

American University Washington College of Law

Digital Commons @ American University Washington College of Law

Articles in Law Reviews & Other Academic Journals

Scholarship & Research

2003

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: Un Analisis Critico

Horacio A. Grigera Naón

American University Washington College of Law

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev



Part of the [International Law Commons](#), and the [Law of the Sea Commons](#)

Recommended Citation

Grigera Naón, Horacio A., "El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: Un Analisis Critico" (2003). *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*. 1706.

https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1706

This Article is brought to you for free and open access by the Scholarship & Research at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in Articles in Law Reviews & Other Academic Journals by an authorized administrator of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact kclay@wcl.american.edu.

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un Análisis Crítico

Horacio A. Grigera Naón¹

*Consejero Especial, White & Case LLP, Washington D.C.,
antiguo Secretario General de la Corte Internacional de
Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.*

SUMARIO: Introducción; 1 Ámbito de aplicación; 2 Crítica de algunas disposiciones; 3 Los aciertos del acuerdo; Observaciones finales.

INTRODUCCIÓN

No hay duda que a lo largo de los últimos años, tanto a nivel nacional como internacional, los países de América Latina han llevado a cabo encomiables esfuerzos destinados a modernizar las normas y principios aplicables en materia de arbitraje comercial internacional.

No obstante ello, no siempre los nuevos textos legales resultantes de tales esfuerzos reflejan adecuadamente la evolución en la materia de los países ya poseedores de larga experiencia en dicho ámbito, concuerdan con tendencias internacionalmente aceptadas, u ofrecen soluciones acordes con las necesidades reveladas por la práctica del arbitraje comercial internacional. En esos casos, la crítica constructiva es obligada para reorientar el accionar por rumbos más útiles y productivos.

Es con este espíritu que acometemos el análisis del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (el Acuerdo), entre la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay,² uno de cuyos objetivos centrales

1 Consejero Especial, White & Case LLP, Washington D.C.; antiguo Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

2 Suscrito en Buenos Aires, Argentina, el 23 de julio de 1998; Mercosur/CMC/DEC 3/98. El Acuerdo ha sido ratificado por la Argentina (Ley 25223 del 24 de noviembre de 1999, Boletín Oficial del 5 de enero de 2000) y Brasil (Decreto-Ley 265, Diario Oficial del 29-30 de diciembre de 2000), y se encuentra en vigor en ambos países, al haber ambos depositado los instrumentos respectivos de ratificación (artículo 26(1) del Acuerdo). El último en efectuar dicho depósito fue Brasil por Decreto 4719 del 4 de junio de 2003. Por un acuerdo (aún no ratificado) esencialmente idéntico (Mercosur/CMC/DEC 4/98), Bolivia y Chile, Estados Asociados del Mercosur, se incorporaron al esfuerzo unificador instrumentado a través del Acuerdo.

(Considerando quinto del Preámbulo) – el que creemos mejor intenta sintetizar el contenido del Acuerdo – es atender a:

“(…) la necesidad de uniformar la organización y funcionamiento del arbitraje internacional en los Estados Partes para contribuir a la expansión del comercio regional e internacional.”

1 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conforme a su artículo 1, el Acuerdo rige arbitrajes para la solución de controversias “surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado”. Quedan, pues, excluidos arbitrajes una o todas de cuyas partes sean personas de derecho público. El Acuerdo no define que debe entenderse por “contratos comerciales internacionales”, lo cual da lugar a un considerable margen de inseguridad cuando se trata de fijar su radio de aplicación, y se presta a interpretaciones contradictorias, tanto al nivel de los árbitros, cuanto de los tribunales estatales.

Además del requisito de internacionalidad y comercialidad, a ser satisfecho por la relación jurídica que da lugar a la controversia arbitral, deben cumplirse otros requisitos que definen el “ámbito material y espacial de aplicación” del Acuerdo, previstos en su artículo 3. El Acuerdo no aclara, por otra parte, si el requisito de “internacionalidad” queda automáticamente satisfecho se se cumple alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 3 del Acuerdo (por ejemplo, sus incisos (a) y (b) considerados a continuación), o si responde a un examen autónomo o independiente de lo dispuesto en dicho artículo.

En primer lugar, sorprende comprobar que el Acuerdo no recoge el principio, generalmente aceptado como el más práctico y previsible, según el cual el lugar o sede del arbitraje fija el régimen jurídico aplicable a éste o, en otras palabras, que el Acuerdo se aplica a todo arbitraje internacional que tiene como sede uno de los países que lo han ratificado.

En lugar de ello, el artículo 3 introduce una serie abigarrada de criterios de aplicación, cuya interpretación se presta a la confusión, a la imposición de soluciones encontradas según quién las adopte, y en todo caso, a un nivel de inseguridad e imprevisibilidad notoriamente incompatible con los objetivos del Acuerdo explicitados en su Preámbulo y con las expectativas y necesidades de los operadores comerciales internacionales.

