

**EL ARBITRAJE EN EL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Y EN EL MERCOSUR**

(con especial referencia a los Acuerdos de Arbitraje
del 23 de julio de 1998)

*Jorge R. Albornoz**

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos hemos limitado a la consideración del tratamiento dado al arbitraje internacional en litigios de los que son partes las personas físicas o jurídicas de derecho privado, con especial referencia a los acuerdos suscriptos en 1998 por los países miembros del Mercosur, y por éstos conjuntamente con Chile y Bolivia. En virtud de que constituyen el texto normativo más nuevo y a la vez de mayor volumen, entendemos imprescindible adentrarnos en la regulación que proponen, por lo menos en aquellas cuestiones que consideramos de mayor trascendencia, efectuando algunas comparaciones con otros tratados y analizando bondades y defectos de la regulación a la que se ha arribado, según nuestra opinión.

(*) Profesor Titular Ordinario de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Teniendo en cuenta que este tipo de eventos además de reunir a destacados especialistas, concita la atención de estudiantes y graduados que en algún caso podrían no estar muy familiarizados con los temas abordados, hemos preferido incluir—aunque en dosis mínimas—la mención de conceptos o ideas básicas, aun a riesgo de excesiva simplificación, con la esperanza de que sean útiles a dichos destinatarios.

Como es sabido, los países del Mercosur han elaborado dos tratados sobre arbitraje internacional: el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, del 23 de julio de 1998¹ y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile². Ambos acuerdos (a los que adujeremos como "Acuerdos del Mercosur" o "Acuerdos Mercosur") son prácticamente idénticos con la diferencia de que en uno de ellos son parte, además de los Estados del Mercosur, Bolivia y Chile.

Estos tratados, incluyen normas sobre el acuerdo arbitral (arts. 4-8), el procedimiento (arts. 11-25), el laudo arbitral y los recursos contra éste (arts. 20-22) y el derecho aplicable por los árbitros al fondo de la controversia (arts. 9-10). No se han incluido, en cambio, normas sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros, cuestión en la que se ha preferido efectuar una remisión expresa a otros instrumentos convencionales.

Contienen también normas destinadas a delimitar sus ámbitos de aplicación material (arts. 1 y 3-1) y espacial (art. 3). Traen definiciones (art. 2), indican las fuentes normativas aplicables en subsidio (art. 25-3), regulan el modo de entrada en vigencia (art. 26-1) y la relación con otras convenciones (art. 26-2).

1.1. ARBITRAJE DE DERECHO PRIVADO

El arbitraje como modo de resolver conflictos de derecho privado posee como característica distintiva la presencia de un tercero juzgador, sujeto no dependiente de ninguna organización jurisdiccional oficial³.

Entre los autores dedicados al Derecho procesal, suele hacerse hincapié en la interacción, además de las dos partes en conflicto, de ese tercer sujeto imparcial como juzgador privado⁴, participando todos en un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares⁵.

Esquemáticamente se presenta entonces como una relación jurídica triangular⁶ en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, sujeto que centraliza las invocaciones y pretensiones de las partes que lo han elegido, unido de potestad decisoria y dotado de las herramientas necesarias para conocer acabadamente el caso planteado y sentenciar conforme a su idoneidad.

Supone entonces una controversia, (un conflicto de intereses) entre partes que recurren a la decisión de un tercero, a quien le dan el carácter de juez para que resuelva el litigio⁷, posibilidad existente en tanto es admitida por los ordenamientos estatales como una alternativa a la jurisdicción oficial, tanto en el orden interno como en el internacional.

(3) BARRIOS DE ÁNGELIS, D., en "*El proceso civil, comercial y penal en América Latina*", Depalca, Bs. As., 1989, p. 365, habla de la "entidad privada del tercero juzgador", señalando que en su criterio es esa la nota distintiva del proceso arbitral (aludiéndolo como "proceso" por compartir con el proceso jurisdiccional las condiciones de "sumisión" y "fuerzas necesarias"), sin por ello dejar de lado otras características implícitas, como la formación del proceso por acuerdo de partes, la elección del juzgador, el sometimiento expreso, la libertad de formas, la naturaleza privada del procedimiento.

(4) BRISEÑO SIERRA, H., "*El arbitraje comercial*", ed. Lumasa, México, 1979, p. 7.

(5) BRISEÑO SIERRA, H., *op. cit.*, p. 12.

(6) BRISEÑO SIERRA, H., *op. cit.*, p. 12 y ss.

(7) UZAL, María Elsa en su obra "*Solución de controversias en el comercio internacional*", ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1992, p. 52, citando a CITHAÓN MTDINA, J.M., y MIERINO MERCHANT, J.F. en su "*Tratado de arbitraje privado interno e internacio-*

(1) CMA/C/Dec. N° 3/98.

(2) CMC/Dec. N° 4/98.

El conflicto, en el arbitraje, es dirimido por un tribunal privado, mediante el dictado de una sentencia o laudo, que tiene carácter vinculante. En cada caso, el origen de la posibilidad de llegar a un arbitraje se encuentra en un *acuerdo de voluntades* mediante el cual dos o más partes en una relación jurídica, contractual o no, pactan someter determinadas cuestiones litigiosas, presentes o futuras, a la resolución de árbitros en lugar de acudir a jueces ordinarios⁸. Una vez pactado el sometimiento a arbitraje la jurisdicción pasa, por el acuerdo de las partes, a individuos particulares escogidos para cumplir la función de jueces⁹.

III. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE DERECHO PRIVADO

Dejando de lado el arbitraje como medio de solucionar diferendos entre Estados, el arbitraje entre particulares es "internacional" cuando está referido a *controversias objetivamente internacionales*. La relación jurídica que genera esa controversia debe ser internacional por su vinculación gravitante con más de un sistema jurídico nacional¹⁰. Ello excluye la posibilidad de internacionalización de una controversia cuyos elementos esenciales se encuentran íntegramente radicados en el ámbito de un territorio jurídico nacional, mediante la inclusión de un cláusula compromisoria y/o

⁸ Civitas, Madrid, 1978, p. 50, consigna que la elección realizada por las partes está basada en la confianza que el árbitro les merece por su rectitud e imparcialidad. Creenos que son factores muy importantes que deben complementarse con la idoneidad en el tema motivo de la disputa, especialmente cuando la cuestión debatida posee características que escapan al conocimiento global estandarizado que del derecho común tienen los jueces oficiales.

(8) CAIVANO, Roque J., "Recursos en el arbitraje", en Revista de Derecho Procesal, N.º 2, "Medios de impugnación - I", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, marzo 1999, pp. 271-330.

(9) CAIVANO, Roque J., *op. cit.*, p. 272.

(10) Sobre la "objetividad" de la internacionalidad de los casos, nos manejamos con lo expuesto por Antonio BOGGIANO en su "Derecho Internacional Privado", Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 3-4.

la formalización de un compromiso acordando el sometimiento de la eventual, o ya actual controversia suscitada entre las partes, a árbitros que actúen fuera del país y/o que resuelvan el caso como internacional.

El arbitraje se encuentra difundido entre los operadores del derecho privado patrimonial como una herramienta de satisfactorios resultados para poner fin a disputas respecto de las cuales se considera conveniente no someterse al conocimiento y decisión de los tribunales estatales.

Dejando de lado el arripante tema de la naturaleza jurídica del arbitraje, cabe sin embargo decir que -como suele suceder- existen razones de peso en la argumentación en que se apoyan las diversas posiciones teóricas orientadas hacia tesis contractualistas, procesalistas, mixtas o puramente "arbitrales"¹¹. Es quizás uno de los máximos, el relativo a la "naturaleza jurídica", en donde más se verifica la adhesión del lector hacia cada una de las doctrinas expuestas por los distintos estudiosos del tema, a medida que va conociendo sus argumentos. Creemos adecuado a la finalidad de este relato, señalar que estamos ante una figura jurídica multifacética de mayor complejidad de la que desprevenidamente podríamos atribuirle, y que posee una historia con desarrollo cambiante y características disímiles en los distintos ámbitos nacionales y regionales en los que ha ido apareciendo y evolucionando.

Una mirada de conjunto, atendiendo a las características más notables y constitutivas de una imagen propia del instituto, permite emitir un juicio positivo sobre la utilidad y justicia intrínseca de este modo de resolución de conflictos, cuestión que va más allá de la discusión acerca de su naturaleza jurídica, sin perjuicio de que lleguemos a evidenciar influencias o preferencias implícitas -o no tan implícitas- por alguna línea de opinión en particular.

Lo cierto es que, según nos parece, hay en el arbitraje esenciales elementos genéticos de tipo sustancial, que permiten tenerlo como un *contra-*

(11) ARTUCHI, Elena, "El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional", Eurolex, Madrid, 1997, pp. 41 y ss, esp. p.45.

to que si bien producirá efectos procesales (lo que de por sí le otorga unas características diferenciales muy especiales respecto de cualquier otro contrato del derecho privado) tiene por fin último un resultado sustancial. Vemos al arbitraje, aun teniendo importantes componentes procesales, más ligado, más cercano a la efectiva realización de soluciones justas y organizadoras de las relaciones patrimoniales que caracteriza a esta última. La idea de conflicto insoluble, de "crack", de batalla sangrienta aparece casi siempre más diluida, mucho menos traumática. Lo procesal en el arbitraje es más contingente, cambiante y maleable. Puede incluso estar presente sólo mediante principios esenciales como el de la debida defensa, sin haberse dado paso alguno, ajustado a las normas procesales de ningún ordenamiento jurídico nacional o convencional¹².

