

ACUERDO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DEL MERCOSUR

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. El 23 de julio de 1998 mediante decisión N° 3/98, el Consejo del Mercado Común aprobó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, preparado por la Reunión de Ministros de Justicia, que constituye un importante aporte para el sistema de solución de controversias en el proceso integrador regional ⁽¹⁾. La disponibilidad de un sistema adecuado de solución de controversias posee especial significación para todo régimen, en nuestro caso, para el del Mercosur, que pretende constituir un nuevo mercado y puede llegar a evolucionar, como deseamos, hacia una unión en los diversos aspectos de la convivencia, o sea, a formar la Unión del Sur. Suele decirse, con razón, que “allí donde existen dos hombres que carecen de ... un juez común al que apelar ... para que decida en las disputas sobre derechos que surjan entre ellos, los tales hombres siguen viviendo en estado de Naturaleza ...”⁽²⁾.

El sistema de solución de controversias del Mercosur, hasta ahora apoyado de manera principal en los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto y condicionado en mucho al apoyo estatal a los reclamos de los particulares, necesitaba y necesita aún ser perfeccionado. Creemos que el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional es un aporte importante al respecto.

2. El preámbulo del Acuerdo destaca la necesidad de proporcionar al sector privado de los Estados Partes del Mercosur métodos alternativos para la resolución de controversias surgidas de **contratos comerciales internacionales** concluidos entre personas físicas o jurídicas de Derecho Privado. Lo propio se establece en el artículo 1 de la parte dispositiva.

(*) Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Pueden v. nuestras “Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998; Ministerio de Justicia de la Nación - República Argentina, “Solución de Controversias y Cooperación Interjurisdiccional en el Mercosur”, Bs. As., 1997.

(2) LOCKE, John, “Ensayo sobre el gobierno civil”, trad. Amando Lázaro Ros, 1ª ed. en B. I. F., Madrid, Aguilar, 1969, pág. 67 - Cap. VII.

Es cierto que esos métodos “**alternativos**” de solución de controversias deben ser tales en realidad y, a nuestro entender, urge desarrollar los estudios tendientes a constituir, de manera cabalmente satisfactoria, un tribunal “mercosureño”, pero consideramos que el Acuerdo brinda una vía valiosa para la solución de controversias comerciales en la región. Es más: el reconocimiento de la senda arbitral es de particular relevancia dadas las limitaciones que ese camino de solución ha tenido, sobre todo, en alguno de los países mercosureños. Tal vez sea significativo recordar que la propia tradición ibérica no es del todo favorable a la mentalidad requerida por el arbitraje. También es destacable que no se sigan confundiendo, como de cierto modo surge del sistema de Brasilia, los despliegues **privados** con los públicos.

El Acuerdo expresa cabal conciencia de la necesidad de promover, en un “mercado común” por lo menos en formación, la solución extrajudicial de controversias privadas por medio del arbitraje. Una vieja tradición ha consagrado, sobre todo en el medievo, que la solución de los conflictos entre los comerciantes sea asumida por ellos mismos. Vale interrogarse, sin embargo, cuánto es conveniente la retracción del protagonismo estatal que, en cambio, se vería desplegado de manera mas equilibrada si además existiera un tribunal judicial del Mercosur ⁽³⁾.

El preámbulo hace referencia asimismo a la aprobación previa de protocolos que preven la elección del foro arbitral y el reconocimiento y la ejecución de laudos o sentencias arbitrales extranjeros y menciona fuentes de inspiración en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá del 30 de enero de 1975, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo del 8 de mayo de 1979 y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial internacional de la CNUDMI del 21 de junio de 1985. También pudo tenerse en cuenta, por ejemplo, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de Abril de 1961, que rige, entre otros, en diversos Estados de la Unión Europea.

3. El artículo 2 de la parte dispositiva del Acuerdo se hace eco del problema de las **calificaciones**, presentando un relevante arsenal de soluciones “autárquicas” referidas a “arbitraje”, “arbitraje internacional”, “autoridad judicial”, “contrato base”, “convención arbitral”, “domicilio de las personas físicas”, “domicilio de las personas jurídicas o sede social”, “laudo o sentencia arbitral extranjera”, “sede del tribunal arbitral” y “tribunal arbitral”. Es evidente que un Acuerdo de Derecho Unificado para la Integración, como el que se pretende, sólo puede funcionar en definitiva como tal si contiene un complejo básico satisfactorio de calificaciones autárquicas.