Por ejemplo, el artículo 3(a) del Acuerdo dispone su aplicación obligatoria si, al momento de la celebración del acuerdo o convención arbitral, las partes se encuentran situadas en más de un Estado Parte, aunque la sede del arbitraje no se ubique en un Estado Parte. No se entiende el sentido profundo de esta disposición, que parece responder a alguna inquietud vinculada con la posible evasión fraudulenta de las disposiciones del Acuerdo

por el desplazamiento del lugar del arbitraje. Normalmente, que las disposiciones procesales que éste prevé no sean aplicables, porque la sede del arbitraje no se encuentra en un Estado Parte, no debiera ser considerado una maniobra fraudulenta o violatoria del orden público. Si el fin perseguido era, en cambio, evitar la aplicación del derecho procesal interno del Estado Parte cuando se encuentra presente el tipo de conexidad que prevé la norma, *si la sede del arbitraje se encuentra en un Estado Parte*, la redacción de la disposición no refleja adecuadamente ese fin, y en todo caso no se compadece con la única finalidad material y legítimamente posible de alcanzar por el Acuerdo de operar la uniformización del régimen aplicable a los arbitrajes comerciales internacionales en los Estados Parte.

Por similares motivos, es difícil comprender el sentido práctico o jurídico del artículo 3(b) del Acuerdo que dispone que, aún sin acuerdo de partes, si el contrato “tiene algún contacto objetivo – jurídico o económico – con más de un Estado Parte del Mercosur”, se impondrá la aplicación del Acuerdo, aunque ninguna de los contratantes lo hubiese deseado o previsto, y aunque el tribunal arbitral no tenga su sede en ningún Estado Parte.

El aspecto más asombroso de esta disposición – que de ser observada en su sentido estricto conduciría a resultados seguramente no queridos, ni por los autores de estos textos, ni por los operadores comerciales con actuación en el ámbito del Mercosur – es que parece dar por sentada o aceptada la proyección exorbitante de la aplicación del Acuerdo a situaciones que no es lógico que éste pueda reglar, o que no podría reglar sin infringir limitaciones impuestas por el derecho internacional público, en cuanto importaría una intromisión inadmisibles en la legislación en materia arbitral del país – no ratificante el Acuerdo ni miembro de Mercosur – donde el arbitraje en cuestión efectivamente tiene su sede. Se trataría de una proyección exorbitante de la *legislative jurisdiction* o la *jurisdiction to prescribe*, que el derecho internacional público no condona, y en realidad condena.³

Por ejemplo, ¿cómo podría aceptarse que, en virtud de la aplicabilidad del Acuerdo según los artículos 3(a) o (b) citados – o según el artículo 3(d) del Acuerdo⁴ – los jueces del lugar del arbitraje, situado fuera del territorio de un Estado Parte, deban entender en la nulidad de un laudo emitido en ese lugar exclusivamente según las disposiciones o causales previstas en el Acuerdo (artículo 22, al cual deben ajustarse los jueces⁵ para decidir acerca

3 I Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States, § 403-404, p. 244 y sigs. (1987).

4 Según esta disposición, el Acuerdo sería aplicable también si “(...) el contrato base no tuviere ningún contacto objetivo – jurídico o económico – con un Estado parte del MERCOSUR, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo”.

5 Obsérvese que el artículo 22(1) del Acuerdo, a diferencia de otras de sus disposiciones, se refiere a la “(...) autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral (...)” y no a las del *Estado Parte* donde se encuentre dicha sede, de donde se colige que dicho artículo 22, en su integralidad, proyecta su aplicación tanto a hipótesis en que la sede del arbitraje se encuentra en un Estado Parte, como cuando ésta se ubica en un tercer Estado. Cabe destacar, además, que en el artículo 2(i) del Acuerdo (versión en

de peticiones encaminadas a obtener la nulidad del laudo o sentencia arbitral) y no las de su propio derecho procesal en materia arbitral? Imponer solución semejante, además de ser incompatible con los principios apuntados consagrados por el derecho internacional, carece de sentido práctico, pues no impedirá a las partes en la controversia dirigirse a los tribunales estatales de país de la sede arbitral para solicitar la nulidad del laudo exclusivamente conforme a las leyes de dicho país.

No menos impropia y artificial es la solución del artículo 3(e) del Acuerdo: se requiere la voluntad expresa de las partes para que un arbitraje con sede en algún país del Mercosur se encuentre regido por el Acuerdo si el contrato que origina la controversia no tuviere “ningún contacto objetivo – jurídico o económico – con un Estado Parte”. Tal exclusión automática del régimen procesal del país de la sede del arbitraje para arbitrajes internacionales no parece reconocer equivalente actual en el derecho comparado,⁶ y es difícil entender los valores jurídicos o los propósitos prácticos resguardados o perseguidos por esta disposición, salvo si con ella se intenta apartar la aplicación de legislación interna – particularmente de naturaleza procesal – inapropiada para regir arbitrajes internacionales. Pero si así fuere, también en relación con las situaciones cubiertas por el artículo 3(e) del Acuerdo, la solución correcta y previsible hubiese sido regir todo arbitraje comercial internacional con sede en alguno de los Estados Parte por normas uniformes introducidas por un instrumento internacional como el Acuerdo, y por consiguiente parte integrante del ordenamiento jurídico de cada uno de ellos, cuidando, naturalmente, que tales normas se encuentren adaptadas a las necesidades del arbitraje comercial internacional y a las expectativas legítimas de los operadores comerciales internacionales cuando contemplan someter sus diferencias al arbitraje comercial.