III. ARBITRAJE Y PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

La posibilidad de pactar un arbitraje es una muestra más del reconocimiento oficial de la potestad de autorregulación que se otorga a los particulares en sus relaciones patrimoniales. La libertad de contratar, de crear negocios, se complementa con la libertad de acordar que cualquier desavenencia entre las partes, derivada de tales negocios, sea eliminada —fictici-

(12) Esquedo a Miguel Ángel CIURO CALDANI en su obra "*Tos contratos, conexor en la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado*" (Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1979, pp. 94-95) cuando habla de la necesidad de reconocer que en el derecho positivo contractual argentino hay carencias históricas por "novedad" de los problemas, pero que en definitiva hay que producir carencias dialécticas rechazando las normatividades de las que surjan respuestas injustas, como podrían ser las de los Tratados de Montevideo (no así la normatividad de fuente interna que, según la opinión del autor — que compartimos— es en general mínimamente aprovechable), al reflexionar sobre la conveniencia de optar —en cuanto al fondo de los contratos— por una *referencia orientada* al Derecho más vinculado al caso y agregar una norma según la cual los jueces puedan elegir y adaptar las normas provenientes de los derechos que resulten más adecuados para realizar la justicia en el caso concreto, vemos con claridad que lo que quizás requiere melancósa justificación desde el ángulo de la jurisdiccional oficial, resulta mucho más sencillo de explicar y aceptar por el peso propio de la práctica arbitral escusa de abaratas que nosotras los verdaderos "árbitros" hacia la justicia del caso que en cada supuesto los árbitros están en condiciones de transferir

mente —del modo en que ellas mismas lo decidan y ante quien ellas mismas elijan y decidan de jurisdicción. Y si la jurisdicción como atributo propio de la soberanía de cada Estado para resolver conflictos por intermedio de sus órganos judiciales, es dejada en manos de los individuos privados para que voluntariamente se sometan a dichos órganos o los excluyan mediante un acuerdo específico, el arbitraje se presenta como un signo de privatización de la justicia, perseguida (la justicia, no su privatización) como fin último para superar la crisis de la relación de base¹³.

Sin embargo, no debemos perder de vista que tal privatización no es completa y total; no se trata de un servicio de justicia autogestionado que pueda prescindir de la existencia de los sistemas jurídicos oficiales con sus regulaciones normativas y sus aparatos jurisdiccionales. Si existe la posibilidad de acordar arbitrajes es porque los derechos materiales lo permiten y dentro de los límites que éstos marcan. Así por ejemplo, no es arbitrable cualquier controversia, sino aquellas para las cuales este medio alternativo está autorizado.

Así también el desarrollo del proceso arbitral requiere muchas veces del auxilio de los sistemas jurídicos nacionales, por ejemplo, en lo relativo a la adopción de medidas cautelares. El fallo arbitral resistido es sometido a la revisión de algún sistema nacional que analizará cuestiones procesales y sustanciales, tanto en lo que refiere al ajuste del procedimiento arbitral a los principios básicos de los que se nutre el procedimiento oficial, cuanto al respeto de las normas imperativas para casos internacionales, los principios estructurales de derecho sustancial del sistema del foro y el cumplimiento esencial de lo estipulado por las partes en el acuerdo arbitral.

Aun en los casos que medientemente pueden verse, de laudos cuya fundamentación prescindiente del apoyo expreso en algún sistema jurídico ofi-

(13) CIURO CALDANI, Miguel A., *op. cit.*, pp. 70-71, habla del debilitamiento de la interrelatividad y la reducción de la consideración de las "distancias" culturales, como un proceso en el que disminuye la tensión y ganan las relaciones privatistas. El Derecho internacional privado —dice el autor— se hace más "*Derecho privado*" mostrando áreas complementarias de *Derecho privado unificado* y de ejercicio de la "*autonomía material*" de las partes, como asimismo de la complementación de la labor jurisdiccional de los jueces por la de los árbitros, que expresan otro sentido de la "privatización" de la materia.

cial, subsiste la dependencia de normas internas o convencionales. Ello así, por más que los laudos se basen en alusiones a pautas regulatorias más o menos estrictas, como los usos, las prácticas internacionales o la *lex mercatoria*, puesto que en cualquier caso el apoyo jurídico subyacente se encuentra, por lo menos, en principios compatibles con normativas internas o convencionales que, a la hora de revisar los laudos, permiten (por compatibilidad y tolerancia) la oficialización de las soluciones arbitrales.

Hay de todas maneras una imagen de "justicia paralela" que constituye quizás la más importante de las características positivas que presenta el arbitraje y que explica, sin demasiados arbores, el porqué de su existencia, su generalización en el panorama mundial y las evoluciones que ha ido presentando.

Podemos preguntarnos por qué, si está atado a los sistemas oficiales, ha logrado originarse en alternativa tentadora para quienes lo utilizan. Creemos que el meollo de la cuestión pasa por razones muy simples, pragmáticas, que son las que frecuentemente suelen mover las decisiones en todos los órdenes. Y esas razones están vinculadas, primordialmente a las insuficiencias y falencias de los sistemas judiciales nacionales, desde las referidas a la lentitud y costo de los procesos -lentos de trabas en el acceso y desdoblamiento- hasta la falta de especialización en los tribunales y las dudas en cuanto a su imparcialidad.

Y si bien la aparición y crecimiento del arbitraje se vincula con las necesidades del comercio internacional, las cualidades intrínsecas de este tipo de justicia privada pueden llevarnos incluso a pensarla como positiva y útil en terrenos que exceden lo meramente patrimonial.

De todos modos si bien hay un cúmulo de factores que convergen en la generalización del empleo del arbitraje, resulta por lo menos llamativo que en los países del sur de América no se lo utilice con demasiada frecuencia, siendo poco conocido y hasta mirado con cierta desconfianza¹⁴. Ello, pese a que somos países con altos niveles de ineficiencia en los sistemas judi-

(14) Así lo destaca Leonel PEREZ-NILETO CASTRO en la Presentación, a su cargo, del libro de Rubén B. SANTOS BELANDRO, "Arbitraje Comercial Internacional", 2ª edición, Perrenneco Editores, México, 1997, p. xxxi.

ciales, lo cual constituye sin dudas un factor que favorece la búsqueda de una salida como la arbitral¹⁵.

II. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LOS TRATADOS DEL MERCOSUR

Según ha quedado dicho, los países del Mercosur han aprobado dos tratados sobre arbitraje internacional: el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, suscripto en Buenos Aires el 23 de julio de 1998 y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile.

Tal como lo señala María Blanca Noodt Taquella, a quien seguimos en este panorama descriptivo¹⁶, existen ya varios instrumentos elaborados por el Mercosur referidos a la solución de controversias, que no

(15) Probablemente esa ineficiencia que como característica general presentan los servicios de justicia, tenga relación con la ineficiencia que predomina en varios sectores y aspectos de la vida de los países no desarrollados. Así la Argentina es, en nuestra opinión, un claro ejemplo de mal funcionamiento de los servicios de justicia, salud y educación, con gravísimo deterioro de la ética pública y la moral social, en donde lo que de espíritu (tore la política aparece mezclado con los intereses de los sectores económicos predominantes cuya actividad, en connivencia con el poder público, viene produciendo un irrefrenable proceso de acumulación de la riqueza en manos de unos pocos con la consecuente disminución del nivel de vida en cada vez mayor cantidad de habitantes. Ahora bien, el arbitraje es un instrumento del que se valen los poderosos del comercio mundial pero no por ello deja de ser esencialmente útil para quienes transitan por los ámbitos comerciales intentando con la dute del trabajo y del esfuerzo, instalarse en un escenario difícil, complejo y hostil, que exige cada vez mayor preparación. Bien utilizado, el arbitraje posee todas las posibilidades de convertirse en un eficaz apoyo al pequeño y mediano exportador-importador ganándole que, ante una eventual controversia, podrá aceptar sin demasiadas complicaciones a una solución rápida y justa. Hoy por hoy el arbitraje se presenta como un decisivo factor conduyente frente a los sistemas de justicia que dificultan o directamente paralizan los intercambios de bienes y servicios. Y si con el arbitraje se logra un amplio canal de acceso hacia una "justicia-justa" (por rapidez, seguridad, menor costo, especialización, efectividad) no vemos por qué no propiciar la extensión de la posibilidad de su uso a mayores ámbitos dentro del derecho patrimonial, y hasta no patrimonial, en tanto siempre estará presente la posibilidad de evitación ante los tribunales oficiales.

(16) NOODT TAQUELLA, María Blanca. "La aplicación de los acuerdos de arbitraje del Mercosur", transcripción de la conferencia pronunciada en el Panel sobre Sistemas para la Solución de Controversias en el Mercosur, 1er. Congreso de Integración Económica y Régimen Jurídico del Mercosur, Bs. As., 30 de noviembre de 1998.

tratan el arbitraje entre particulares. El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, firmado el 17 de diciembre de 1991 (CMC. Dec. 1/91) y su Reglamento, aprobado el 10 de diciembre de 1998 (CMC. Dec. 17/98), el Anexo sobre Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, contenido en el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994, y la Directiva sobre el Mecanismo de Consulatas en la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM.Dir.6/96, del 19 de junio de 1996), que regulan las controversias entre Estados parte del Mercosur y la reclamaciones de los particulares contra dichos Estados.

En el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur suscripto en Colonia del Sacramento el 17 de enero de 1994 (CMC. Dec. 11/93) y en el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no parte del Mercosur firmado en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994 (CMC. Dec. 11/94), hay normas sobre arbitraje, aunque son para su puesto en que la controversia se plantea entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, no comprendiendo entonces arbitrajes entre dos particulares.

Fan lo relativo a las controversias entre particulares, con anterioridad a 1998, encontramos normas sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, que se aplican al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrados extranjeros en los arts. 18 a 26 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto en Las Lajas, Argentina, el 27 de junio de 1992 (CMC. Dec. Nº 5/92).

Por otra parte, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, suscripto el 5 de agosto de 1994 (ratificado por Argentina, Brasil y Paraguay) otorga validez a los acuerdos arbitrales (art. 4, 2º párrafo)¹⁷.

(17) Podría decirse que la norma del art. 4, 2º párrafo del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional Contractual es de tipo material. Sin embargo creemos que

Aplicable a los cuatro países del Mercosur, aunque generada en el más amplio ámbito de la Organización de Estados Americanos, tenemos la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975, en el marco de la CIDIP I¹⁸.

La más importante a nivel mundial en esta materia, es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscripta en Nueva York, el 10 de junio de 1958, de la que son parte unos 120 países. Esta Convención ha sido ratificada por Argentina, Paraguay, Uruguay, Bolivia y Chile. No así por Brasil, que a la vez es el único país del Mercosur y Asociados que ha ratificado el Protocolo relativo a las Cláusulas de Arbitraje firmado en Ginebra el 24 de septiembre de 1923¹⁹.

debe interpretarse en el contexto en el que se encuentra, es decir dentro de una norma de jurisdicción internacional que establece la competencia de los tribunales elegidos por las partes o de los árbitros que las mismas nombraren, estando ese acuerdo —tanto en lo relativo a la elección de jueces arbitrales como de árbitros—, sancionado en cuanto a su validez y efectos, a las leyes de los Estados parte, cuyos jueces que tendrán jurisdicción de conformidad con el Protocolo y si no existiese dicho acuerdo. En tal sentido, interpretamos también que a la expresión "arbitral" se le aplica igualmente el art. 5 con sus tres párrafos y el art. 6 de dicho Protocolo. En cuanto al régimen general del Protocolo, véase CALJADAMI, M.A., "El Protocolo internacional privado ante los procesos de integración... Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur", I Indagación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, p. 95. El autor señala que el Protocolo contiene un complejo de soluciones acordadas con las necesidades del mercado integrado, cuya idea básica es la autonomía de las partes, indistinta con relativa amplitud para encaminada con una imparcialidad limitada, siendo amplias las posibilidades jurisdiccionales subsistencias.

