

4. ACUERDO ARBITRAL.⁵⁷

4.1. Materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje

Los *Acuerdos del Mercosur* no determinan las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje, lo que llama la atención porque un instrumento elaborado para el proceso de integración, entre países que pertenecen a una misma familia jurídica, debió razonablemente uniformar esta cuestión, máxime cuando el ámbito material de los *Acuerdos* quedó limitado a las controversias derivadas de contratos comerciales internacionales.

Proponíamos antes de la aprobación de los *Acuerdos*, que podría lograrse una unificación entre los países del Mercosur, de las materias que no son susceptibles de ser resueltas

⁵⁷ Sobre acuerdo arbitral ver la excelente obra de ARTUCH IRIBERRI, Elena *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997.

a través del arbitraje. También sugerimos que en el caso de que no se lograra acuerdo sobre este punto, quedaba la posibilidad de que cada uno de los Estados declarara en un anexo aquellas materias que no son susceptibles de ser resueltas por arbitraje en su derecho, se comprometiera a no agregar otras y se contemplara algún mecanismo para limitar esas asimetrías en el futuro.⁵⁸

Las materias que no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje están determinadas por el derecho interno de cada uno de los países. De acuerdo a la *Convención de Nueva York*, se aplica el derecho del país donde se pide el reconocimiento o ejecución del laudo (art. V. 2. a) y la misma solución está prevista en la *Convención de Panamá* (art. 5. 2. a).

Los *Acuerdos del Mercosur* no indican la ley aplicable a la arbitrabilidad de la cuestión, incluso no incluyen este punto como causal autónoma de nulidad del laudo. Quedaría incluido en la previsión general del art. 22.2.a), que se refiere a la nulidad del acuerdo arbitral. Como la validez del acuerdo arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causal se rige por el derecho del Estado Parte sede del tribunal arbitral (art. 7.2.), debe considerarse que la materia debe ser susceptible de resolverse por arbitraje de acuerdo a la ley del Estado sede del arbitraje.

Pero debe aplicarse también la ley del Estado donde se pide el reconocimiento del laudo, por aplicación del art. 5.2.a) de la *Convención de Panamá* o del art. V. 2. a. la *Convención de Nueva York*.

En suma, las materias que no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje, no han quedado unificadas por los *Acuerdos del Mercosur*. Quedan sometidas acumulativamente a los derechos internos del país sede del arbitraje y del país donde se pide el reconocimiento del laudo arbitral.

4.2. Acuerdo arbitral y compromiso arbitral

El compromiso arbitral, como exigencia adicional y posterior a la cláusula compromisoria para que las partes queden obligadas a someterse al arbitraje está absolutamente erradicado en los *Acuerdos del Mercosur*. De hecho, ya los países del Mercosur y Asociados lo había eliminado, al menos en el arbitraje internacional, al ratificar la *Convención de Panamá*, o la *Convención de Nueva York*. Además la ley de Brasil 9.307 del 23 de septiembre de 1996⁵⁹ y la de Bolivia de 1997, dejaron de lado el compromiso arbitral. Subsiste aún para el arbitraje interno no institucional en Argentina (arts. 739 a 741 del *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, ley 17.454 de 1967, modificado por ley 22.434 de 1981).

Los *Acuerdos del Mercosur* ni siquiera mencionan el compromiso arbitral, se refieren únicamente al acuerdo arbitral, que denominan "convención arbitral"⁶⁰ y la definen como el "acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitra-

⁵⁸ GAMA e SOUZA Jr., *op. cit.*, págs. 373-409, esp. págs. 379-380 y nota 20.

⁵⁹ Llaman la atención que no se haya seguido la terminología de la *Ley Modelo de UNCITRAL*, que en su versión en español se refiere a "acuerdo arbitral".

⁵⁸ NOODT TAQUELA, "¿Cómo regular el arbitraje...", *op. cit.*, págs. 198-204, esp. págs. 202, base 7.

... todos o algunas con lo que se que hayan surgido o que
dan surgente en las relaciones contractuales.
Podría adoptar la forma de una cláusula compromisoria in-
cluida en un contrato o la de un acuerdo independiente"
(art. 2. e).