2 CRÍTICA DE ALGUNAS DISPOSICIONES

(i) Arbitraje y protección del más débil

El artículo 4(1) del Acuerdo requiere que la “convención arbitral” otorgue “un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión”.

castellano), que contiene definiciones de distintas palabras o expresiones contenidas en el Acuerdo, al definirse –también a los efectos del artículo 22 del Acuerdo – la “sede” del tribunal arbitral, se hace referencia al “Estado elegido por los contratantes”, lo cual confirma la interpretación de que el artículo 22 precitado se aplicaría aún en caso en que la sede del tribunal arbitral se encontrara en un Estado que no sea un Estado Parte. Curiosamente, en su versión en portugués, el artículo 2(i) del Acuerdo hace referencia exclusivamente a Estado Parte a los efectos de la definición respectiva; sin embargo, el artículo 22(1), también en su versión en portugués, se refiere, como en la versión castellana, en forma genérica, “(...) a autoridade judicial do Estado sede do tribunal arbitral (...)”, sin limitarse a los *Estados Parte*.

6 Si bien la legislación suiza permite excluir por acuerdo de partes, en los arbitrajes internacionales con sede en Suiza, las vías de recurso previstas en dicha legislación contra laudos dictados en tales arbitrajes, a diferencia de lo que se desprende del artículo 3(e) del Acuerdo, tal exclusión no se extiende a la totalidad de la *lex arbitrii*. Ver Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, artículo 192. Disposición similar se encuentra en la Ley General de Arbitraje del Perú (Ley 26572) del 5 de enero de 1997, artículo 126.

Es difícil percibir el sentido de esta disposición dentro del marco de contrataciones comerciales internacionales entre operadores sofisticados, que no se encuentran normalmente encuadradas dentro de las normativas nacionales destinadas a proteger al consumidor. Este tipo de disposición favorece las maniobras de mala fé de contratantes interesados en sabotear la validez o efectos de la cláusula arbitral, o la marcha regular y normal del proceso arbitral, tras la apariencia de la protección del más débil. Es fácil concebir que la parte que desea crear trabas, o aún neutralizar, una instancia arbitral ya instaurada, invocará ante los tribunales estatales o los mismos árbitros, que la cláusula arbitral es “abusiva” o no responde al requerimiento de “tratamiento equitativo”, con el encarecimiento de los costos y gastos del arbitraje o relacionados con éste que demandaría entender en tales cuestiones, más las inevitables demoras consiguientes.

Tratándose de transacciones comerciales internacionales, quienes participan en ellas y pactan cláusulas arbitrales, son generalmente sociedades o corporaciones, operadas por directivos avezados y con acceso a asesoramiento jurídico especializado, de quienes se presume la sofisticación suficiente para pactar o no el arbitraje, y en caso afirmativo, bajo cuales condiciones. La tipología del contrato de adhesión y sus repercusiones en el medio de solución de controversias – más apropiada para la protección de personas físicas o de no comerciantes, dentro de un contexto doméstico – no debe proyectarse automáticamente al ámbito del arbitraje comercial internacional. Si la meta perseguida – perfectamente loable – del legislador es tutelar categorías definidas de contratos o de personas, toda restricción relativa al arbitraje internacional y las condiciones bajo las cuales éste puede o debe ser pactado deben consignarse en la legislación sustantiva específicamente aplicable a la categoría en cuestión. Por ejemplo, si el objetivo es amparar al consumidor, las limitaciones referentes a la validez y aplicabilidad de cláusulas arbitrales deben establecerse en la legislación pertinente relativa a la protección del consumidor, de manera que tales limitaciones sólo adquieran relevancia para aquéllos casos en que las condiciones de aplicación sustantiva de dicha legislación al contrato internacional que contiene la cláusula arbitral – o a ésta por sí sola – se encuentran reunidas. Requerir de toda cláusula arbitral incorporada en todo contrato comercial internacional condicionamientos genéricos o abstractos como los previstos en la norma criticada, no favorece el funcionamiento o el desarrollo del arbitraje internacional en los Estados Parte como medio de contribuir a la “expansión del comercio regional e internacional”, responde a un paternalismo protector para el cual hay poca cabida en el ámbito del derecho del arbitraje comercial internacional, y no se compadece con una “práctica” del arbitraje “acorde con las peculiaridades de las transacciones internacionales”, según se postula en los Considerandos del propio Acuerdo.⁷

7 Preámbulo del Acuerdo, Considerandos quinto y sexto.

(ii) Derecho aplicable al Acuerdo Arbitral

No se entiende por qué el artículo 7(2) del Acuerdo – que hace depender la validez de la cláusula arbitral del derecho del Estado Parte sede del arbitraje – se aparta del régimen generalmente aceptado – entre otras, por la Convención de New York de 1958 en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (artículo V 1.(a)) – según el cual la validez de la convención arbitral se rige por la ley de autonomía – la elegida por las partes – y sólo supletoriamente, por algún otro criterio.