(3) Es posible v. nuestro artículo “La necesidad de la “complejidad pura” de la jurisdicción judicial y arbitral”, en “Zeus”, t. 69, págs. 83/4.

El artículo 3 del Acuerdo establece el **ámbito** material y espacial de aplicación atendiendo, de manera satisfactoria, a la elasticidad jurisdiccional que la materia requiere. Un vasto arco de posibilidades abarca la aplicación al arbitraje, su organización y procedimientos y las sentencias o laudos, si mediare alguna de las siguientes circunstancias: a) que la convención arbitral fuere celebrada entre personas físicas o jurídicas que en el momento de su celebración, tengan ya sea su residencia habitual, el centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en más de un Estado Parte del Mercosur; b) que el contrato base tuviere algún contacto objetivo—jurídico o económico— con más de un Estado Parte del Mercosur, c) que las partes no expresaren su voluntad en contrario y el contrato base tuviera algún contacto objetivo jurídico o económico con un Estado Parte, siempre que el tribunal tenga su sede en uno de los Estados Partes del Mercosur, d) que el contrato base tuviere algún contacto objetivo—jurídico o económico— con un Estado Parte y el tribunal arbitral no tuviere su sede en ningún Estado Parte del Mercosur, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al Acuerdo; e) que el contrato base no tuviere ningún contacto objetivo—jurídico o económico— con un Estado Parte y las partes hayan elegido un tribunal arbitral con sede en un Estado Parte del Mercosur, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al Acuerdo. Parece acertado que el Acuerdo brinde un amplio espacio para su aplicación, aunque queda a la prudencia de los particulares decidir de manera apropiada la vía económica y jurídicamente más conveniente para satisfacer sus pretensiones.

4. Es relevante señalar que, atendiendo al debido equilibrio entre las partes y a los soportes exigibles en todo ejercicio jurisdiccional, el art. 4 establece el tratamiento **equitativo** y la **buena fe**. Dice la disposición de referencia: 1. La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe. 2. La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado.

Aunque no se deben desconocer los riesgos de una excesiva revisión, es importante que el tratamiento equitativo a otorgar sea para todo contratante, y en especial para el adherente, sobre todo teniendo en cuenta que la adhesión puede no estar configurada de modo nítido, pero existir también falta de equidad. Toda solución de controversias que sea cabalmente tal ha de apoyarse en una **ética**, y el Acuerdo recoge en diversas oportunidades los requerimientos respectivos.

5. De manera acertada, el artículo 5 establece la autonomía de la **convención arbitral** respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral.

Los artículos 6 y 7 contienen reglas que consideramos acertadas respecto de la **forma** y el Derecho aplicable a la validez formal de la convención arbitral y acerca del Derecho aplicable a la **validez intrínseca** de la convención arbitral.

Se requiere que la convención arbitral conste por escrito y, con criterio satisfactorio, la regla básica respecto de la validez formal de la convención arbitral la somete al Derecho del lugar de celebración. El Acuerdo se abre a medios actuales de comunicación entre ausentes y, si bien no responde a los pareceres de mayor avanzada, exigiendo que el telefax, el correo electrónico o medio equivalente sean confirmados por documento original, deja abierta la posibilidad de que la convención arbitral sea válida si cumpliera con los requisitos formales del Derecho de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos en lo jurídico o económico. Creemos que una posición más progresista hubiese tenido más en cuenta los aportes que respecto del comercio electrónico se han hecho desde la CNUDMI.

En una regla que parece al menos acertada para las personas físicas, en las que quizás se haya pensado, se establece que la capacidad de las partes de la convención arbitral se rige por el derecho de sus respectivos domicilios. La validez de la convención arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa será regida por el Derecho del Estado Parte sede del tribunal arbitral.

Conforme al artículo 8, las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el tribunal arbitral, de **oficio** o a **solicitud** de partes. En una regla que estimamos altamente satisfactoria desde el punto de vista jusfilosófico, porque abre cauces a una más rica concepción del Derecho, el artículo 9 establece que por disposición de las partes el arbitraje podrá ser de **Derecho** o de **equidad**. En ausencia de disposición, será de Derecho.