4.3. Capacidad para celebrar el acuerdo arbitral

La capacidad para celebrar un acuerdo arbitral se rige por la ley del domicilio de cada parte (art. 7.1.) Se manifiesta así el criterio que en materia de capacidad, siguen los sistemas de los cuatro países del Mercosur y Asociados.⁶¹

4.4. Forma y existencia del acuerdo arbitral. Documentos electrónicos

A. REQUISITOS FORMALES Y LEY APLICABLE

El acuerdo arbitral tiene que otorgarse por escrito (art. 6.1), tiene que ser claramente legible y estar ubicado en un lugar razonablemente destacado (art. 4. 2). El acuerdo arbitral puede resultar del intercambio de cartas o de telegramas con recepción confirmada. Si las comunicaciones entre las partes se realizan por fax, correo electrónico o medios

⁶¹ FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia y NOOD TTAQUELA, María Blanca "Circulación de personas físicas y capacidad para contratar en el Mercosur. Importancia de la residencia habitual" en *Libro homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 1999, en prensa.

... equivalentes, ~~deben ser confirmadas por documento original~~ (art. 6.3).

Sin embargo, aunque no se cumplan las exigencias del art. 6.3, el acuerdo arbitral será válido si reúne los requisitos formales de la ley del lugar de celebración — que es el Estado en el que se recibe la aceptación (art. 6.4) o de la ley de cualquiera de los Estados con los cuales el contrato tenga contacto los objetivos jurídicos o económicos (art. 6.5).

B. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y CONFIRMACIÓN EN SOPORTE PAPEL

En primer lugar es importante destacar la novedad de la regulación de la contratación por documentos electrónicos en un tratado sobre arbitraje. El art. 6.3. se refiere solamente al correo electrónico, pero queda incluida toda la contratación electrónica al hacer mención a los "medios equivalentes". A diferencia de la *Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico* de 1996 y de los trabajos elaborados por UNCITRAL sobre la materia, que se basan en la autenticación del documento electrónico, los *Acuerdos del Mercosur aceptan el documento electrónico*, pero requieren el soporte papel para la confirmación de la contratación electrónica. Esta confirmación por el llamado "documento original"⁶² implica una limitación a la contratación electrónica, condenándola a la posterior utilización del papel y al envío por correo postal.

Sin embargo, la norma material del art. 6.3 de los *Acuerdos del Mercosur*, está subordinada a los derechos internos de

⁶² Estrictamente el "original" sería el documento electrónico y lo que se denomina en el art. 6.3. "documento original" es en realidad, un documento en soporte papel.

Los distintos países a los que remite la norma de conflicto del art. 6.5, ya que el art. 6.3, dice "sin perjuicio de lo establecido en el numeral cinco". A diferencia de lo que sucede normalmente en un texto que unifica normas materiales, la técnica utilizada en los *Acuerdos del Mercosur* es diferente. No deja a la norma de conflicto (art. 6.5) el lugar subsidiario no cubierto por las normas materiales unificadas, sino que coloca a la norma de conflicto —que remite alternativamente a varios derechos— por encima de la norma material.

Esto significa que la exigencia de la "confirmación por documento original" desaparece en la práctica, pues basta que el derecho de alguno de los Estados con los cuales está concluido el contrato, no requiera tal confirmación para que el acuerdo arbitral sea válido.

Lo que es evidente es que no se logró una mínima unificación de las normas materiales sobre arbitraje en la región, ya que la remisión a los derechos nacionales (art. 6.5) funciona incluso para aspectos como la validez formal del acuerdo arbitral que parecen regulados por una norma material (art. 6.3).

c. PERFECCIONAMIENTO: MOMENTO Y LUGAR

El acuerdo arbitral se considera perfeccionado en el momento en que se recibe la aceptación por el medio elegido, confirmado por el documento original (art. 6.4). Interpretamos que el consentimiento existe desde el momento en que se recibe el fax o el documento electrónico (teoría de la recepción), independientemente de que luego se reciba el documento original. Si fuera importante determinar la fecha exacta en que existe consentimiento respecto del acuerdo arbitral —lo que normalmente no sucede en la práctica—, quizás podría haber

dificultades probatorias para determinar la fecha exacta de la recepción por vía electrónica. De cualquier modo, esto no traerá mayores problemas en la práctica.

El perfeccionamiento del acuerdo arbitral se considera producido en el Estado en que se recibe la aceptación. Esta precisión se efectúa porque la validez formal se rige por la ley del lugar de celebración (art. 6.2), aunque también se aplican alternativamente las leyes de cualquiera de los Estados con los cuales el contrato tenga contactos objetivos jurídicos o económicos (art. 6.5).