La autonomía de la voluntad, como principio generalmente aceptado del derecho internacional privado, aún en relación con cuestiones relativas a la validez de las convenciones y contratos, es el que debe prevalecer, sin perjuicio que, si el acuerdo arbitral se encuentra o puede encontrarse alcanzado por alguna nulidad absoluta bajo normas de orden público del lugar del arbitraje, de aplicación necesaria e inexcusable a un arbitraje internacional, los árbitros deban tenerla en cuenta al decidir sobre dicha cuestión, que seguramente repercutirá en su jurisdicción para entender en el caso.

Finalmente, atento a que el artículo 7(2) del Acuerdo sujeta la validez de la cláusula arbitral al derecho del Estado Parte sede del Tribunal Arbitral, será necesario, para su aplicación, que dicha sede sea conocida. Sin embargo, dicha disposición guarda silencio para la hipótesis donde dicha sede no es conocida, porque las partes no la han fijado al acordarse sobre el arbitraje, y dicha fijación se encuentra aún pendiente al cuestionarse la validez de la cláusula arbitral, lo que puede ocurrir aún antes de constituido el Tribunal Arbitral (por ejemplo, ante una corte estatal). El principio de la autonomía de la voluntad para fijar la validez de la cláusula arbitral permitiría superar ese problema, no sólo si las partes han fijado expresamente el derecho aplicable a la cláusula o convención arbitral (lo cual raramente ocurre), sino también, conforme a la práctica generalmente aceptada a través de numerosos pronunciamientos arbitrales, cuando las partes no lo han hecho, en cuyo caso – también merced al principio de la autonomía de la voluntad – se presume que éstas han entendido regirla por el derecho aplicable a la relación jurídica sustantiva en la que se origina la controversia que se desea someter a arbitraje.

Tampoco se entiende por qué el artículo 6(2) del Acuerdo ata rígidamente la validez formal del acuerdo arbitral al lugar de su celebración. Tratándose de arbitrajes internacionales – como ocurre también en otros campos, y como se encuentra recogido por tendencias desde hace larga data vigentes en el derecho internacional privado⁸ – el objetivo perseguido es

⁸ Ver, por ejemplo, Convención de Roma Acerca del Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales del 19 de junio de 1980, artículo 9(1).

regir la forma de los actos jurídicos por la ley que favorezca la validez de dichos actos, trátase de la del lugar de celebración del acuerdo arbitral, de la que rige en cuanto al fondo el contrato que incorpora la convención o acuerdo arbitral⁹ y, quizás, de la del domicilio común de las partes.

Otra manera de resolver el problema – quizás la más apropiada – es simplemente introducir una norma material que rija la validez formal de la cláusula arbitral, cuya aplicación directa y necesaria dependa de la ubicación de la sede del arbitraje internacional en el país autor de la norma material. Habiendo ya el artículo 6(1) del Acuerdo establecido que la convención arbitral deberá constar por escrito, hubiera bastado enunciar o definir los medios de exteriorización escrita del acuerdo o convención arbitral para que se consideren satisfechos, cuando se ha recurrido a ellos, los requisitos que hacen a su validez formal, como lo ha hecho, por ejemplo, el legislador suizo.¹⁰ Dicha norma material sería aplicable cada vez que la sede del tribunal arbitral se ubicase en un Estado Parte.

(iii) Derecho aplicable al Fondo de la Controversia

El artículo 10 del Acuerdo¹¹ en materia de derecho aplicable por los árbitros al fondo de la controversia no se compadece, tampoco, con las actuales tendencias en la materia, reflejadas tanto a través de legislaciones nacionales sobre arbitraje internacional, como de los reglamentos arbitrales de las instituciones internacionales especializadas generalmente reconocidas.

Al limitar la autonomía de las partes a la elección de un “derecho”, el artículo 10 del Acuerdo parece excluir la posibilidad de que aquéllas se inclinen por elegir normas especialmente creadas por ellas, o usos, prácticas o principios generales, que pueden no conformar un “derecho”, expresión normalmente reservada para designar derechos nacionales que constituyen necesariamente un conjunto sistematizado y autónomo de normas y principios. Por ese motivo, y por ejemplo, el artículo 17(1) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional alude a “normas jurídicas”, y no a “derecho” al referirse al principio de la autonomía de la voluntad para la determinación del régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia. No es otra la solución de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (la Ley

9 Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, p. 381-382; n. 603-604 (1996).

10 Artículo 178(1), Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado: “*As regards its form, an arbitration agreement shall be valid if made in writing, by telegram, telex, telecopier or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text*”.

11 “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 comercial internacional. Si las partes nada dispusieron en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes.”

Modelo) cuando se trata de una elección expresa de dicho régimen jurídico operada por las partes (art. 28(1)).

Es particularmente crítica, además, la referencia en el artículo 10 del Acuerdo al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la selección del derecho aplicable, ejercicio éste que habría de basarse en el “derecho internacional privado y sus principios, así como en el derecho comercial internacional”. Una de las cuestiones a dilucidar no es sólo como se identifican y determinan, en relación con cada caso concreto, las normas y principios provenientes de dichas fuentes, sino el rol que les es destinado para establecer posibles limitaciones a la libertad de las partes o, en su caso, de los árbitros para fijar el derecho aplicable al fondo de la controversia.

