Para la regulación del primer tema, remite al derecho de los respectivos domicilios de las participantes, comulgando con el criterio que los EP adoptan en sus respectivas dimensiones internas y con las soluciones recogidas en las fuentes de las que se valió el legislador mercosureño.

La validez de la convención arbitral respecto al consentimiento, objeto y causa, en cambio, se somete al derecho del EP sede del tribunal arbitral. Consecuentemente, debe provenir de un consentimiento que no esté viciado, que haya sido expresado válidamente por personas con capacidad legal para obligarse y recaer sobre un objeto lícito y posible tanto física como jurídicamente, conforme a dicho ordenamiento.

En otro orden de ideas, cabe acotar que al diferenciar los supuestos, la Decisión refleja a las claras que el legislador se ha enrolado en la moderna concepción que impera sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. En efecto, se trata de una figura contractual por su origen y procesal por sus efectos que, como bien afirma autorizada doctrina, implica “el camino de la complejidad pero también el de la justicia”⁴³.

2.10. Competencia para conocer sobre la existencia y validez de la convención arbitral

Determina el Acuerdo aprobado, que el tribunal arbitral entiende acerca de la existencia y validez de la convención arbitral, pudiendo actuar de oficio o a solicitud de las partes. Asimismo, es competente en las cuestiones referidas a su propia competencia.

La excepción de incompetencia del tribunal fundada en la inexistencia de materia arbitrable o inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral se rige por el reglamento de las instituciones arbitrales, cuando está prevista la intervención de éstas.

En tanto que si el arbitraje es ‘ad hoc’, la oportunidad para plantearla, es hasta el momento de presentar la contestación a la demanda o, en caso de reconvencción, hasta la réplica a la misma. Cabe señalar que las partes pueden oponerla incluso, cuando hayan intervenido en la designación de un árbitro; en tal supuesto el tribunal podrá decidir considerándola como una cuestión previa o pronunciarse sobre la excepción a la hora de emitir el laudo.

2.11. Derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral

En numerosas oportunidades hemos reiterado que el arbitraje se encuentra plenamente asentado en la autonomía de la voluntad de las partes. Ello se manifiesta esencialmente, en la elección del derecho que resulta aplicable a la controversia por el tribunal. Las partes eligen el ordenamiento que se aplicará para solucionar los conflictos, elección que harán en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. De no ejercitar esta facultad, los árbitros decidirán conforme a tales fuentes.

En orden a la interpretación de la solución plasmada, digamos que el carácter internacional del arbitraje deviene de que sea regido por los usos y costumbres, la llamada “lex mercatoria” complementada por la posibilidad del ejercicio prácticamente ilimitado de la

43. Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, L. ob. cit. p. 268.

autonomía de la voluntad, potestad autonormativa que los particulares ven reforzada en la esfera del comercio internacional.

Esta argumentación según la cual la libertad de las partes se acentúa y los usos y costumbres se elevan al rango de Derecho no es aceptada en forma unánime, entre otras causas, por considerarse que la *lex mercatoria* es relativamente reciente y por tanto incompleta. Siendo así, no se podría prescindir de los sistemas jurídicos nacionales de los que el arbitraje debe seguir dependiendo para ser válido, eficaz y principalmente ejecutable⁴⁴. Allí pervive el Derecho internacional privado a través de la elección que realizan las partes de un determinado ordenamiento para supeditar a él, la controversia. Desde nuestra óptica, sin embargo, hoy resulta innegable que los usos y prácticas del comercio internacional se consideren integrando los usos y prácticas que se observan localmente y que en su conjunto, forman el escenario sobre el que se desarrollan las operaciones del comercio internacional. En este entendimiento, gozan de la misma naturaleza jurídica que los usos normativos generales o locales que resultan de aplicación según el ordenamiento nacional, sea en defecto de ley, o por remisión legal. En consecuencia, las sentencias arbitrales que basan su motivación en ellos no tendrían un carácter menos jurídico que las que aplican un derecho nacional⁴⁵. Según lo prescrito en el Acuerdo, no cabe dudar sobre la posición sustentada por los autores que, ante la falta de pronunciamiento de las partes, otorga amplia libertad a los árbitros para decidir conforme a las fuentes relacionadas.

2.12. Normas generales de procedimiento

En el artículo doce la Decisión se refiere a las normas generales de procedimiento, ámbito en que también se destaca el rol que asume la autonomía de la voluntad, núcleo central sobre el que gira el arbitraje.