(18) Cabe destacar que Chile es también parte en esta Convención y supuestamente punto lo será. Bolivia, puesto que su Ley de arbitraje y conciliación Nº 1770 del 10/3/97 (art. 72) remite expresamente a la mencionada Convención de Panamá.

(19) Este Protocolo quedará suscripto por la Convención de Nueva York cuando Brasil adhiera a ella. Al respecto el art. VIII, 2.º de la Convención de Nueva York de 1958 establece que tanto el Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje, como la Convención de Ginebra de 1927 sobre la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras deberán de surtir efectos para cada Estado contratante a partir del momento y en la medida en que "la presente Convención" vaya teniendo fuerza obligatoria para cada uno de ellos.

Se ha observado que aun cuando la Convención de Nueva York se encuentre vigente en los cuatro países del Mercosur, ella tiene carácter subsidiario con relación a otras convenciones sobre arbitraje que resulten más favorables (art. VII.1) por lo que hasta que entren en vigencia los Acuerdos de Arbitraje del Mercosur, la Convención de Panamá debe ser considerada como el instrumento base en lo que se refiere al arbitraje comercial internacional entre particulares en el ámbito del Mercosur²⁰.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, la Convención de Panamá debería complementarse, dentro del Mercosur, con el Protocolo de Las Leñas de 1992, en virtud de lo que establece el art. 4 de dicha Convención²¹. Pero mientras Uruguay no haya ratificado el Protocolo de Las Leñas²², debe aplicarse la CIDIP II sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 1979) ratificada por los cuatro países del Mercosur (entre otros Estados de la OEA)²³.

Como estamos viendo, las normas sobre arbitraje de fuente internacional vigentes en los países del Mercosur son numerosas y con diferentes alcances. Este tipo de situaciones enmarcadas dentro del fenómeno de "in-

(20) NOODI TAQUELLA, María Blanca, *op. cit.* nota 16.

(21) El art. 4 dispone: "Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales".

(22) Que ya ha aprobado por Ley 16971, del 9 de junio de 1998.

(23) Según lo señala NOODI TAQUELLA (*op. cit.*), la aplicabilidad de estas convenciones en el ámbito del Mercosur fue puesta de manifiesto por la Sección Argentina de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC-OEA), en la 1ª Reunión Regional de los Países del Mercosur de la CIAC-OEA, celebrada en Buenos Aires el 25 de abril de 1997, y apoyada por los delegados de los demás países de la región. Así lo han entendido también los órganos del Mercosur al remitir a la Convención de Panamá en el texto de los Acuerdos de Arbitraje (arts. 12.2.b., 23 y 25.3) y mencionarla también expresamente en el Preámbulo.

flación convencional" no parecen, *ab-initio*, brindar un marco de gran seriedad en el sector social cuyas conductas se procura abarcar. Y quizás por eso es que nos preguntamos qué ocurrirá si los Acuerdos del Mercosur llegan a ser ratificados y entrar en vigencia. ¿Se verán beneficiados los operadores del comercio internacional o estaremos ante un elemento que traerá confusión y, por ende, desconfianza respecto de los beneficios del arbitraje en aquellos a quienes precisamente se quiere convencer de tales beneficios?

Suponiendo una próxima entrada en vigencia de estos Convenios sobre arbitraje de 1998 vemos ahora sus diferentes ámbitos de aplicación y su relación con otras convenciones.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LOS "ACUERDOS MERCOSUR"

III.1. CONTRACTUALIDAD Y COMERCIALIDAD

Los "Acuerdos Mercosur" tienen un ámbito de aplicación más reducido que el de otros tratados, ya que refieren solamente al arbitraje derivado de controversias surgidas de *contratos comerciales internacionales* entre personas físicas o jurídicas de derecho privado (art. 1). Más amplio es el campo de aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, aunque para la Argentina no alcanza a la totalidad de supuestos que entrarían en consideración desde el punto de vista de la fuente normativa interna. En efecto, de acuerdo con lo que surge de las normas contenidas en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, está permitida la próroga de jurisdicción internacional en favor de árbitros que actúen fuera de la República, cuando el asunto sea de índole patrimonial e internacional (art. 1, con la sola salvedad de la existencia de una prohibición legal de próroga o de algún supuesto de jurisdicción internacional argentina exclusiva), y siempre que sea susceptible de transacción (arts. 519 bis y 737). En definitiva, cualquier asunto patrimonial que pueda ser objeto de transacción, tenga naturaleza civil, comercial o administrativa, puede ser objeto de arbitraje. Como lo sostienen Anaya y Boggiano, las precitadas normas fijan

el principio de la "arbitralidad" en el derecho argentino²⁴. No interesa entonces que el litigio sea contractual o no contractual, ni que tenga carácter comercial o no comercial.

En la Convención de Nueva York se contempla en realidad un espectro de total amplitud ("diferencias entre personas naturales o jurídicas" - art. 1. 1. primer párrafo-), abarcando no sólo las sentencias arbitrales dictadas en el extranjero sino también las dictadas en el propio Estado reconociente, pero que no sean en él consideradas como sentencias nacionales (art. 1.1., segundo párrafo-). Si bien la "materia" comprendida refiere a toda sentencia arbitral, Argentina al ratificar este convenio hizo la reserva autorizada por el art. 1.3. y declaró que, a base de reciprocidad, aplicaría la Convención solamente a litigios surgidos de relaciones jurídicas, fueren o no contractuales, consideradas como comerciales por su derecho interno²⁵. A ello debe agregarse la posibilidad de transacción, requisito que entra a jugar en el ámbito de la Convención de Nueva York en virtud de lo que establece su art. V. 2. a)²⁶.

Aparece entonces una "arbitralidad limitada" por la "comercialidad" de la controversia y no -si se nos permite el término- por la "contractualidad". Todo, claro, dentro de lo "transable". Algo similar ocurre en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975 (CIDIP I) donde aparece la limitación referida a "diferencias que pudiesen (24) Ver, al respecto, el "Informe del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires acerca de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional", firmado por ambos autores, transcripción en BOCGICANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 1566 y ss.

(25) Es interesante destacar que la posibilidad de acotar el ámbito material de aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 mediante la reserva del art. 1.3. segundo párrafo, comprende solamente la cuestión de la "comercialidad" del litigio, y no del carácter contractual o no contractual de la relación jurídica de base.

(26) El art. V.2. a) de la Convención de Nueva York de 1958 establece la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera, cuando la autoridad del país en que se solicita el reconocimiento o ejecución comprende que según su propia ley (*lex fori*) la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje.

surgir o que hayan surgido... con relación a un negocio de carácter mercantil" (art. 1). En cambio en la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros hecha en Montevideo en 1979 (CIDIP II), se utiliza una fórmula más abarcativa ya que el art. 1 establece la aplicación de la convención a las sentencias judiciales y laudos arbitrales, dictados en procesos civiles, comerciales o laborales. La limitación a lo comercial aparece en el art. 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI, de 1985²⁷.

Vemos que se pensaba al respecto en los ámbitos sudamericanos en los finales del siglo XIX y las primeras décadas del que se está yendo. En el Título III, art. 5 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 se habla de "sentencias y fallos arbitrados dictados en asuntos civiles y comerciales...". El Código Bustamante (La Habana, 1928) delega la determinación de la naturaleza del asunto susceptible de ser arbitrado a la ley del Estado en el que se pretenda que el laudo produzca efectos. Así lo hace en su art. 432 al disponer que lo regulado sobre ejecución de sentencias judiciales extranjeras se aplicará a las sentencias dictadas por árbitros o amigables compositores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite. El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1940 habla -lo mismo que el de 1889- de "sentencias y fallos arbitrados dictados en asuntos civiles y comerciales..." (art 5).

(27) La diversidad de criterios sobre la comercialidad y la contractualidad de las controversias susceptibles de ser arbitradas se pone de manifiesto también en otros tratados y convenios internacionales. Así por ejemplo, el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje, de 24 de septiembre de 1923 refiere (art. 1) al acuerdo "por el que las partes en un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que pudieran suscitarse respecto de tal contrato, relativo a asuntos comerciales o a cualquier otro susceptible de arreglo por arbitraje...". Nótese que no hay limitación en cuanto al carácter comercial de la "diferencia" pero sí en cuanto a la naturaleza contractual de la relación jurídica. De todas maneras, muchos Estados, al ratificar el Protocolo, hicieron la reserva de aplicarlo solamente cuando el contrato fuera considerado como comercial por la propia ley interna. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Ginebra, de 21 de abril de 1961, como su nombre lo anuncia, se concentra en la materia comercial, aunque no habla de "contratos" sino de "operaciones de comercio internacional" (art. 1.1. a).

Situándonos en la última década del siglo que dentro de quince meses finaliza, encontramos el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Las Leñas, 1992) cuyo art. 18 alude de manera amplia al "reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados Parte en materia civil, comercial, laboral y administrativa".

Es una pena que no se haya logrado consenso para una fórmula más amplia que la de "contratos comerciales internacionales", que además, no ha venido acompañada de adecuadas calificaciones autárquicas. Hubiera sido una buena oportunidad para ampliar el ámbito de aplicación a otro tipo de cuestiones de naturaleza patrimonial que no son precisamente comerciales, y/o que no derivan de contratos y que pueden ser solucionadas a través del arbitraje, tal como lo acepta por ejemplo el derecho argentino o la ley boliviana de 1997 (arts. 3 y 5)²⁸.