¿Qué significa “derecho internacional privado” dentro de la arquitectura de esta norma? Generalmente, se considera que hay tantos derechos internacionales privados como naciones en el globo. Si significa el derecho internacional privado del país de la sede del arbitraje, por ejemplo, (interpretación, esta, ciertamente posible), ello contrariaría la tendencia generalmente aceptada según la cual ni las partes de una convención de arbitraje ni los árbitros internacionales se encuentran ligados por las normas de conflicto de leyes del país del lugar del arbitraje, aunque, posiblemente sí por las leyes de policía de dicho país aplicables al fondo del asunto.¹² Si fué esto último lo que se quiso decir, así debió ser dicho.

Si con ello se entiende, en cambio, no una referencia a un derecho internacional privado particular o específico, sino a reglas y principios generalmente aceptados del derecho internacional privado, ello haría necesario desgranar, luego de un exhaustivo estudio del derecho comparado en cada caso concreto, cuáles son tales reglas y principios, y en que medida introducen limitaciones a la autonomía de las partes en la selección del derecho aplicable. Si así fuese, ello exigiría un agotamiento de tiempo y esfuerzo y gastos considerables de asesoramiento jurídico, lo cual es en principio incompatible con las necesidades del comercio internacional y con la función que debe desempeñar el arbitraje comercial internacional para atender a dichas necesidades, sobretodo si dicho ejercicio habrá de traducirse en alegaciones con su respectivo soporte probatorio ante el tribunal arbitral llamado a determinar si el derecho elegido lo ha sido conforme al artículo 10 del Acuerdo, y si, a la postre, posiblemente no brindará respuestas concluyentes y generalmente consensuadas a los interrogantes planteados.

No se entiende, tampoco, cuál sería el papel del “derecho comercial internacional” para establecer tales límites, o si éste puede ser distinguido del “derecho internacional privado y sus principios” cuando se trata de

12 Ver H. Grigera Naón, *Los árbitros internacionales, ¿Pueden o deben aplicar las leyes de policía?*, en *Liber Amicorum Jürgen Samtleben, J. Kleinheisterkamp y G. Lorenzo Idiarte Eds.*, p. 599 y sigs. (2002).

precisar criterios para evaluar la selección del derecho aplicable al fondo de la controversia y los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad en tal selección. En todo caso, el esfuerzo para establecer ante los árbitros tales reglas y principios no será menor, ni menos costoso, que el necesario para alcanzar idéntico resultado en materia de derecho internacional privado.

En realidad, los límites de ambas fuentes jurídicas y su interacción recíproca no son fáciles de delinear. Si bien puede admitirse que el derecho comercial internacional ha introducido modificaciones a posiciones más tradicionales, o quizás anticuadas, relativas a las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia del derecho aplicable a los contratos internacionales, tradicionalmente consagradas por el derecho internacional privado de fuente nacional, puede afirmarse que tales modificaciones integran hoy por hoy el derecho internacional privado y sus principios. En todo caso, las referencias a distintas fuentes para fijar el ámbito de la autonomía de las partes o definirla, si bien pueden prestarse a interesantes disquisiciones académicas, brindan un pobre servicio a los árbitros, que verán multiplicarse ante sí las posibilidades de que aún una selección clara y expresa del derecho aplicable por las partes sea atacada, un excelente servicio al litigante interesado en utilizar al proceso arbitral como un instrumento para sabotear la resolución expeditiva, económica, eficaz y justa de la controversia sometida a arbitraje, y un claro perjuicio para el litigante de buena fe, principal víctima de toda esta innecesaria complicación.

Es posible, finalmente, que los autores del artículo 10 del Acuerdo hayan perseguido, con la introducción de referencias a nociones o fuentes tan generales o difusas, permitir a las partes y, en defecto de una determinación por éstas, a los árbitros, la aplicación de reglas materiales que rigen de manera directa las operaciones comerciales y económicas internacionales, tanto de origen nacional como anacional (*lex mercatoria*). Esto importaría, por cierto, suscribirse a una definición amplia del sentido, alcances, metodología y efectos del derecho internacional privado, lo cual, naturalmente, es perfectamente defendible. El problema con esta interpretación es que el artículo 10 del Acuerdo utiliza exclusivamente el término "derecho" para referirse al régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia; y que en materia de arbitraje comercial internacional, y más específicamente cuando se trata de fijar el régimen jurídico aplicable a las cuestiones de fondo en las que deben entender los árbitros, el término "derecho" excluye normas, principios o reglas de fuente anacional o internacional general, y se limita tan sólo a los derechos nacionales o a convenciones internacionales ratificadas por los Estados cuyas condiciones de aplicación se encuentren reunidas en el caso concreto.¹³ Hubiera sido

13 Cabe destacar que el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en su texto anterior al actualmente vigente, al considerar la determinación de la normativa jurídica aplicable por los árbitros al fondo del litigio, se refería al "derecho" o a la "ley" seleccionada por las partes, o en su defecto, identificada por los árbitros a partir de la aplicación de una norma de conflicto o de derecho

mucho más sencillo – si la intención de los autores del Acuerdo hubiese sido conferir plena autoridad a las partes para pactar la aplicación de normas materiales o *lex mercatoria*, pero restringir la facultad de los árbitros a la selección exclusiva de un derecho nacional en caso del silencio de éstas – ajustarse a lo dispuesto en el artículo 28(1) de la Ley Modelo. En cambio, si la intención de los autores del Acuerdo era brindar total libertad en la elección tanto a las partes cuanto a los árbitros cuando aquéllas no hubiesen estipulado acerca del derecho aplicable, el modelo ofrecido por el artículo 17(1) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional hubiese sido el más apto.¹⁴