Siendo diferente la situación según se trate del arbitraje institucional o 'ad hoc', el Acuerdo diferencia la faz procedimental en orden a la modalidad elegida, estableciendo para el supuesto del arbitraje institucional, que el procedimiento se rija por el reglamento de la institución arbitral que intervenga. En el caso de arbitraje 'ad hoc', queda librado a las partes establecer el procedimiento y, ante la falta de previsión, remite a las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), solución que guarda congruencia con el criterio adoptado por la CIDIP I sobre la materia, que se encuentra vigente entre los EP del Mercosur.

En todo aquello no previsto por las partes, por el Acuerdo y por las normas de procedimiento de la CIAC, se resolverá en base a los principios del contradictorio, de la igualdad de las partes, de la imparcialidad del árbitro y de su libre convencimiento. Acertadamente el convenio establece que el procedimiento deberá respetar estos principios garantizadores del derecho de defensa en juicio y del debido proceso. En este orden de ideas, cobra sentido que el procedimiento arbitral se rija por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la entidad a la que se haya confiado la organización del arbitraje o, en su defecto, por los propios árbitros, con el objetivo de evitar la profusión de nulidades e impugnaciones basadas en razones formales que en nada afectan las garantías constitucionales.

44. Conf. Artuch Iriberrí, E. – Cuartero Rubio, V. "Arbitraje Comercial Internacional". En: *El Derecho del comercio internacional*. Fernández Rozas, José C. Editor. Eurolex. Madrid, 1996. P. 476.

45. Véase al respecto Espinar Vicente, José M. *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1979. p. 146.

Las partes están facultadas para designar un EP como sede del tribunal sin perjuicio de que para el supuesto que no lo hicieren, sea el tribunal arbitral quien determine el lugar del arbitraje atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. La norma responde a lo dispuesto en el art. 2 inc. i) que define “sede del tribunal arbitral” como: “Estado elegido por los contratantes o en su defecto por los árbitros...”, “...sin perjuicio del lugar de la actuación del tribunal.”

Asimismo, estipularán el idioma, previendo que será el de la sede del tribunal si los participantes no se pronunciaren al respecto.

La Decisión establece los recaudos que habrán de observarse para que las notificaciones y comunicaciones que se practiquen se consideren debidamente realizadas, así como los pasos a seguir para iniciar el procedimiento.

2.13. Los árbitros

Especial atención merecen las normas referidas a las condiciones para ser árbitro. Estos son elegidos por las partes quienes gozan de amplia libertad para efectuar la selección. Las personas designadas para arbitrar deben estar en condiciones de desempeñarse con probidad, imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción. Bien sabemos que los árbitros tienen que estar dotados de una alta preparación para resolver los complejos problemas jurídicos, económicos o técnicos que frecuentemente plantea el desarrollo del comercio internacional. Sin embargo, el nombramiento no debe recaer necesariamente en profesionales del derecho. En este punto, el Acuerdo se aparta de lo dispuesto por el Protocolo de Brasilia que exige que los árbitros sean “...juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de la controversia”⁴⁶.

De hecho, puede ser designada cualquier persona capaz según la ley personal de su domicilio, siempre que goce de la confianza de las partes. Si bien la nacionalidad no se considera un impedimento para asumir como árbitro, se permite a las partes que de común acuerdo establezcan lo contrario. Además, se tendrá en cuenta la conveniencia de designar personas de nacionalidad distinta a las partes en el conflicto. En caso de arbitraje ‘ad hoc’ con más de un árbitro, se establece la prohibición de que el tribunal esté compuesto únicamente por árbitros de la nacionalidad de una de las partes. La excepción a esta regla, una vez más, se funda en la voluntad expresa de las partes que, de común acuerdo, podrán justificar las razones que las llevan a elegir árbitros de la misma nacionalidad que una de ellas. A través de esta norma, se pretende garantizar, seguramente, la imparcialidad y neutralidad que debe caracterizar al tribunal.

2.14. Medidas cautelares

Las medidas cautelares pueden ser dictadas por el tribunal arbitral o por la autoridad judicial competente. Dictadas por el tribunal arbitral, su instrumentación se prevé mediante un laudo provisional o interlocutorio. El tribunal está facultado de oficio o a petición de parte para solicitar a la autoridad judicial competente la adopción de una medida cautelar, la que podrá disponerse en cualquier estado del proceso.