III. II. INTERNACIONALIDAD

No está demasiado clara la determinación de cuándo se considera al arbitraje como internacional. He ahí, por ejemplo, una gran diferencia con la Ley Modelo de UNCITRAL que lo hace en forma precisa (art. 1.3 y 1.4). El art. 2 b) de los Acuerdos del Mercosur define al "arbitraje internacional" como el "medio privado para la solución de controversias relativas a contratos comerciales internacionales entre particulares, personas físicas o jurídicas", pero no califica cuándo se considera que un contrato es internacional. La internacionalidad debe ser inferida, en opinión de Noort Taquela²⁹, del ámbito de aplicación espacial (art. 3), lo que implicará un

(28) La Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia Nº 1770 del 10/3/97, dispone en su art. 3: "Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extrcontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse". También contempla el arbitraje testamentario instituido por la sola voluntad del Estado. (art. 5).

(29) NOORT TAQUELA, op. cit. loc. cit.

concepto amplio de internacionalidad, aunque diferente al de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Sin embargo, una calificación así elaborada utilizando el art. 3 no estaría exenta de inconvenientes, pues del inciso a) surge la idea de un contrato con partes asentadas en dos o más Estados miembros; los incisos b), c), d) y e) aluden a contratos base con contactos objetivos, jurídicos o económicos con más de un Estado parte, con uno o con ninguno. Entonces si bien podría decirse que en los incisos a) y b) hay "síntomas" de internacionalidad, en los restantes pueden surgir serias dudas.

Aun a riesgo de excesiva meticulosidad, no estaría demás reflexionar sobre cada supuesto. Así, en un contrato "interno" brasileño, por ejemplo, podría pactarse un arbitraje con sede en Uruguay, y el supuesto encajaría en el inciso c). En un contrato "interno" uruguayo podrían las partes acordar un arbitraje con sede en México y declarar expresamente que se someten al Acuerdo Mercosur, con lo cual el caso se encuadraría en el inciso d). Finalmente, con respecto al inciso e) podría también tratarse de un contrato "interno" de un país extra-Mercosur fijándose la sede del tribunal en Paraguay.

Ahora bien, en tales supuestos podríamos estar admitiendo que el contrato fuese internacional por decisión de las partes, siendo hipótesis de internacionalización voluntaria de contratos objetivamente nacionales.

Sería razonable sostener que, de presentarse casos con tales características, debería rechazarse la arbitralidad por no cumplirse el recaudo de la internacionalidad del contrato, pero esa cualidad no podría estar apoyada en el art. 3, incisos c), d) y e) que son precisamente los que "cobjarían" una internacionalidad que podríamos llamar ficticia o fabricada. Pensamos que en dichos incisos se ha partido de la base de contratos que ya son objetivamente internacionales y lo que puede ocurrir por voluntad de las partes, es el sometimiento al Acuerdo Mercosur, mas no la internacionalización.

Estimamos que la idea de internacionalidad que surge del tratado es la de contrato con contacto objetivo, jurídico o económico con más de un

país, sea o no miembro del Mercosur, y que la determinación de la existencia o no de contactos multilaterales objetivos, ante la ausencia de una calificación autárquica, queda en manos del tribunal arbitral o en último término, del tribunal nacional ante quien se lleve la impugnación.

El mismo tribunal tendrá que decidir también si la controversia está basada en un contrato, y si éste es o no comercial. Vemos en tal sentido que el art. 2. d) define al "contrato base" como el "acuerdo que origina las controversias sometidas a arbitraje" pero no da una calificación de "contrato". Ahora bien, aun partiendo de criterios formistas, estamos de acuerdo en que se debe —y se puede— interpretar los términos "contratos" y "comerciales" en sentido amplio, tal como ocurre con respecto a la expresión "comercial" en la Ley Modelo de UNCITRAL.³⁰ Noodi Taguelza³¹ propone una calificación autárquica de los conceptos "contrato" y "comercial" que no se apoye exclusivamente en el derecho privado de alguno de los países con los cuales tiene contacto el caso, sino que a través de la extensión del tipo legal de la norma y utilizando el método comparativo entre los distintos derechos involucrados en el caso, comprenda cualquier acuerdo de voluntades referido a cuestiones patrimoniales entre personas de derecho privado. En cuanto a lo "comercial" —según la autora citada— su concepto no puede quedar circunscripto a las determinaciones legales de uno u otro país, sino que bastará con que el contrato sea comercial para el derecho de alguno de los países con los que se vincula, para que

(30) La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en la segunda nota al art. 1.1), dice: "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 comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transacción de crédito para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), constitución 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 vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

(31) NOODI TAGUELA, M. B., *op. cit.*

se considere comprendido en el ámbito de aplicación de los Acuerdos del Mercosur³², con lo cual se estaría en una línea interpretativa más favorable al proceso de integración, en cuyo marco se aprobaron los Acuerdos. Pero en todo caso, calificaciones como las propuestas debieron ser incluidas en el texto de los Acuerdos, pareciéndonos muy difícil que por vía jurisprudencial se lleguen a elaborar conceptos uniformes. De todas maneras es razonable pretender que los tribunales nacionales adopten como pauta interpretativa general, la que explícitamente establece el art. 7 de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compra-venta Internacional de Mercaderías ("carácter internacional", "necesidad de promover la uniformidad", "asegurar la buena fe en el comercio internacional", "principios generales de la Convención" y, en último término, una ley nacional).

Los Acuerdos del Mercosur no excluyen expresamente ninguna clase de contrato comercial de su ámbito de aplicación. De ahí que los contratos con partes débiles parecen quedar comprendidos³³. Quizás hubiera sido apropiado elaborar normas particulares para regular acuerdos arbitrales incluidos en contratos con partes débiles o directamente excluidos³⁴, pero no hacer lo que se ha hecho en el art. 4.1. que menciona a los contratos de adhesión solamente para decir que en esos casos "especialmente" la conciliación arbitral "dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes... y será pactada de buena fe".

(32) En contra: GAMMA E. SOLIZA Jr., Libro de "A Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional" en *Integración Jurídica Interamericana - as Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, São Paulo, ITR, 1998, pp. 373-409, pp. 381-382 (cit. por NOODI TAGUELA) quien expresa con relación a la Convención de Panamá que, ante la falta de definición de "negocio mercantil" en la convención, compete a las leyes involucradas en el arbitraje definir la naturaleza del litigio. Considera que las leyes involucradas son sucesivamente: la ley elegida por las partes, la ley elegida por los árbitros, la ley del país en que fue otorgado el laudo arbitral y por último la ley del Estado donde se pretende el reconocimiento y ejecución del laudo.

(33) Véase, sin embargo, que el Protocolo de Buenos Aires (art. 2), que también se refiere a los acuerdos arbitrales (art. 4) excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de venta al consumidor, de transporte y de seguro.

(34) NOODI TAGUELA, M. B., "¿Cómo regular el arbitraje entre particulares en el Mercosur?", en *Revista de Derecho del Mercosur*, año 2, n.º 5, junio de 1998, base 1, p. 201.

II. III. ARBITRAJE ENTRE PERSONAS DE DERECHO PRIVADO

En cuanto al ámbito material de los Acuerdos del Mercosur con relación a las personas, está limitado a las controversias surgidas entre personas físicas o jurídicas de derecho privado. Sobre esta cuestión vemos por ejemplo, que la Convención de Ginebra de 1961 se aplica no sólo a los particulares, sino también a las personas morales de derecho público, aun que los Estados parte pueden, a través de una declaración, establecer condiciones que limiten la facultad de las personas jurídicas de derecho público, de someter sus controversias a arbitraje (art. II).

Nos parece más acertado el criterio de la ley boliviana de 1997, que en su art. 4. I. autoriza a que el Estado y las personas jurídicas de derecho público sometan sus controversias a arbitraje, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

II. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL

Luego de ver un ámbito de aplicación material no muy extenso, nos encontramos con un ámbito espacial pretendidamente amplio que, según nos parece, introduce complejidades que conspiran contra la claridad y sencillez con que deberían elaborarse las normas de todo convenio internacional.

Aparentemente es posible abarcar en los Acuerdos Mercosur no sólo a casos en que intervengan partes (empresas) radicadas en los países del Mercosur, sino también aquellos en que aparezcan empresas de terceros países que contratan con las del Mercosur. Esto de por sí genera la posibilidad de conflictos con otras convenciones³⁵.

(35) Revertimos a las observaciones que efectúa María Blanca NOODT TAQUELA ejemplificando diversos supuestos de muy difícil dilucidación, en el trabajo citado en nota 16, como asimismo en "¿Cómo regular el arbitraje entre particulares en el Mercosur?", *Revista del Derecho de Mercosur*, Bs. As., N° 3, junio 1998, p. 201. Allí señala que la aprobación de un protocolo de arbitraje generaría necesariamente una superposición de fuentes normativas.

Veamos concretamente, según el art. 3, los Acuerdos son aplicables:

Inciso a): *Cuando ambas partes tienen su residencia habitual o el centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias en Estados parte diferentes.*

Aquí nos preguntamos si deben considerarse incluidos contratos celebrados y a cumplirse fuera del Mercosur. También nos preguntamos si la referencia a sucursales, establecimientos o agencias, alude a representaciones por intermedio de las cuales se ha contratado, o bastaría con que las mismas existieran, aun cuando la negociación se hubiere realizado entre las casas "centrales" de cada empresa.

Inciso b): *Cuando el contrato tenga algún contacto objetivo, jurídico o económico con diferentes Estados parte.*

En este inciso pueden incluirse casos de contratos entre partes radicadas afuera y sin representación permanente en el Mercosur. Asimismo parece necesario contar con calificaciones de "contactos objetivos", tanto "jurídicos" como "económicos", siendo nuestra opinión que los mismos deben ser "relevantes".

Inciso c): *Cuando la sede del arbitraje se encuentre en un Estado parte y el contrato tenga algún contacto objetivo, jurídico o económico, con un Estado parte, salvo que las partes expresaren su voluntad en contrario.*

En este inciso aparece como aspecto saliente la voluntad de los contratantes que, mediante pacto expreso, pueden excluir la aplicación del acuerdo. Si no lo hacen, vendrá la cuestión de determinar si además de la sede, hay contacto objetivo con algún país miembro.

d) *Cuando el contrato tenga algún contacto objetivo, jurídico o económico, con un Estado parte, y las partes convienen someterse al Acuerdo del Mercosur.*

En este supuesto, el Acuerdo sólo se aplica si las partes contratantes así lo deciden.

e) *Cuando la sede del arbitraje se encuentre en un Estado parte, y las partes convengan en someterse al Acuerdo del Mercosur, aunque el con-*

trato no tuviera ningún contacto objetivo, jurídico o económico con un Estado parte.