(iv) Sede e idioma

Es difícil entender la finalidad perseguida cuando el artículo 13(1) del Acuerdo le impone a los árbitros – a falta de acuerdo de partes – la obligación de fijar la sede del tribunal arbitral en el territorio de alguno de los Estados Parte. Atento a los criterios sumamente expansivos de aplicación del Acuerdo previstos en su artículo 3 – ya examinados con ojo crítico – podría ocurrir (ver, por ejemplo, artículo 3(b)), que la única base para su aplicación sea “algún contacto objetivo – jurídico o económico – con un Estado Parte del Mercosur”. ¿Por qué, en una hipótesis tal, si los árbitros, teniendo en cuenta los intereses, conveniencia física y jurídica, y ubicación geográfica de partes y árbitros – que imaginamos, por ejemplo, no localizados en ningún país del Mercosur – habrían de ver limitada su capacidad para escoger el lugar del arbitraje a uno de dichos países? Intentará el artículo 13(1) del Acuerdo hacer prevalecer alguna trasnochada noción de protección del orden público de los países del Mercosur? Aún si así fuese, no se percibe cual sería tal noción, y de que forma dicha disposición permitiría darle andamio.

Pero aún fuera de una hipótesis – perfectamente factible – como la arriba planteada, no se vé cual es la razón para apartarse del principio tradicional según el cual corresponde al tribunal arbitral elegir la sede del arbitraje – sin restricciones geográficas impuestas en abstracto y *a priori* – en caso de silencio o disenso de las partes, luego de haber escuchado éstas, principio que ha sido recogido por las mismas Reglas de Procedimiento de la

internacional privado juzgada apropiada para el caso en cuestión (artículo 13(5)). Justamente para subrayar que ni las partes ni los árbitros se encuentran sujetos a la aplicación de un derecho nacional ni a las doctrinas habituales del derecho internacional privado en materia de conflicto de leyes, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional actualmente vigente (a partir del 1º de enero de 1998) no se refiere al *derecho* ni a la *ley* aplicables, sino a *normas jurídicas (rules of law* en el texto oficial en lengua inglesa), y excluye toda referencia a las normas de conflicto o de derecho internacional privado en la operación de identificación por los árbitros del derecho aplicable en ausencia de una estipulación de las partes al respecto (artículo 17(1)).

14 “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.”

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, de aplicación supletoria a arbitrajes *ad hoc* según el artículo 12(2)(b) del Acuerdo en caso de ausencia de estipulación de las partes acerca del reglamento o reglas arbitrales aplicables a tales arbitrajes. En todo caso, es de esperar que el artículo 13(1) del Acuerdo no se entenderá aplicable cuando el reglamento arbitral institucional libremente elegido por las partes conforme al artículo 12(1) del Acuerdo no contenga – como necesariamente no habrá de contener si se trata de los reglamentos internacionalmente reconocidos – restricción de esa índole. En todo caso, tal disposición no debe ni puede aplicarse cuando las partes han seleccionado la aplicación del Reglamento Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, donde la sede del arbitraje en caso de silencio de las partes al respecto no es fijada por los árbitros, sino por la misma Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (artículo 14(1)).

Tampoco es comprensible que a falta de acuerdo de partes, la lengua o idioma del arbitraje dependa de la ubicación de la sede del tribunal arbitral, como lo dispone el artículo 13(2) del Acuerdo. Son criterios más importantes para definir esta cuestión el idioma en que el contrato que origina la disputa ha sido redactado, el de la correspondencia intercambiada por las partes o de la prueba documental vinculada al caso, el que mejor convenga para la comunicación recíproca de partes y árbitros, que el hablado en el país de la sede del tribunal arbitral, cuya selección normalmente responde a criterios y condicionamientos que nada o poco tienen que ver con tales circunstancias y, en definitiva, la lengua del arbitraje, y dónde no habrán de desenvolverse, necesariamente, el procedimiento arbitral, la instrucción de la prueba, ni las audiencias.¹⁵ Los reglamentos arbitrales de aceptación universal no contienen disposición semejante,¹⁶ y es de esperar, una vez más, que el sentido común predomine y que se excluya la aplicación del artículo 13(2) del Acuerdo cuando el reglamento arbitral o las reglas procesales seleccionadas o pactadas para regir el arbitraje no contengan disposición equivalente.

(v) Ejecución de laudo o sentencia extranjero

El artículo 23 del Acuerdo establece la aplicación “en lo pertinente” de la Convención Interamericana de Panamá de 1975, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur (o Protocolo de Las Leñas), y la Convención

15 El lugar o sede del arbitraje sólo cumple el rol de localizarlo jurídicamente pero no es determinante del lugar donde se realizarán audiencias ni dónde se producirá la prueba: ver, por ejemplo, artículo 14(2) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. En sentido concordante, artículo 2(i) del Acuerdo, que al definir “sede del tribunal arbitral” la distingue del “lugar de actuación del tribunal”.