En una solución que quizás necesitaría puntualizar a qué Derechos se hace referencia, el artículo 10 dispone que 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 dispusieran en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes.

6 El artículo 11 indica que las partes podrán libremente someterse a arbitraje institucional o “ad hoc” y que en el procedimiento arbitral serán respetados los principios —muy elogiables— del **contradictorio**, de la **igualdad** de las partes, de la **imparcialidad** del árbitro y de su **libre convencimiento**.

El Acuerdo contiene, asimismo, un detallado **régimen procesal** que abarca cuestiones referidas a normas generales de procedimiento (art. 12), sede e idioma (art. 13), comunicaciones y notificaciones (art. 14), inicio del procedimiento arbitral (art. 15), árbitros (art. 16), nombramiento, recusación y sustitución de los árbitros (art. 17), competencia del tribunal arbitral (art. 18), medidas cautelares (art. 19), laudo o sentencia arbitral (art. 20), solicitud de rectificación o ampliación (art. 21), petición de nulidad del laudo o sentencia arbitral (art. 22), ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjero (art. 23) y terminación del arbitraje (art. 24).

El inc. 3 del artículo 16 dice que en el desempeño de su función, el árbitro deberá

proceder con **probidad, imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción**. También es interesante señalar que el inc. 4 dispone que se tendrá en cuenta la conveniencia de designar personas de nacionalidad distinta a las partes en el conflicto y en el arbitraje “ad hoc” con más de un árbitro, el tribunal no podrá estar compuesto únicamente por árbitros de la nacionalidad de una de las partes, salvo acuerdo expreso de éstas, en el que se manifiesten las razones de dicha selección, que podrán constar en la convención arbitral o en otro documento.

El inc. 1 del artículo 22 establece que el laudo o sentencia arbitral sólo podrá **impugnarse** ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral mediante una petición de nulidad y el inc. 2 detalla los motivos por los que podrá producirse la impugnación de nulidad. Luego se establecen las diversas consecuencias respectivas.

7. El artículo 25 contiene **disposiciones generales**, en cuya perspectiva el inc. 3 dice que para las situaciones no previstas por las partes, por el Acuerdo, por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, ni por las convenciones y normas a los que el Acuerdo se remite, se aplicarán los principios y reglas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI del 21 de junio de 1985. De este modo el Acuerdo procura superar, al menos en parte, la asistematicidad que suelen tener las normatividades de nuestro tiempo.

El artículo 26 abarca las **disposiciones finales** y en su inc. 2 dice, de modo acertado, que el Acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones vigentes sobre la misma materia entre los Estados Partes, en tanto no las contradiga.

8. Las reglas del Acuerdo pueden comprenderse mejor si se las relaciona con la **concepción normológica** de la ciencia del Derecho Internacional Privado entendido en sentido amplio, que sistematiza los problemas generales de la materia (hoy en su áreas “conflictualista” y de soluciones directas) según la estructura de la norma, en la que cabe reconocer el antecedente y la consecuencia jurídica, con sus respectivas características positivas y negativas ⁽⁴⁾.

En la perspectiva **jurisdiccional**, especialmente interesante cuando se habla de arbitraje, la concepción normológica lleva a relacionar las **características positivas** del **antecedente** con la existencia de casos de la materia en cuestión que deban ser resueltos por la vía jurisdiccional, en este caso arbitral. Eso significa que exista una convención arbitral válida y debidamente invocada. En vinculación con las **características negativas** del antecedente puede considerarse implícito que han de considerarse los posibles obstáculos de **litispendencia**, cosa juzgada y **fraude jurisdiccional**.

En relación con las **características positivas** de la **consecuencia jurídica** cabe con-

(4) Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 5 y ss.

siderar las diversas reglas de la intervención arbitral, detalladamente consagradas en el Acuerdo, y en vinculación con las **características negativas** de la **consecuencia jurídica** vale atender a las posibilidades excluyentes de que haya **denegación de justicia** y que el tribunal arbitral resulte un **“foro no conveniente”**.

La consideración de los problemas, que hacen a nuestro parecer a los fundamentos mismos del Derecho, no significa que todos los posibles rasgos negativos deban tener una respuesta excluyente del juego del Acuerdo. Como es habitual en todas las soluciones interculturales, el Acuerdo plantea y procura resolver, según hemos dicho, el problema de las **calificaciones**.