Es la hipótesis más "alejada", en la que no hay ni domicilio de los contratantes ni contacto objetivo de ninguna especie; estaríamos ante un contrato totalmente ajeno al Mercosur en el que, por algún motivo, se ha elegido a uno de nuestros países como sede del arbitraje.

Volviendo sobre los referidos incisos, observamos que el inciso a) contempla en realidad, casos de personas "domiciliadas" en dos o más países miembros del Mercosur (o asociados). Al respecto, llama la atención que luego de brindar las calificaciones autógrafas de "domicilio de las personas físicas" y "domicilio de las personas jurídicas o sede social" (art. 2, incisos f) y g)), en la primera oportunidad de aplicar ambas calificaciones, se opta por no emplear el concepto de finido sino su extensa definición.

Por lo demás, es notorio que el factor determinante para la aplicabilidad de los Acuerdos es la voluntad de las partes. En efecto, partiendo de la hipótesis del art. 3, inc. c) en la que se contempla el supuesto de *contrato concluido con ningún país miembro aunque con sede del tribunal arbitral en uno de ellos*, da la impresión de que los otros supuestos estarían demandados. En el inciso d) la aplicación se da por voluntad positiva de las partes. En el inciso e), los Acuerdos se aplican en ausencia de voluntad negativa de las partes. En los incisos a) y b), el solo hecho de que la sede del arbitraje esté fuera de un país miembro, implica la posibilidad cierta de que el contenido de los Acuerdos quede desplazado, por normas de fuente interna o convencional vigentes en dicho país sede.

En buena medida el contenido del art. 3 concuerda con el tenor general de la regulación de los Acuerdos, que es la subsidiariedad. Véase por ejemplo que hasta en lo que hace a las impugnaciones contra el laudo -cuestión en donde la imperatividad puede ser necesaria- la restricción del art. 22.1. (e incluso del 22.2.) está dependiendo de que la sede se encuentre en un país miembro. También a título de ejemplo, debemos mencionar que hay varios supuestos en los que expresamente se hace la salvedad: "salvo que las partes hayan acordado..." como ocurre con los plazos del art. 21.1. y 21.3.

Finalmente, a la hora de precisar la expresión "contacto objetivo jurídico o económico", puede pensarse en el lugar de celebración, o el de cumplimiento (incluso parcial) de cada prestación, o el de constitución de garantías o cauciones. Podría dudarse en cuanto a considerar como contacto objetivo "jurídico" a la aplicación del derecho interno de un país miembro cuando tal aplicación deriva de la autonomía conflictual ejercida por las partes en el contrato. Si bien admitimos que el punto es muy opinable, considero abarcado en una fórmula como la del art. 3, inc. b).

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

Aunque lo consideramos un tema de poca trascendencia, señalamos que en sus disposiciones finales los Acuerdos establecen un sencillo sistema de entrada en vigencia para cada Estado, a los treinta días del depósito del instrumento de ratificación (a partir del segundo Estado ratificante). No hay normas sobre el "tiempo" de los casos, por lo que no puede entenderse su aplicación a los pactos arbitrados concertados y procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia. Se podrían aplicar a casos de hechos ya pactados, si las partes modificasen ese pacto y al momento de iniciar el arbitraje conviniere someterse a los Acuerdos.

IV. LOS ACUERDOS Y OTRAS CONVENCIONES SOBRE ARBITRAJE

En el art. 23 los Acuerdos remiten expresamente a otras convenciones internacionales con respecto al tema de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Se dispone la aplicación "en lo pertinente" de la CIDIIP I de Panamá de 1975, el Protocolo de Las Leñas de 1992 y la CIDIIP II de Montevideo de 1979. No está mencionado el reconocimiento pero se trata de una omisión inocua pues, en definitiva, lo que se aplica son tratados que contienen regulación tanto del reconocimiento como de la ejecución.

Circunstancias que habrían sido mejor no decir nada al respecto, pues las convenciones que menciona la norma serían igualmente aplicables (con los

propios problemas generados por sus superposiciones con otros tratados) según los casos cayesen bajo sus ámbitos de aplicación (aunque también puede haber dificultades en ese punto). No nos parece que con este art. 23 se eviten los conflictos de convenciones³⁶; antes bien, lo vemos como un listado demostrativo de la sobreabundancia de convenios sobre el tema.

Pero más allá de la mención de las referidas convenciones, hay choques en algunos temas entre ellas y los Acuerdos del Mercosur³⁷. Así por ejemplo con relación a la validez del acuerdo arbitral.

Además, no debe perderse de vista el problema de choques, por ejemplo, con la Convención de Ginebra de 1961, para supuestos en los que aparecen vinculadas partes pertenecientes a países que integran cada uno, el sistema de una convención diferente.

Todo esto configura un panorama muy intrincado en el que deliberadamente no queremos ahondar por entender que exige un estudio exhaustivo con vistas a elaborar hipótesis conflictivas que aparentan ser muy importantes y que exigirían (si eventualmente se ratifican los Acuerdos y si efectivamente los operadores del comercio a quienes están destinados deciden utilizar el arbitraje y además someterse al nuevo sistema) poner en funcionamiento las reglas y principios de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

III. VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL

Los acuerdos dedican varias disposiciones a la cuestión de la validez del acuerdo o pacto arbitral. Comienzan declarando la autonomía del pacto con respecto al contrato base (art. 5), cuya inexistencia o invalidez no im-

(36) Así lo entiende NOODT TAQUELA, María Blanca en el ap. III de la transcripción de su conferencia "La aplicación de los Acuerdos de Arbitraje del Mercosur", ya citada.

(37) Tal como lo examinó y pone de manifiesto NOODT TAQUELA en el lugar indicado en nota precedente.

plica su nulidad. Se incluye así explícitamente el criterio de la independencia que ya puede considerarse suficientemente consolidado³⁸.

III. VALIDEZ FORMAL

En el art. 6 se regula la cuestión formal y comienza exigiendo la forma escrita³⁹. La misma imposición mediante una norma material, existe en la Convención de Nueva York de 1958 en el art. II.1, imponiendo además que el acuerdo esté firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas, modo de realización -este último- que también contemplan los Acuerdos Mercosur, agregando el telefax, el correo electrónico u otro medio equivalente, debiendo confirmarse por documento original (art. 6.3.) y considerándose perfeccionado el convenio, "en el momento y en el Estado en el que se recibe la aceptación por el medio elegido, confirmado por el documento original" (art. 6.4.)⁴⁰.

La Ley Modelo de la CNUDMI, lo mismo que la Convención de Nueva York impone la forma escrita y la firma de las partes (art. 7.2.), al igual que la Convención de Panamá de 1975 (art. I) y el Convenio Europeo

(38) Así lo destaca Rubén B. SANTOS BELANDRO en "Arbitraje Comercial Internacional", Segunda Edición, Percepción Editores, México, 1997, p. 61, cuando al comentar el art. II.1 de la Convención de Nueva York de 1958, dice que la expresión genérica de "acta", reiterada en el artículo siguiente, es la compartida por la doctrina y realiza el carácter autónomo del mismo. Así, el acuerdo es considerado con autonomía y no un simple accesorio de un contrato principal. Sorjo "un contrato dentro de un contrato" cuya finalidad esencial es la de resolver los conflictos actuales o eventuales que puedan surgir debido a la existencia de ese contrato principal.

(39) Sin embargo creemos que nada impediría que existiendo un acuerdo verbal hubiera sometimiento de ambos al proceso arbitral y éste se desarrollase con normalidad. En tal supuesto, la eventual controversia ante un tribunal nacional con respecto a la existencia del pacto arbitral, no debería ser resuelta como un caso dentro de los Acuerdos del Mercosur que sólo abarcan a convenios hechos por escrito.

(40) Tal es la atención que para el convenio entre presentes no se requiera la firma de las partes.

sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (art. 1. 2.º A.º). El art. 6.2. incluye una norma de conflicto general según la cual la validez formal está sujeta a la ley del lugar de celebración. Lamentablemente esta regla se complementa con la del art. 6.5. que convoca subsidiariamente a la ley de por lo menos uno de los dos Estados parte con los que el contrato base tiene contactos objetivos conforme al art. 3. b). Quiere decir que la nulificación formal de la *lex loci celebrationis* no podría ser salvada en los casos de aplicación de los Acuerdos como consecuencia de lo previsto en el resto de las hipótesis del art. 3. De todas maneras creemos que las partes pueden elegir el derecho aplicable a la validez formal (lo mismo que a la validez sustancial) tanto del acuerdo de arbitraje cuanto del contrato base, posibilidad esta última, admitida en el art. 10.

Por otro lado, puede sostenerse que la imposición de la forma escrita constituye el único requisito razonablemente admisible a cumplir⁴¹ y que ninguna otra imposición formal emanada de la ley de ningún Estado debe agregarse a esa exigencia. Con ello se evitaría, por ejemplo, dar injerencia a leyes nacionales aplicables a casos internos que impusieran, por ejemplo, la formalización del convenio por instrumento público.

El lugar de celebración del convenio arbitral es rotalmente contingente; no tiene por qué proyectar sus normas sobre el, su repentina "aparición" a la hora de un cuestionamiento judicial, sobrepasa las expectativas y previsiones normativas y razonables de las partes, incluso de quienes son "profesionales" del comercio internacional, en buena medida abarcado por la Convención de Nueva York en la que no aparece norma de conflicto alguna sometiendo la validez formal del pacto a ningún ordenamiento jurídico nacional⁴².

(41) Aunque en el caso de relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, se admitirá la forma permitida por dichas leyes (art. 1.2.º al. in fine).

(42) Sin perjuicio de que como ya hemos dicho, el acuerdo implícito, en tanto de la demanda y contestación espontánea es totalmente posible como pacto de sometimiento al arbitraje.

(43) Véase al respecto lo afirmado por R. SANTOS BILANDRO, *op. cit.* p. 62 cuando luego de comentar la "confusión" que por un tiempo mantuvieron los tribunales Italianos haciendo prevalecer sus normas de conflicto internas para actos inter vivos por sobre el art.

III. VALIDEZ SUSTANCIAL

La validez sustancial o intrínseca del acuerdo arbitral está regulada en el art. 7, que distingue por un lado el punto de la capacidad, sometiendo a la conocida regla de la ley domiciliaria y por otro, el consentimiento, objeto y causa, para lo cual se elige la ley del Estado parte sede del arbitraje.