Pensamos que no era necesario recurrir a la ficción de determinar un lugar de celebración del acuerdo arbitral, como lo hace el art. 6.4, porque en realidad en estas modalidades de contratación llamadas a distancia o entre ausentes, por sus propias características, no existe un sólo lugar de celebración. Creemos que podría haberse utilizado otro punto de conexión que no exigiera esta ficción de determinar el lugar de celebración. Por ejemplo, se podría haber regido la validez formal del acuerdo arbitral, en forma alternativa, por las leyes de los Estados donde se encuentran las partes al momento en que cursan sus comunicaciones de oferta y aceptación, que es sustancialmente el viejo sistema seguido por el art. 1181 del *Código Civil argentino*, que sigue resultando útil.⁶⁹

Hay que señalar que el sistema utilizado para determinar el perfeccionamiento de los contratos entre ausentes en el art.

⁶⁹ El art. 1181 del *Código Civil argentino* dispone: "La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agen-

42 del *Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940*, vigente entre Argentina, Paraguay y Uruguay, se manifiene en los *Acuerdos del Mercosur*. El art. 42 establece: "La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario se rigen por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada". El lugar donde se recibe la aceptación (art. 6.4 de los *Acuerdos del Mercosur*), es normalmente el lugar del cual paró la oferta aceptada (art. 42 del *Tratado de Montevideo de 1940*).

En suma, la validez formal del acuerdo arbitral se rige en forma alternativa por el derecho más favorable a la validez, entre el del lugar de celebración del acuerdo arbitral —entendido este como el lugar donde se recibe la aceptación de la oferta— y el derecho de cualquiera de los países con los que el contrato tenga contactos objetivos (art. 6.5.), jurídicos o económicos. (art. 3.b). Estas leyes son aplicables incluso a los requisitos de existencia del acuerdo arbitral realizado por correo, fax o medios electrónicos, a pesar de que el punto esté regulado en el art. 6.3 de los *Acuerdos del Mercosur*. En cambio, las leyes aplicables según las normas de conflicto no desplazan las normas materiales que exigen la forma escrita (art. 6.1) ni pueden dejar de lado los recaudos sustanciales del art. 4.

4.5. Validez intrínseca del acuerdo arbitral

A. TRATAMIENTO NO ABUSIVO

Con relación a la validez intrínseca del acuerdo arbitral, los *Acuerdos del Mercosur* exigen, a través de una norma mate-

tes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato".

rial, que el acuerdo arbitral de un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión y que sea pactado de buena fe (art. 4).⁶⁴

Con relación a esta norma, que no aparece en la *Ley Modelo de UNCITRAL*, hay que tener en mira que los contratos con parte débil, por ejemplo los contratos de transporte, de seguros, con consumidores, no están excluidos en forma expresa del ámbito de aplicación, ni regulados en forma especial en los *Acuerdos del Mercosur*. En algunos casos, la materia puede no ser susceptible de ser sometida a arbitraje, de acuerdo al derecho de los países involucrados en el caso, en particular el país sede del arbitraje, o eventualmente el país donde se pida el reconocimiento del laudo arbitral.

La sola circunstancia de que el acuerdo arbitral integre un contrato con cláusulas predisuestas, no significa que el acuerdo sea abusivo. Las condiciones generales de contratación tampoco significan por sí mismas que los acuerdos incluídos en ellas sean abusivos.

Suponiendo que la materia pueda ser sometida a arbitraje, podría discutirse la existencia misma del consentimiento y considerarse que no existe acuerdo arbitral.⁶⁵

⁶⁴ Ya el *Protocolo de Buenos Aires* había establecido la invalidez de los acuerdos otorgados en forma abusiva. (art. 4).

⁶⁵ FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia "La Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 1958: análisis de la jurisprudencia uruguaya". Conferencia pronunciada en la Universidad de Buenos Aires, el 30 de mayo de 1998 y en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, n.º 3, abril de 1999, págs. 141 a 157.

Los contratos de adhesión cuando no existe posibilidad de que una de las partes discuta la cláusula compromisoria ¿pueden ser considerados un supuesto de acuerdo abusivo?

Algunos autores consideran que estrictamente sería abusivo el acuerdo arbitral que imponga condiciones imposibles para acceder al proceso arbitral o de muy difícil acceso para la parte débil, por lo que no toda cláusula compromisoria incluida en contratos celebrados por adhesión sería abusiva.

B. LEY APLICABLE A LA VALIDEZ INTRÍNSECA DEL ACUERDO ARBITRAL

(1) ¿Autonomía de la voluntad?

La ley aplicable a la validez intrínseca del acuerdo arbitral es la del *Estado Parte* sede del tribunal arbitral (*sic*) (art. 7.2. del *Acuerdo del Mercosur*) y la de la *Parte Signataria* sede del tribunal arbitral (art. 7.2 del *Acuerdo entre el Mercosur, Bolivia y Chile*).