16 Ver, por ejemplo, artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional: “A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal Arbitral determinará el o los idiomas del arbitraje teniendo en cuenta cualesquiera circunstancias pertinentes, incluido el idioma del contrato”.

Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979, para determinar si un laudo o sentencia arbitral extranjero es o no ejecutable.

Esta disposición no hace más que hacer patente los serios interrogantes planteados por el orden de precedencia en la aplicación de las distintas convenciones ratificadas por los países del Mercosur, cuyas disposiciones son en parte incompatibles o contradictorias las unas con las otras, son – en el caso del Protocolo de Las Leñas y de la Convención Interamericana de Montevideo – en su mayoría claramente inapropiadas para regir laudos arbitrales referidos a casos comerciales internacionales –, y cuyas condiciones de aplicación e interacción recíproca distan de ser claras o de prestarse a una interpretación unívoca. No nos detendremos más sobre este tema, que ya ha sido objeto de análisis críticos de nuestra parte, y de la de otros.¹⁷ El hecho que el artículo 23 del Acuerdo establezca la aplicación de dichas convenciones “en lo pertinente” traduce la impotencia de sus autores para establecer pautas claras y precisas que permitan arrojar alguna luz sobre estas cuestiones, o para neutralizar las consecuencias negativas para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en los Estados Parte resultantes de la aplicación de algunas de ellas.

Llama la atención, sin embargo, el silencio absoluto del Acuerdo acerca de la posible aplicación de la Convención de las Naciones Unidas de Nueva York de 1958 en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (la Convención de Nueva York), que ha sido ratificada por los 4 Estados Parte en distintos momentos. ¿Por qué excluir la posible aplicación de dicha Convención “en lo pertinente”? ¿Cabría concluir, pues, que no se considera “pertinente” la aplicación de la Convención, por vía principal o subsidiaria?

Tal conclusión no dejaría de sorprender. No sólo porque ello importaría negar lisa y llanamente toda trascendencia a la Convención de Nueva York, la más importante del mundo en materia de arbitraje internacional, que además de ratificada por todos los Estados Parte de Mercosur y Bolivia y Chile, proyecta su aplicación en términos singularmente amplios, sino, además, porque si no puede conocerse de antemano, de la lectura del artículo 23 del Acuerdo, si la aplicación de las convenciones mencionadas en dicho artículo, en un caso concreto, será “pertinente” o no, tampoco podría, de antemano, excluirse la pertinencia de la aplicación en todo o en parte de la Convención de Nueva York, aunque más no fuere subsidiariamente, si la aplicación de ninguna de aquéllas fuera por acaso “pertinente”, salvo si, para tal hipótesis, los autores del Acuerdo hayan entendido que, cuando las

17 H. Grigera Naón, *Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*, en *Enforcement of Arbitration Agreements in Latin America*, B. Cremades Ed., p. 95 y sigs., esp. p. 103-105 (1999); J. Kleinheisterkamp, *Conflicts of Treaties on International Arbitration in the Southern Cone*, en *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, J. Kleinheisterkamp y G. Lorenzo Idiarte Eds., p. 667 y sigs. (2002).

condiciones de aplicación del Acuerdo se encuentran reunidas, al quedar excluida la aplicación de la Convención de Nueva York ante el silencio que guarda el artículo 23 del Acuerdo en relación con ella, será de aplicación supletoria y excluyente el derecho interno de cada Estado Parte en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Esta última hipótesis sería también preocupante. Obsérvese, por ejemplo, que como se ha demostrado al analizar el artículo 3 del Acuerdo, éste pretende extender la aplicación de sus disposiciones aún a arbitrajes internacionales con sede fuera de los Estados del Mercosur. Sería violatorio de las obligaciones bajo derecho internacional público asumidas frente a terceros Estados que han ratificado la Convención de Nueva York y que no son parte en ninguna de las convenciones mencionadas en el artículo 23 del Acuerdo si, al presentarse para su reconocimiento o ejecución en alguno de los Estados Parte un laudo dictado por un tribunal arbitral cuya sede no se encuentra en cualquiera de dichos Estados Parte, pero sí en un Estado ratificante de la Convención de Nueva York, el tribunal estatal llamado a entender en el asunto se rehusase a aplicar la Convención de Nueva York porque (i) considera que se aplica el Acuerdo bajo alguna de las hipótesis previstas en su artículo 3; (ii) no figura la Convención de Nueva York entre las listadas en el artículo 23 del Acuerdo y, por ende (iii) sólo es aplicable el derecho interno del país del tribunal estatal en cuestión referente al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

3 LOS ACIERTOS DEL ACUERDO

El Acuerdo tiene el mérito de introducir a través de sus disposiciones mejoras importantes relativas a algunos aspectos del régimen jurídico imperante en algunos de los Estados Parte. Entre ellas, cabe mencionar las siguientes:

1. Se establece que si las partes nada han pactado, el arbitraje será de derecho, y no de equidad (artículo 9).

2. La relevancia particular otorgada a la autonomía de la voluntad para determinar las reglas procesales que regirán el arbitraje, ya sea institucional o *ad hoc* (artículo 12).¹⁸

3. El reconocimiento de la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia (artículo 18).

18 Aunque quedan en pie las observaciones críticas efectuadas en el presente artículo acerca de la interacción entre tales reglas procesales pactadas y disposiciones en el Acuerdo que se presentan como normas imperativas incompatibles con las normalmente aceptadas en materia de arbitraje comercial internacional en el derecho comparado y, por ende, con las reglas contempladas en los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales de reconocimiento mundial.