Surgen aquí algunas preguntas: En primer término, si realmente se ha querido tener las leyes domiciliarias con el significado que surge de las calificaciones antaño que del art. 2, pues en tal caso estaríamos considerando, por ejemplo, a las personas jurídicas como incapaces o incapaces para pactar acuerdos arbitrales, indistintamente por la ley del lugar desde donde son "principalmente administradas" o donde se asienta una sucursal, establecimiento o agencia. Y más aun, si se llegase a considerar a dos o más leyes como igualmente vinculadas con el supuesto, se produciría el negativo efecto de la acumulación de leyes, que se resume en la aplicación de la ley más rigurosa, es decir, la que en mayor medida restringiera la capacidad. Un segundo término habría que saber, si deliberadamente se ha querido diversificar la ley aplicable a la forma, por un lado, y al fondo por otro; y en todo caso, cuál es la razón. Ya que no parece una solución facilitadora del accionar de los contratantes para lograr acuerdos válidos. Como lo anticipáramos (y aunque pudiera decirse que no es una práctica corriente) creemos que los contratantes tienen la posibilidad de elegir la ley que regirá la validez intrínseca del acuerdo, pudiendo ser la misma que rija al contrato base o una diferente, y coincidiendo o no con la ley aplicable a la validez formal.

Desde otro ángulo, cabe revisar qué puede ocurrir en caso de que los contratantes no habiendo acordado un derecho aplicable a la validez del convenio, lo celebrasen en un Estado no parte y acordasen que el tribunal arbitral tuviese su sede también en un Estado no parte de los Acuerdos. Podría aceptarse que el art. 6.2. está remitiendo a la aplicación de la ley de un Estado no parte para regir la forma; pero el fondo, a qué ley quedaría

H.2. de la Convención de N. York (conclusión luego superada), dice categóricamente: "...en lo atinente a la validez formal, no debe recurrirse a ninguna ley nacional, sino únicamente a las normas del Tratado contenidas en el art. H.2.º"

sujeto? Porque el art. 7.2. parece estar eligiendo la ley de la sede, sólo cuando ella se encuentre en un Estado parte.

No creemos sencillo imaginar que en relaciones contractuales entre empresas "del primer mundo" y empresas "del Mercosur", las primeras consientan someterse a los Acuerdos del Mercosur, a poco de advertir cómo está regulada la validez del acuerdo arbitral. Podría explicarse que no está prohibida la autonomía conflictual sobre este aspecto, caso en el cual estaría prohibida la autonomía conflictual sobre este aspecto, caso en el cual habría que explicar también la razón por la que se elaboraron las normas de conflicto contenidas en los arts. 6 y 7, en lugar de decir directamente que el convenio se rige por la ley elegida por los contratantes y, en todo caso, determinar diferentes posibilidades subsidiarias razonables. Puede verse al respecto que la Convención de Nueva York de 1958 en su art. V.1.a) dispone la aplicación, en primer término, de la ley a la cual las partes han sometido el acuerdo, y subsidiariamente, a la ley del país en que se haya dictado el acuerdo, y subsidiariamente, a la ley del país en que se haya dictado la sentencia⁴⁴. Más minuciosa es la regulación del Convenio Europeo de Ginebra, de 1961, que en el art. VI.2. establece la aplicación de la ley convenida por las partes (VI.2.a); subsidiariamente, la ley del país donde deba dictarse el laudo (VI.2.b)) y, si en el momento de resolver no hubiere posibilidad de saber cuál es ese país, entonces se aplicará la ley que resulte de las reglas de conflicto del "tribunal estatal conocedor del asunto" (VI.2.c)).

También entendemos que hay que interpretar que la competencia otorgada al tribunal arbitral en el art. 8 para decidir las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención, de oficio o a solicitud de parte, no excluye una competencia de un tribunal oficial en todos aquellos supuestos en los que se impugne una cláusula compromisoria por la que las partes hubieran pactado escueta y quizás confusamente el sometimiento a arbitraje, sin designar árbitros, ni sede, ni prever nada al respecto⁴⁵.

(44) Cabe aclarar que cuando el conflicto respecto de la validez del acuerdo se presenta "de entrada", esto es sin que se haya iniciado el procedimiento arbitral, el tribunal nacional que atiende la demanda debería aplicar, en subsidio de elección, la ley del Estado en el cual está previsto que funciona el tribunal arbitral.

(45) Pueden aparecer cláusulas "patológicas" como las que producen contradicciones insalvables; al respecto, podría suceder que, descuidadamente, se incluyera en una cláusula un acuerdo arbitral, y en otra una próroga a favor de un tribunal estatal.

IV. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSA.

Como es sabido, y más allá de ciertas resistencias -cada vez más débiles- en materia contractual las partes tienen amplia libertad para decidir el contenido regulatorio y la o las leyes subsidiariamente aplicables a sus contratos internacionales, con la salvedad de que, llegado el conflicto y siendo éste dirimido ante un tribunal oficial, se constatará el respeto a los principios y normas de orden público internacional del foro y, eventualmente, de aquellos países con los cuales el contrato ostente una vinculación gravitante.

El art. 10 de los Acuerdos del Mercosur se incardina en esta tendencia a la consideración amplia de la autonomía de la voluntad particular como factor determinante de las normas de fondo que regirán a la relación jurídicamente contractual. En efecto, según el art. 10, "Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes". Puede pensarse que la elección no es plenamente libre pues viene autorizada dentro del marco del derecho internacional privado "y sus principios", "así como" del "derecho del comercio internacional". Lo que ocurre es que no existe una posibilidad de elección desprendida de todo derecho positivo, pues en definitiva son los ordenamientos nacionales quienes en su fuente interna e internacional autorizan y enmarcan a la autonomía de la voluntad, incluyendo a los principios del derecho del comercio internacional, como una manifestación de aquélla.

Tal vez sea muy vaga esa referencia al "derecho del comercio internacional", expresión que puede considerarse alusiva a otra no menos imprecisa como la de "*lex mercatoria*" o "*nueva lex mercatoria*", comprensiva de un "mundo" de normas no oficiales, que nacen espontáneamente, duran lo que sus destinatarios necesitan, se modifican, se multiplican y perfeccionan, todo, en un constante movimiento marcado por el desarrollo de las actividades comerciales internacionales masivas. Comúnmente se alude a ellas como usos, reglas y prácticas, se les atribuye carácter consuetudinario, y se las vincula con los organismos privados que con mayor notoriedad

se dedican a su estudio, recopilación, elaboración y hasta aplicación, por medio de los sistemas arbitrarios con que cuentan¹⁴⁶.

Particularmente somos de la opinión de que se está ante normas jurídicas propias de sectores sociales particulares, que se "oficializan" al ser recibidas por los sistemas jurídicos nacionales cuyos jueces las aplican directamente o reconocen sentencias y fallos arbitrarios en ellas basados. Pero no se trata de un "derecho" paralelo (ni obviamente "superior"), sino en todo caso, subordinado al derecho oficial, cuyos principios (y las normas apriorísticas que los preservan) prevalecen por sobre las normas "respondiéndoles" de ese llamado "derecho del comercio internacional".

Volviendo a la cuestión del presunto "marco" que la norma comentada establece para la elección del derecho efectuada por las partes o, en subsidio de éstas, por los árbitros, nos preguntamos: ¿se da en el sistema arbitral un mayor margen de posibilidades regulatorias de la relación jurídica de base, con respecto al que admitiría un foro oficial si atendiese directamente el caso?

Cuando los jueces de los sistemas de "derecho escrito" analizan una controversia internacional, por más que sean muy amplios en sus criterios con relación a la autonomía de los contratantes, buscarán "atar" el contrato finalmente a algún sistema oficial de normas de derecho privado que supla lo no autorregulado, lo no pactado, utilizando su *lex indirecta fori*, que los remitirá al sistema jurídico buscado, sea nacional o extranjero¹⁴⁷. En cambio los árbitros no tienen un "derecho del foro", porque no pertenecen oficialmente a ningún país, de donde no están obligados a aplicar normas de conflicto específicas, provengan de donde provengan. Hay una elasticidad, un mayor margen de movimientos, como consecuencia de

(146) Ejemplo típico de estas normas son las elaboradas por organismos como la Cámara de Comercio Internacional (CCI/CIC) o la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA).

(147) Además, tiran preferencia a sus normas de aplicación inmediata, y controlarán que no se violen los principios estructurales de su ordenamiento jurídico.

la carencia de un sistema obligatorio de normas del "foro". Deben los árbitros respetar la elección hecha por los contratantes (norma de conflicto creada por las partes) o asumir la delegación que éstas hagan, mediante la utilización de la norma de conflicto que consideren adecuada, sea que pertenezca a algún sistema jurídico conectado con el caso, o se trate de una norma de conflicto elaborada por el propio tribunal, teniendo en cuenta "el derecho internacional privado y sus principios" y "el derecho del comercio internacional".

Es muy interesante la gama de posibilidades que surgen del particular modo de redacción del art. 10, porque los contratantes podrían realizar cualquier tipo de elección, incluso optando por una ley no considerada como "contacto razonable" conforme a los criterios que tradicionalmente utilizan los sistemas conflictuales nacionales¹⁴⁸. Desde otro ángulo, las partes pueden elegir el derecho aplicable conforme a los "principios" del Derecho internacional privado, lo que permite legitimar cualquier evaluación que las mismas realicen al respecto, basada, por ejemplo, en el principio de proximidad.

Por su parte los árbitros, frente a una delegación de las partes (expresa o implícita¹⁴⁹) si bien cuentan con los mismos parámetros (según el art. 10)

(148) Así lo vemos sustentado desde muchos años atrás, tal como lo pudimos expresar en nuestra ponencia sobre la autonomía de la voluntad conflictual, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Cordones, 1985. Tomando como punto de partida las posibilidades entendiadas —y lo seguimos haciendo— que si las partes en un contrato pueden desplazar íntegramente el derecho elegido por el legislador en la materia de conflicto oficial, y si ello (por el legislador o por las propias partes) por normas puntuales creadas ad hoc por los contratantes, nada impide que esas normas incorporadas pertenezcan a un ordenamiento se advierte fácilmente cómo la incorporación material equivale prácticamente al sometimiento conflictual de la relación, al derecho del país ("desconectado") del cual se han extraído tales normas. De ahí que no tengamos sentido negar la posibilidad de elección de un derecho que no tenga un contacto razonable, por lo menos en el sentido en que tal expresión suele ser utilizada. Ahora bien, en última instancia creemos que en tales supuestos, el contacto razonable es la propia elección realizada por las partes.