El CMC aprobó sobre la materia la Decisión N° 27/94. Es importante la referencia en razón que la norma del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional remite a lo estable-

46. Así lo expresa el Protocolo de Brasilia en el art. 13.

cido en el Protocolo signado para que, a la hora de solicitar la traba de una medida cautelar, se respete los dispuesto en él y se otorgue participación a las respectivas Autoridades Centrales⁴⁷.

2.15. El laudo o sentencia arbitral

Entre los artículos veinte y veintitrés, la Decisión se refiere al laudo o sentencia arbitral considerada como "la resolución definitiva de la controversia por el tribunal con sede en el extranjero" (art. 2 inc. h)⁴⁸. Las normas precedentemente citadas, disponen sobre la forma, requisitos, condiciones y efectos del laudo, así como también, acerca de la posibilidad de solicitar su rectificación o ampliación, los recaudos para petitionar su nulidad y los plazos que deben observarse al respecto.

La facultad concedida a las partes para que éstas acuerden que la decisión emitida por los árbitros no sea susceptible de apelación, es una de las características que favorece la celeridad del proceso arbitral. Sin embargo, no sería justo que la ley no otorgue la posibilidad de recurrirla cuando dicha decisión atente contra normas fundamentales de derecho. Cada una de las legislaciones internas de los países miembros prevé este tema, existiendo diferencias entre las mismas. Algunas prevén los recursos de aclaratoria y de nulidad, basados en las siguientes causas: error sustancial en el procedimiento, que el laudo haya sido dictado fuera del plazo previsto, o sobre puntos no sometidos a arbitraje.

Los principales aspectos a destacar sobre el tema en análisis, son los siguientes:

En cuanto a los caracteres, el laudo debe ser escrito, fundado y decidir el litigio en su totalidad. Es definitivo y obligatorio para las partes aunque admite los recursos sobre rectificación de errores materiales, alcance de uno o varios puntos específicos, cuestiones que son materia de la controversia cuando no hayan sido resueltas y puede impugnarse ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral en los casos expresamente previstos en el Acuerdo (art. 22).

En el supuesto de que sean varios los árbitros, se tomará la decisión por mayoría, con voto decisorio del presidente cuando ésta no se alcance. El árbitro disidente podrá fundar su voto separadamente.

En orden a los requisitos que debe respetar el laudo arbitral se exige que éste sea firmado por los árbitros y si alguno de los integrantes del tribunal se abstiene de esta obligación, deberá explicitarse el motivo, lo que será certificado por el presidente del tribunal.

Si las partes arriban a un acuerdo durante el curso del procedimiento arbitral, a pedido de éstas, el tribunal arbitral homologará el hecho a través de un laudo o sentencia que observará los recaudos que se consignan para los laudos o sentencias arbitrales, a saber: fecha y lugar en que se dictó, fundamentos en que se basa –aún si fuera la equidad–, la decisión acerca de la totalidad de las cuestiones sometidas a arbitraje y las costas.

47. Un análisis del Protocolo de Medidas cautelares puede verse en Uriondo de Martinoli, Amalia. *Integración Regional. Derecho Procesal Internacional*. Advocatus. Córdoba. 1996. Fresnedo de Aguirre, Cecilia. "La cooperación cautelar internacional en el Mercosur". En: *El Derecho procesal en el Mercosur*. Libro de Ponencias. U.N. Litoral Argentina. 1997. ps.393-410. Acerca de "La cooperación jurisdiccional internacional: instrumento para la integración jurídica regional, Tellechea Bergman, Eduardo. Jornadas Uruguayas – Santafecinas. Libro de Ponencias. Santa Fe. Argentina. 1997. p. 581 y sigs.

48. En el mismo sentido las legislaciones internas de los países del Mercosur coinciden en definir los laudos arbitrales extranjeros como aquellos emitidos por tribunales arbitrales con sede en el exterior.

En relación a los plazos para proceder a la rectificación y ampliación del laudo, se podrán solicitar dentro de los treinta días siguientes a la notificación del mismo, salvo que las partes conjuntamente establezcan otro diferente.

En cambio, la impugnación ante la autoridad judicial mediante una petición de nulidad, debidamente fundada por quien la invoca, debe deducirse dentro de los noventa días corridos desde la notificación.

En cuanto a la ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjera, el Acuerdo remite a las disposiciones de la CIDIP I sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975); al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur (CMC/Dec. N° 5/92) y a la CIDIP II sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 1979)⁴⁹. Cabe tener presente que ambos instrumentos de las CIDIP se encuentran vigentes entre los cuatro países.