4. El reconocimiento de la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares (artículo 19). No obstante ello, esta disposición nos merece la siguiente observación crítica. El artículo 19(2) del Acuerdo sólo permite al tribunal arbitral dictar tales medidas a través de un laudo provisional o interlocutorio, cuando la práctica arbitral y los reglamentos relativos al arbitraje internacional no imponen para cursar dichas medidas el dictado de un laudo, o expresamente permiten que aquéllas revistan la forma de una mera orden procesal del tribunal arbitral,¹⁹ que por distintos motivos, y en determinadas circunstancias, puede ser más adecuada o aconsejable. Es de esperar que esta disposición del Acuerdo no sea considerada imperativa y sea desplazable por las reglas procesales – institucionales o no – pactadas por las partes para regir el procedimiento arbitral.

5. El Acuerdo regula de manera apropiada el laudo arbitral y sus condiciones de emisión (artículo 20), salvo que el artículo 20(1) dispone que el laudo "(...) decidirá completamente el litigio", lo cual es desafortunado si se interpreta, como ha ocurrido por las cortes estatales de algunos países de América Latina,²⁰ que no es posible el dictado en un mismo procedimiento arbitral de laudos parciales que resuelvan progresivamente distintos aspectos – procesales y de fondo – de las desavenencias entre las partes. La práctica del arbitraje comercial internacional confirma de manera irrefutable que en muchas oportunidades un caso arbitral sólo puede ser resuelto de manera adecuada a través de sucesivos laudos parciales que diriman progresivamente distintos aspectos procesales y de fondo que hacen a las desavenencias entre las partes.

OBSERVACIONES FINALES

El Acuerdo es revelador de una de las debilidades del movimiento – desde hace ya varios años observable en América Latina – tendiente a favorecer el desarrollo y aceptación del arbitraje comercial en la región. Tal debilidad radica en que, en parte todavía sustancial, dicho movimiento depende de iniciativas originadas en medios gubernamentales, enmarcadas dentro de objetivos políticos más generales, no siempre inspirados en el desarrollo del arbitraje comercial internacional, con poca o escasa participación, llegado el momento de la elaboración jurídica, de los medios económicos y empresarios a los cuales la normativa en materia de arbitraje comercial internacional se encuentra fundamentalmente destinada, y sin que medie un previo y amplio debate público de los proyectos legislativos que

19 Por ejemplo, art. 23(1), Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; art. 21(2), International Arbitration Rules del International Centre for Dispute Resolution de la American Arbitration Association, similares en este aspecto a las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

20 H. Grigera Naón, ICC Arbitration and Courts of Law: Practical Experiences in Latin America, en Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, R.Briner, Y. Fortier, K.P.Berger y J. Bredow Eds., p. 231 y sigs., esp. p. 235-236 (2001).

pretenden modernizar la situación normativa existente, en el que se otorgue oportunidad suficiente a instituciones arbitrales y expertos especializados en la materia y con amplia experiencia internacional, para pronunciarse sobre los proyectos en cuestión.

Es preocupante, además, que el Acuerdo y otros instrumentos internacionales en materia de arbitraje comercial internacional en el ámbito del Mercosur cristalicen, al nivel de los compromisos internacionales de los Estados Parte, normas y principios no siempre conducentes al desarrollo del arbitraje comercial internacional conforme a las tendencias modernas y generalmente aceptadas en el mundo en la materia; instrumentos éstos que interactúan dentro de un marco desordenado donde será difícil determinar las normas aplicables por jueces y árbitros a cada caso concreto.

Es de preguntarse, por otra parte, si dicha cristalización, operada a través de tratados internacionales, que en el caso del Acuerdo se presenta como la introducción de normas sustantivas uniformes para todos los Estados Parte, no compromete seriamente o paraliza esfuerzos individuales de cada Estado Parte para modificar su propia legislación en materia de arbitraje comercial internacional en concordancia más adecuada con las tendencias prevalecientes en el mundo en la materia.

No cabe descartar, por cierto, que el espíritu creativo de jueces, árbitros y juristas, sinceramente empeñados en fomentar el desarrollo del arbitraje comercial internacional en los Estados Parte, encontrará canales interpretativos para superar todas o algunas de las deficiencias apuntadas en el presente trabajo. Pero hasta que tales esfuerzos resulten enteramente triunfantes y sean, por ejemplo, recogidos por una jurisprudencia firme y constante aceptada por los tribunales de todos los Estados Parte, seguramente transcurrirá largo tiempo, y en el interín, el daño ya se habrá infligido: mientras ello no ocurra, y aún durante un lapso prolongado posterior, los operadores económicos internacionales mirarán con desconfianza, al planificar sus contrataciones, la inclusión de cláusulas arbitrales donde se contemple alguno de los Estados Parte como sede del arbitraje.