(149) Aunque si existe un "compromiso" la delegación será seguramente expresa.

al seleccionar un derecho nacional deberán justificar su decisión, apoyándola en una norma de conflicto que conduzca a ese ordenamiento.

Pero: ¿de dónde extraerán la norma de conflicto? Santos Belandro considera necesario, para dilucidar este tema, tomar posición con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje⁵⁰, y se adscribe a una postura intermedia que reconoce al arbitraje una naturaleza particular en donde sus ingredientes contractuales y jurisdiccionales se entremezclan. De ahí deduce lo difícil que resulta determinar quién y con qué límites tiene la prerrogativa de elegir el derecho de fondo⁵¹, y entra en el punto neurálgico de la cuestión, cual es la "ausencia de foro". Dice el autor citado que al no ser guardián de ningún orden jurídico en particular, el árbitro no tiene obligación de respetar el derecho procesal ni el sistema de normas de conflicto de ningún Estado.

En la Convención de Nueva York de 1958 no se ha tocado explícitamente el tema pero su art. V, por el carácter taxativo de las impugnaciones posibles que establece contra el laudo, está impidiendo que un juez nacional revise la elección que se haya hecho del derecho aplicable. En cambio en la Convención de Panamá de 1975 hay una toma de posición a favor de la naturaleza contractual del arbitraje⁵², ya que según su art. 3, "a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a

(50) SANTOS BELANDRO, Rubén B., *op. cit.* pp. 193-4, reproduce palabras de Philippe FOUCIARD en "*L'arbitrage commercial international*", Dalloz, 1965, diciendo: "la naturaleza privada de la función arbitral, la autonomía del árbitro comercial internacional frente a las estructuras estatales, modifica el juego normal de los conflictos de leyes. Contrariamente a un juez estatal, el árbitro no dispone de un sistema de conflicto de leyes preexistente que se limite a aplicar para determinar la ley competente. El origen contractual de su misión deberá simplificarle la tarea: la autonomía de la voluntad permite, en efecto a las partes designar directamente el derecho aplicable al fondo del litigio y el árbitro se atenderá a esa elección, pero en ciertos casos será indispensable referirse a un sistema de conflicto de leyes que es difícil de determinar".

(51) SANTOS BELANDRO, Rubén B., *op. cit.* p. 195.

(52) SANTOS BELANDRO, Rubén B., *op. cit.* p. 198.

las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial". De esa manera se está imponiendo el reglamento de arbitraje de la CIAC, que en su art. 33.1. dispone que "el tribunal aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables". Y esas normas de conflicto no deben necesariamente pertenecer a ningún país, sino que pueden ser elaboradas por los propios árbitros, conforme a los criterios sustanciales con los que se manejan para la elaboración de las soluciones. Se consagra así un sistema más cercano a la creación que a la elección, en tanto permite a los árbitros llevar a cabo su tarea electiva, por ejemplo, mediante la aplicación acumulativa de los sistemas estatales en juego⁵³ utilizando el método comparativo⁵⁴, procurando —así lo demuestra normalmente la actuación de los árbitros— ser muy prudentes en el manejo de las normas de conflicto y emitir laudos que contengan soluciones coincidentes o por lo menos compatibles con los sistemas conflictuales estatales, fundamentalmente con los de aquellos países en los que eventualmente el laudo puede ser requerido de reconocimiento y ejecución⁵⁵. Los árbitros cuentan entonces con la posibilidad de elegir la ley que presente los vínculos más estrechos con el caso sin necesidad de atarse a ninguna norma de conflicto estatal.

Ahora bien, creemos que el tribunal arbitral, no solamente tiene la posibilidad de crear la norma de conflicto que lo lleve al derecho nacional más íntimamente ligado a la controversia, sino además, si ninguna norma oficial de derecho interno le permite dar la solución que estima como más

(53) SANTOS BELANDRO, Rubén B., *op. cit.* p. 200.

(54) Sobre el método comparativo en todas sus facetas, recomendamos ver BOGGIANO, Antonio, *op. cit.*

(55) Como destaca SANTOS BELANDRO, *op. cit.* p. 201, dicha convergencia no puede ser lograda siempre, porque las normas conflictuales de los distintos sistemas relacionados con el caso pueden estar contrapuestas entre sí. Pero ello no disminuye la libertad del árbitro, ya que el *impasse* puede ser superado buscando una solución basada en su talento.

justa, de crear la solución especialmente adaptada a las características del litigio. Y en esto parece que lo esencial es cuidarse de no contradecir el orden público, tanto prioritario como principista del Estado en donde será necesario llevar a cabo la ejecución forzada del laudo⁵⁶, lo cual continúa siendo el enlace y a la vez el inmodificable elemento de subordinación a los sistemas jurídicos oficiales. Hay entonces un fenómeno de internacionalización mediante el recurso a los usos y prácticas, más no una designación regulatoria por vía del arbitraje pues las soluciones encuentran siempre el "techo" de las concepciones estructurales de justicia de los países con los que el caso se vincula.

V. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Luego de referir a la posibilidad que tienen las partes de someterse a un arbitraje institucional o a un arbitraje *ad-hoc* (art. 11) se pone de manifiesto el principio de libertad de procedimiento, destacando los principios que no podrán dejarse de lado cualesquiera fueren los pasos procesales a seguir, en ambas variantes. Surge así el compromiso de los Estados de hacer respetar los principios del contradictorio, de la igualdad de partes, de la imparcialidad y del libre convenimiento del árbitro. Garantizado ese "páiso" mínimo u orden público procesal unitario, casi todo lo demás es contingente, variable por diversas causas. En primer lugar, porque en los arbitrajes institucionales todo se rige por los reglamentos de las entidades administradoras cuyas reglas son supletorias de lo que dispongan los particulares en sus acuerdos⁵⁷, en segundo lugar, porque tratándose de un arbitraje

(56) Se trata de una posibilidad de similar naturaleza a la que tienen los jueces en cuanto a la elaboración de la norma material de adaptación, aunque sin las actitudes formales con que estos últimos cuentan en lo que hace al seguimiento de los mandatos del legislador. Sobre la norma material de adaptación, ver BOGGIANO, *op. cit.*, I, I, pp. 500-501.

(57) El Reglamento de Procedimientos de la CIAC (versión vigente desde el 1/7/88) establece en su art. 1.1. que sus normas rigen "con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito". Del mismo modo, su art. 1.2. pone en un absoluto pie de igualdad a las normas del Reglamento con las emanadas de la autonomía de la voluntad de las partes al disponer que las normas del Reglamento se aplicarán a menos que colisionen

traje *ad-hoc*, existe total libertad para pactar las etapas y desarrollo —hasta en lo más minucioso— desde el mismo inicio hasta el fin del procedimiento, incluyendo la impugnabilidad del fallo.

Más que entrar en una descripción de las distintas cuestiones reglamentadas con relación al procedimiento, nos interesa en esta instancia poner de resalto una idea que podría no resultar muy clara luego de una primera lectura del articulado de los Acuerdos, especialmente desde el art. 12 en adelante. Nos referimos a que si la razón de ser del arbitraje tiene que ver con el reconocimiento de una potestad de autorregulación y resolución de controversias del modo más conveniente y justo para cada uno de los litigantes (y a la vez para la "comunidad" de litigantes en las relaciones contractuales), no resulta en principio coadyuvante a su progreso y difusión la elaboración de normas profusas y exhaustivas, creando una sensación de "encorsetamiento" innecesario y posiblemente contraproducente.⁵⁸

con alguna disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, pues en tal caso prevalecería esa disposición. Fiecia de la posibilidad de colisión con normas indeseables de algún sistema jurídico nacional, el carácter esencialmente "inmodificable" de las normas reglamentarias se pone de manifiesto en el art. 30 del Reglamento CIAC referido a la renuncia al derecho de objeción cuando se ha seguido adelante con el arbitraje, sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición o requisito del propio reglamento. De igual manera, aunque con una formulación mucho más abarcativa, el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (vigente desde el 1/1/78) habla en su art. 33 de la renuncia entendida como desistimiento del derecho a objejar, cuando se ha consuntivo el cumplimiento de cualquiera de sus disposiciones, como también de cualquier otra norma aplicable al procedimiento, de cualquier instancia del Tribunal Arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje, ratificadas con la constitución del Tribunal o con el desarrollo del proceso. Como puede verse, la idea es el continuo respecto por lo acordado, explícita o implícitamente.

(58) Creemos que una de las razones por las cuales la Convención de Nueva York de 1958 —por ejemplo— ha logrado tan importante número de ratificaciones, se debe en buena medida a que no ostenta un contenido extenso, complejo y detallista, más allá de algunos problemas interpretativos que pueda presentar. Y obviamente, estas son estadísticas que prueban también la Convención de Panamá de 1975 como asimismo la Convención de Montevideo de 1979 sobre "Eficacia extraterritorial..."

Cuando el art. 12.2. h) remite supletoriamente a las normas de procedimiento de la CIAC (mencionando innecesariamente el art. 3 de la Convención de Panamá de 1975) y el 12.2. c), en último término, a lo que decida el tribunal conforme a los principios del art. 11, está dando a entender que todo el despliegue "procesal" que a esa altura del articulado comienza, es —por lo menos— de alguna manera prescindible.

Habrán inconvenientes de coordinación entre el procedimiento que contienen los Acuerdos con superposiciones (doble regulación) respecto de normas del Reglamento CIAC al que se remiten, e incluso con las CUDPI y II ratificadas por los cuatro Estados.

Francamente no parece convincente el excesivo recurso a la "remisión" hacia otras convenciones y normas "privadas" (como los "reglamentos"); véase al respecto el art. 23, que convoca para su aplicación "en lo pertinente"; con respecto a la "ejecución" del laudo extranjero, a las dos CUDPI mencionadas y al Protocolo de Las Leñas sobre "Cooperación y Asistencia Jurisdiccional..." o el art. 25.3. que, contrariamente a lo dicho en el art. 12.2.c), pone ahora como "último refugio" a los principios y reglas de la Ley Modelo CNUDMI de 1985.

En definitiva, el procedimiento arbitral se rige —debe regirse— por las normas que las partes establezcan, tanto de manera integral como parcialmente, completándose los vacíos de la manera que más arriba hemos mencionado, respetando siempre las disposiciones inderogables de algún Estado que requieran su aplicación en circunstancias particulares.