Este sometimiento inexorable a la ley del país sede del arbitraje, parecería dejar de lado la ley elegida por las partes, lo que llama mucho la atención, pues todos los instrumentos sobre arbitraje internacional contemplan la autonomía de la voluntad para regir la validez del acuerdo arbitral y sólo en ausencia de elección de las partes, remiten a la ley del país sede del arbitraje.⁶⁶

Sucede que las partes pueden elegir libremente la sede del arbitraje entre los Estados Parte (art. 13), con lo cual eli-

gen también la ley aplicable a la validez intrínseca del acuerdo arbitral. Por eso pienso que hay que interpretar que las partes pueden elegir directamente la ley aplicable. Además me inclino a pensar que la falta de mención a la ley elegida por las partes obedece a una inadvertencia, producto más de la premura con que se elaboraron los *Acuerdos*, que a una decisión deliberada de los negociadores.

(2) ¿Ley del Estado Parte sede del arbitraje?

La norma de conflicto del art. 7.2 presenta otro problema: si la ley aplicable es la del *Estado Parte (sic)* sede del tribunal arbitral ¿cuál es la ley aplicable a la validez intrínseca del acuerdo arbitral si la sede del arbitraje está situada en un país que no es Estado Parte?

Los *Acuerdos del Mercosur* son aplicables en varios supuestos en que la sede del arbitraje se encuentra en terceros países (art. 3 a), b) y d). Si la sede no se encuentra en un Estado Parte, ¿la ley de ese Estado es aplicable a la validez intrínseca del acuerdo arbitral, cuando el art. 7.2 se refiere al Estado Parte sede del tribunal arbitral? Hay aquí una inconsistencia, probablemente debido a que el ámbito de aplicación del art. 3 se amplió a último momento, quizás sin revisar detenidamente la incidencia que podría tener sobre otras normas.

Razonablemente, hay que interpretar que la ley del Estado sede del arbitraje rige la validez intrínseca del acuerdo arbitral, sea o no un Estado Parte. Una interpretación literal nos llevaría a decir que los *Acuerdos del Mercosur* no han determinado la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral cuando la sede del arbitraje se encuentra en un tercer Estado. La laguna debería ser cubierta en primer lugar con las normas

⁶⁶ *Eg. Modelo de UNCITRAL* (arts. 34 y 36); *Convención de Nueva York* (art. V.1. a); *Convención de Panamá* (art. 5.1. a).

de la *Convención de Panamá* y subsidiariamente con las de la *Ley Modelo de UNCITRAL* (art. 25.3, preámbulo y art. 23 de los *Acuerdos del Mercosur*). Cualquiera de estos instrumentos rigen la validez del acuerdo arbitral por la ley elegida por la partes y en subsidio por la ley del Estado sede del arbitraje, (arts. 5.1.a y arts.). Concluimos entonces, que el art. 7.2 de los *Acuerdos del Mercosur* debe ser interpretado del siguiente modo:

La validez del acuerdo arbitral se rige por la ley elegida por la partes y en subsidio por la ley del Estado sede del arbitraje, sea o no un Estado Parte.

4.6. Autonomía del acuerdo arbitral

Siguiendo la norma del art. 16.1, parte final, de la *Ley Modelo de UNCITRAL*, aunque con menos precisión, los *Acuerdos del Mercosur* establecen la autonomía del acuerdo arbitral con respecto del contrato al cual se refiere y disponen que la inexistencia o invalidez del contrato no implica la nulidad de la convención arbitral (art 5).

Claro está que en algunos supuestos la inexistencia o nulidad del contrato implicará también la nulidad del acuerdo arbitral que forme parte del contrato, por ejemplo si la nulidad está basada en la ausencia de consentimiento o en la incapacidad de una de las partes. Por eso, la fórmula de la *Ley Modelo* es más correcta al decir "no entrará a *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria". De cualquier modo, no cabe una interpretación distinta en los *Acuerdos del Mercosur*.

La importancia de otorgar carácter autónomo al acuerdo arbitral es que permite que los árbitros resuelvan las cuestio-

nes que se planteen respecto de la nulidad del contrato, sin que necesariamente se vea cuestionada la competencia del tribunal arbitral por invalidez de la cláusula compromisoria. La doctrina de los países del Mercosur reconoce la autonomía del acuerdo arbitral y existen incluso casos jurisprudenciales.⁶⁷

⁶⁷ Argentina, Cámara Nacional en lo Comercial, sala E, 26 de septiembre de 1988 "Welbers, S.A., Enrique G. c/ Extraktionstechnik Gesellschaft fur Anlagenbau M.B.M.", en *Revista La Ley*, Buenos Aires, tomo 1989-E, págs. 302-307, con comentario de Antonio Boggiano.