El arbitraje finaliza con el dictado del laudo o sentencia definitiva o cuando se ordena la terminación del arbitraje porque las partes están de acuerdo en finalizarlo o el tribunal compruebe que el procedimiento se tornó innecesario o imposible.

2.16. Disposiciones generales y finales del Acuerdo

De acuerdo a lo que establecen las disposiciones generales, el hecho de aplicar las normas de procedimiento de la CIAC cuando el arbitraje es 'ad hoc', no lo convierte en institucional.

Desde otra arista, ante una situación no prevista por las partes, por las reglas de procedimiento de la CIAC, por las convenciones citadas y por las normas a las que el Acuerdo remite, se acudirá a los principios y reglas de la LM.

Finalmente se establecen las condiciones para la entrada en vigor del convenio. Este recepta, al igual que los demás Protocolos aprobados por el CMC, una cláusula de compatibilidad al contemplar la posibilidad que tienen los Estados Parte de aplicar otras convenciones vigentes sobre la materia en tanto no resulten contradictorias con lo establecido en él.

3. REFLEXIONES FINALES

Los procesos de integración están dirigidos, en el campo económico, a crear condiciones propicias para que los agentes de la producción puedan extender su ámbito operacional y desenvolverse con la mayor libertad posible dentro del territorio ampliado. A su vez, deben brindarse sólidas garantías a los operadores que invierten y negocian intrazona, sobre la base de confiabilidad que inspira el accionar de los protagonistas de estas experiencias regionales.

La necesidad de contar con una mayor seguridad jurídica puede lograrse si se acompaña el esquema de integración de un procedimiento de solución de controversias que consolide institucionalmente el modelo.

En esta línea de pensamiento, desde la doctrina, es importante no sólo reiterar la necesidad de crear órganos institucionales supranacionales, sino también, apoyar la aprobación

49. Los textos normativos pueden consultarse en Dreyzin de Klor, A.- Uriondo de Martinoli, A. *Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional. Fuentes Convencionales*. Zavalla. Buenos Aires. 1996.

de instrumentos jurídicos que contribuyan a esa finalidad en los supuestos de transacciones en las que el contacto internacional puede dificultar la solución de controversias entre particulares.

Asimismo, es importante destacar que la índole económica de las materias que pueden ser objeto de litigio exige celeridad en las decisiones sin desmedro de las garantías que todo proceso jurisdiccional debe ofrecer; en este carril, estimamos que el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional coadyuva a la realización de tal objetivo.

Ciertamente, la Decisión aprobada brinda un sustento jurídico confiable y eficaz al Mercosur y a las transacciones que se desarrollan en el espacio integrado, constituyendo un medio valioso por el que se complementa la operatoria de los particulares que, con el transcurso del tiempo, encuentran mejores condiciones jurídicas en aras de mayores previsiones y recursos frente a potenciales disputas. Ello, sin perjuicio de comulgar o no con todas las soluciones adoptadas.

Un aspecto a destacar es la asimilación entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales ya efectuada en el Protocolo de Las Leñas y con anterioridad, en otros instrumentos convencionales. Se cuenta así, con la certeza jurídica imprescindible para que los decisorios se consideren definitivos y susceptibles de inmediata ejecución. Además posibilita a las partes el acceso expedito a los órganos jurisdiccionales a fin de procurar su cumplimiento forzado.

Diseñar una regulación sobre arbitraje requiere pensar el sentido y principal objetivo y alcance que quiere dársele. Las mayores ventajas del arbitraje son la celeridad, simplicidad, y eficacia del laudo arbitral de la mano de un acceso a una justicia más consustanciada con los propósitos del comercio internacional. La legislación mercosureña debe ser el marco que establezca las condiciones bajo las cuales el espacio integrado admita la instauración de una justicia administrada por particulares y reconozca a sus decisiones el valor de la cosa juzgada asimilándolas a las sentencias judiciales⁵⁰.

A nuestro criterio, debió procederse a un análisis más exhaustivo respecto a los supuestos en los que se permite la exclusión de la justicia ordinaria. En este sentido, parece adecuado pensar la arbitrabilidad de toda cuestión entre partes, siendo las cuestiones no arbitrables, excepciones basadas en la indisponibilidad de los derechos, con remisión a las disposiciones relativas a la transacción. Una revisión en la dirección apuntada conduciría a que el ámbito material de aplicación del Acuerdo no quedara acotado únicamente a los contratos comerciales internacionales.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO GARCIA, Ricardo: *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1997.
- ARAUJO, N. de; MAGALHAES MARQUES, F., y MONTEIRO REIS, M.: *Código do Mercosul. Tratados e Legislação*. Renovar. Río de Janeiro. 1998.