VI. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE FALLOS ARBITRALES EXTRANJEROS

Desde nuestro punto de vista el gran tema en materia de arbitraje internacional es el del reconocimiento y ejecución de sus fallos. Estamos ante un instituto que ha nacido y crecido conjuntamente con el incremento de las relaciones comerciales. Es un modo de coadyuvar a la necesidad de "sobrevivencia" del comercio ante los fatales focamientos que le produce el sometimiento de las controversias a los tribunales oficiales.

El arbitraje es un verdadero "producto" de la autonomía de negociación y como tal, se adecua inmejorablemente a las necesidades de los comerciantes, cuyo convencimiento acerca de las ventajas que presenta, lo ha convertido en un sistema de solución de conflictos con altísimo grado de acatamiento espontáneo de sus fallos. Ahora bien, como de todas maneras en la gran cantidad de arbitrajes que se llevan a cabo en el mundo, existen resistencias de las partes perdidosas, constituyendo una mínima parte pero de un "todo" muy grande, prontamente se vio la necesidad de limitar y unificar las causales de oposición estatal al reconocimiento y ejecución de los fallos arbitrales dictados en el extranjero. Esa preocupación dio como resultado la Convención de Nueva York de 1958 que agrupa prácticamente a dos tercios de los países del mundo. Dicha convención no contiene precisamente una regulación "integral" del arbitraje. En cambio, no ha tenido la misma aceptación la Ley Modelo de la CNUDMI, de 1985, desde nuestro punto de vista, porque viene a configurar una regulación demasiado exhaustiva que no se compadece totalmente con la naturaleza del arbitraje que es en definitiva un camino al que se ingresa por acuerdo de los propios interesados que tienen la posibilidad de elaborar la hoja de ruta detalladamente o aceptar total o parcialmente los derroteros propuestos por las instituciones privadas administradoras.

Los Acuerdos del Mercosur no han "tocado" el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, y esto quizás constituya uno de los mayores méritos que se les pueda atribuir. Simplemente (art. 23) remiten en el tema a la Convención de Panamá de 1975, a la de Montevideo de 1979 y al Protocolo de Las Leñas de 1992. Ello demuestra que los Estados del Mercosur participan de la idea de que el sistema de la Convención de Nueva York de 1958, con sus más de cuarenta años de antigüedad, es útil y debe ser preservado⁵⁹. De modo que, aun aprobándose y ratificándose los Acuerdos Mercosur, subsistirá la oponibilidad limitada de objeciones con-

(59) Recordemos el enorme parecido de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 con la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Una los intentos de reconocimiento y ejecución de fallos arbitrales extranjeros, conforme lo establece la Convención de Panamá de 1975, con los recaudos formales de la Convención de Montevideo de 1979 (o el Protocolo de Las Leñas de 1992, cuando entre en vigencia).

Ello así, si se hubiese dictado un fallo arbitral, frente al no acatamiento de alguna de las partes, ese fallo podrá ser sometido al procedimiento de ejecución por vía judicial, y el resistente sólo podrá prosperar en su intento de impedir tal ejecución, si demuestra, que según el art. 5, existe:

- 1- Invalidez del acuerdo por incapacidad de alguna de las partes conforme a la ley que resulte aplicable.
 - 2- Invalidez del acuerdo por otros motivos extraídos de la ley nacional a la que las partes lo hubieran sometido o, subsidiariamente, del Estado en que se hubiera dictado la sentencia arbitral.
 - 3- Falta de notificación (o indebida notificación) de la designación del árbitro, del procedimiento o cualquier imposibilidad de ejercicio del derecho de defensa.
 - 4- La resolución de cuestiones no previstas en el acuerdo (pudiendo reconocerse y ejecutarse la parte del fallo referida a cuestiones incluidas en el acuerdo).
 - 5- Falta de ajuste al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley de la sede del arbitraje, en lo relativo a la constitución del tribunal y procedimiento.
 - 6- anulación o no obligatoriedad del fallo en el "Estado en que, o conforme a cuya ley haya sido dictada".
 - 7- materia no arbitrable en el Estado de reconocimiento.
 - 8- oposición del contenido del fallo al orden público del Estado de reconocimiento.
- Si no prospera alguna de las mencionadas causas de oposición, y se cumplen los recaudos de la Convención de Montevideo de 1979 (CNDP II), el fallo arbitral será susceptible de reconocimiento y ejecución.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

No resulta sencillo emitir un juicio definitivo sobre los Acuerdos del Mercosur. Desde la dimensión sociológica parece observarse una importante reticencia de los operadores locales a la utilización del arbitraje, quizás por desconfianza basada en el desconocimiento de las posibilidades que brinda. De ahí que sea elogiable la intención los Estados parte de revertir tal situación garantizando razonablemente la suficiente "libertad" de movimiento de los contratantes vernáculos, poniendo a su disposición un sistema claro y suficientemente seguro, tanto en lo relativo a la manera en que se puede pactar, como en cuanto al desarrollo de un procedimiento ágil y efectivo, que resulte notoriamente más sencillo que los canales procesales oficiales, añadiendo a una solución de mayor calidad técnica y dikélogicamente superior, por las cualidades intrínsecas que muestra el sistema de arbitraje en el panorama universal.

Pero la observación de lo que acontece en la realidad y el justo propósito de inducir determinados comportamientos requiere de un acertado diagnóstico y de una adecuada utilización de las herramientas nomológicas que pueden conducir eficazmente hacia los fines buscados.

Y es en la dimensión nomológica⁶⁰ donde vemos las mayores debilidades, tanto en lo que hace a la técnica jurídica, cuanto en lo que tiene que ver con el acierto/desacertio de las regulaciones propuestas.

Ahora bien, parece conveniente tomar en cuenta diferentes aspectos de lo que hace al arbitraje en los Acuerdos del Mercosur. Que los Estados miembros consideraran al arbitraje como un modo plausible de encauzamiento

(60) Sobre las dimensiones sociológica, nomológica y dikélogica, consultar GOLDSCHEMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho", 6^a edición, Depalma, Buenos Aires, 1987 "Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia - Bases en la teoría realista del mundo jurídico", Depalma, Buenos Aires, 1988, como también la angélica obra de Miguel Ángel CUROCAI DANI, egr., "Derecho y política", Depalma, Buenos Aires, 1970, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982-1984, "Estudios Filosóficos", Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986.

de las soluciones de litigios entre particulares, no hay ninguna duda. Si así no fuera, no estarían, por ejemplo, ligados por las CIDIP I y II relativas al tema.

Si nos preguntamos por la motivación de los acuerdos, cabe remitirnos prioritariamente a los "considerandos" de la Decisión CMC N° 3/98, donde se pone de manifiesto el encuadre dentro del compromiso de "armonización" legislativa para lograr el "fortalecimiento" del proceso de integración⁶¹, buscando proporcionar al sector privado métodos alternativos de solución de controversias, *convencidos -los Estados- de la necesidad de uniformar la organización y funcionamiento del arbitraje internacional, para contribuir a la expansión del comercio regional e internacional*⁶².

En los propios considerandos se hace referencia a la existencia de protocolos y convenciones, mencionando inclusive a la "ley modelo" de UNCITRAL de 21/6/85, todo lo cual produce a primera vista la impresión de que se los considera insuficientes para la búsqueda de los fines invocados. Pero es que, si nos detenemos a observar "lo que hay" en común sobre arbitraje entre los países del Mercosur, podríamos concluir que la regulación es relativamente vasta y razonable, siendo lo suficientemente estricta como para permitir el libre "armado" de los procesos -fundamentalmente por vía de las instituciones administradoras- y a la vez limitativa de la actividad como para garantizar resultados previsibles y efectivos.

Si esas son las características salientes -desde nuestro punto de vista- de la normativa "extra-mercrosureña" de la que participan los Estados del Mercosur, cabía al menos aguardar que el legítimo empeño en consagrar una nueva regulación trajera como "novedad" un significativo avance superador de lo existente. No vemos que eso haya ocurrido, sin perjuicio de

(61) Conf. art. I *in fine*, Tratado de Asunción de 1991.

(62) Sobre el papel y características del arbitraje en las circunstancias históricas que vivimos, resulta ilustrativo leer la comunicación hecha por GIURO CALDANI, M. A. para las Jornadas sobre Derecho Internacional Comercial y Procesal, Rosario, 11-12/5/95, publicada bajo el título "El arbitraje internacional y la postmodernidad", en el *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 20, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1995.

que, a pesar de las críticas técnicas que se les puede hacer, sea justo reconocer bondades en el contenido. Decimos que no se advierte una "superposición", sino antes bien, una "superposición" con lo existente, creándose una fuente de dudas no solamente por colisión con las convenciones americanas sino también -debido a la "amplitud" del ámbito espacial de aplicación previsto- con convenciones extra-continenciales que vengán "adosadas" al accionar de "partes foráneas" a las que pretendemos "atraer".

Por otra parte, cabe también señalar que potencialmente hay tipos de casos arbitrables para los que no serán de aplicación los Acuerdos. Todo lo patrimonial "no contractual" y dentro de lo contractual, lo "no comercial", está fuera de la nueva regulación. De modo que habrá supuestas de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que entrarán en cada Estado según y en la medida y condiciones en que la normativa general de fuente interna lo permita.

Desde otro ángulo, estamos convencidos de que el Mercosur no sólo puede, sino que *debe* legislar sobre temas del Derecho internacional privado (que así consideramos al arbitraje internacional, aun compartido con el Derecho procesal internacional), de donde nuestras observaciones a los Acuerdos del Mercosur deben ser interpretadas dentro de una intención constructiva, por más que en varios aspectos no podamos ocultar hasta cierto fastidio por algunos errores, omisiones, contradicciones y dificultades funcionales que prevemos.

Lo que no estamos en condiciones de anticipar es si, de entrar en vigencia, los Acuerdos incidirán decisivamente a favor del incremento de las operaciones comerciales, fundamentalmente entre partes mercrosureñas y partes foráneas, cuestión que está esencialmente relacionada con la política económica de captación de inversiones que desde estas latitudes se instrumenta, en la medida y bajo el cumplimiento de las condiciones que quienes gobiernan la economía mundial establecen. Pero no podemos descartar que, si se da el cauce económico necesario, los Acuerdos puedan llegar a constituirse en un convincente "guiño" jurídico que contribuya al crecimiento de los negocios, especialmente para lograr el ingreso (o retorno) a la actividad exportadora-importadora de los pequeños y medianos industriales y comerciantes.