50. Caivano, Roque J. "Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje." La Ley. T. 1994-A. Sec. Doctrina y "Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad." *Jurisprudencia Argentina*. Semanario del 23/2/94.

- ARTUCH IRIBERRI, E.: *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Eurolex. Madrid. 1997.
- con CUARTERO RUBIO, V.: "Arbitraje Comercial Internacional". En: *El Derecho del comercio internacional*. Fernández Rozas, José C. Editor. Eurolex, Madrid, 1996.
- CAIVANO, Roque: *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993.
- "Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje". *La Ley*. Sec. Doctrina. Buenos Aires. T. 1994-A.
 - "Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad." *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires. Semanario del 23/2/94.
- CASELLA, P.B. y ARAUJO, N. de. Coordinadores: *Integração jurídica Interamericana*. Ed. LTr. Sao Paulo. Brasil. 1998.
- CIURO CALDANI, Miguel A.: "La Compraventa y el Arbitraje, Pilares de la Internacionalización y la Mundialización del Derecho". Comunicación presentada en el Foro Conmemorativo del 50º Aniversario de la O.N.U. UNC.- AADI. Córdoba, 23 y 24/10/95.
- CREMADES, Bernardo: "La solución de conflictos internacionales: Encrucijada entre el conflicto de culturas y la globalización de la economía." *Jurisprudencia Argentina* N° 5998. Buenos Aires. 14/8/96.
- "El Proceso Arbitral en los Negocios Internacionales". *El Derecho*. Buenos Aires. T°113. P.769.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana: *El Mercosur: Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado*. Ed. Zavalía. Buenos Aires. 1997.
- con URIONDO DE MARTINOLI, Amalia: *Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional*. Fuentes Convencionales. Ed. Zavalía. Buenos Aires. 1996.
- ESPINAR VICENTE, José M.: *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1979.
- FELDSTEIN DE CARDENAS, S. y LEONARDI DE HERBON, H.: *El arbitraje*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998.
- FERNANDEZ ARROYO, Diego: *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*. Beramar. Madrid. 1994.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. y CALVO CARAVACA, L.: *Derecho Mercantil Internacional*. Tecnos. Madrid. 1993.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia: "La cooperación cautelar internacional en el Mercosur." En: *El Derecho procesal en el Mercosur. Libro de Ponencias*. U.N. Litoral. Santa Fe. 1997. ps.393-410.
- GRIGERA NAON, Horacio: "El arbitraje comercial en el Derecho argentino interno e internacional privado." *Revista de Derecho Mercantil*. N° 163. Madrid. Enero- marzo/1982.
- PALACIO, Lino E.: "Réquiem para el arbitraje". *El Derecho*. Buenos Aires. T° 154. P. 943.
- PIAGGI, Ana I. Coordinadora: *El arbitraje comercial internacional. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones Públicas. UNCITRAL y el futuro Derecho Comercial*. Depalma. Buenos Aires. 1994.
- PONIEMAN, Alejandro: "Perspectivas del arbitraje y la mediación en el siglo XXI." *Revista de Derecho del Mercosur*. Suplemento N° 1 - La Ley. Buenos Aires. Junio de 1998.
- PUCCI, Adriana N.: *Arbitraje en los países del Mercosur*. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1997.
- REY CARO, Ernesto: *La solución de controversias en los procesos de integración en América. El Mercosur*. Marcos Lerner Editora. Córdoba. 1998.
- SANTOS BELANDRO, Rubén: *Arbitraje Comercial Internacional*. Perezniето Editores. México. 1997.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: *La cooperación jurisdiccional internacional: instrumento para la integración jurídica regional*. Jornadas Uruguayas – Santafecinas. Libro de Ponencias. Santa Fe. 1997.

URIONDO DE MARTINOLI, Amalia: *Integración Regional. Derecho procesal internacional*. Advocatus. Córdoba. 1996.

VIEIRA, Manuel; OPERTTI, Didier: *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial. Cuadernos de Derecho Internacional Privado N°1. Convenciones de Panamá (1975)*. Fundación de Cultura universitaria. Montevideo. Uruguay. 1979.

WURCEL, Gabriela. *Arbitros para el bloque*. La Nación. Buenos Aires. 16/6/98.