

EL MERCOSUR POSEE LAS INSTITUCIONES Y MECANISMOS PARA SU DESARROLLO: EL NUEVO ARBITRAJE PRIVADO

AS INSTITUIÇÕES E OS MECANISMOS DO MERCOSUL PARA SEU DESENVOLVIMENTO: A NOVA ARBITRAGEM PRIVADA

Raúl Aníbal Etcheverry

Resumen

El sistema normativo del Mercosur no está compuesto por reglas jurídicas supranacionales y esta es una de las mayores debilidades del bloque. Solo hay leyes comunitarias en el sentido interestadual. La justicia estatal o institucionalizada, está en América Latina, sobrecargada de tareas. En cambio, el laudo arbitral viene rápido, de la mano de tribunales arbitrales ad hoc, de tribunales institucionales con amplio listado de árbitros elegibles o tribunales institucionales con listado de árbitros fijos y que integran un tribunal arbitral con cierta permanencia. Reivindicamos la opinión de que debería habilitarse una vía legal arbitral para resolver rápidamente cuestiones, hoy por hoy de difícil costosa solución.

Palabras-clave: Mercosur. Justicia estatal. Justicial arbitral.

Abstract

The normative system of Mercosur is composed by supranational rules, which is one of the weaknesses of the economical block. There are only common rules regarding the relations amongst the countries. The state or institutionalized courts in Latin America are overloaded. On the other hand, arbitration is fast, issued by ad hoc courts, institutional courts with a large number of arbitrators, or institutional arbitration courts with permanent staff. We are of the opinion that arbitration should be a possible mean of solving efficiently issues that are, nowadays, difficult and cumbersome to solve.

Keywords: Mercosur. State Courts. Arbitration Courts.

Introducción: En el MERCOSUR, mirando desde América del Sur

Es remarcable el fenómeno histórico que se da en diversas partes del mundo: una nueva alineación

geopolítica que evoluciona desde la antigua situación de Estado Nación hacia la conformación de los Estados Región. Todo ello tiene como fundamento y base las necesidades propias del comercio y del intercambio, la exportación de bienes para obtener

* Profesor Titular por Concurso, de Derecho Comercial y Director de la Maestría de Derecho Comercial y de los Negocios. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Abogado consultor de empresas y de instituciones y Director de Programas de Estudios e investigaciones. Ex Juez de la Cámara Nacional en lo Comercial y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Co-autor del último Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Mercantiles de 2005. Autor de más de veinte libros y cientos de trabajos en su país y en el extranjero. Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Académico de Derecho de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Académico de la Academy of Commercial and Consumer Law y miembro activo de la International Law Association.

divisas de respaldo con el consiguiente crecimiento interno de la economía y la creación de empleo y los efectos de la globalización. América del Sur no es ajena a esta evolución.

América de habla hispana se crea la ALALC luego reemplazada por ALADI en 1980 (Asociación Latinoamericana de Integración) ambas en búsqueda de un mayor intercambio comercial y de senderos para la mejor integración. Hay también acuerdos bilaterales, como puede ser el Tratado del Río de la Plata, o multilaterales, como el de la hoy Comunidad Andina de Naciones, tal vez el más importante, que posee su propia Corte Suprema de Justicia Regional.

El MERCOSUR, es un hermoso proyecto regional, que lucha por levantarse entre sus propias contradicciones. En los papeles firmados, MERCOSUR goza de muy buena salud. Otra cosa es la realidad, que se debate entre ideas y tironeos políticos. Es preciso que ya lo pongamos plenamente en marcha, pues los países que lo integran son naturales socios estratégicos.

Lo que sí es seguro es que cada país trata por todos los medios de satisfacer el desarrollo de su propio pueblo, como ha sido siempre. Y a veces con mengua de los pactos regionales de integración.

El 26 de marzo de 1991 nace el Mercosur mediante la firma del Tratado de Asunción, que pretendió construir un gran mercado común entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay; son países Asociados al Mercosur, Bolivia y Chile.

En el año 1994, con la suscripción por parte de los cuatro países fundadores, se dicta el Protocolo de Ouro Preto, por el cual se adopta un arancel externo común y una unión aduanera; aunque ambos, funcionan en forma imperfecta y con grandes sectores de su normativa incumplidos, desconocidos o no operativos. Es cierto que ya tenemos algunas decisiones arbitrales importantes, pero ellas deben ejecutarse.

El MERCOSUR en sí, se maneja con órganos que además de la función ejecutiva y consultiva **ejercen también las labores propias de la solución de los conflictos que se presenten para la conformación del grupo. Los órganos del MERCOSUR, son:**

- I - El Consejo del Mercado Común (CMC);
- II - El Grupo Mercado Común (GMC);
- III - La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM);
- IV - El Parlamento del MERCOSUR (instalado en el año 2007);
- V - El Foro Consultivo Económico-Social (FCES);

VI - La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

Y son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

El 9 de diciembre de 2005, en Montevideo se suscribe el Protocolo que crea el Parlamento del MERCOSUR. Muchas esperanzas tenemos en este Parlamento. Su antecedente es la Comisión Parlamentaria Conjunta, que ahora se disuelve. Esta nueva norma del MERCOSUR se vincula necesariamente al Observatorio Democrático (OD) del Mercosur. El Parlamento tendrá cuatro etapas para su instalación definitiva.

Por otra parte, desde hace algunos años, en Asunción del Paraguay, funciona el Tribunal Arbitral Permanente de Revisión de MERCOSUR, otro órgano de la mayor importancia, que se integra e interactúa con los demás.

El sistema normativo del Mercosur no está compuesto por reglas jurídicas supranacionales y esta es una de las mayores debilidades del bloque. Solo hay leyes comunitarias en el sentido interestadual. Por ello, cada norma aprobada colectivamente por los órganos del MERCOSUR, necesita en la mayoría de los casos, "ingresar" al derecho nacional de cada Estado Parte mediante una incorporación legal de cada una de las Cámaras Legislativas de las naciones que lo integran.

Es muy importante tener presente el orden legal, normativo, previsto en el Protocolo de Ouro Preto para el MERCOSUR. Veamos su principal esquema:

Artículo 41: Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

- I- El Tratado de Asunción, sus Protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- II- Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- III- Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Artículo 42: Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

Como todo proyecto importante, el MERCOSUR tiene sus luces y sus sombras.

Retrasaron y entorpecieron al Mercosur, la devaluación unilateral brasileña de 1991 y la crisis argentina de 2001/2002, evidenciando ambos países la formidable capacidad de resiliencia que es advertible en toda la América Hispana. En el año 2004, Argentina comenzó a imponer barreras unilaterales contra productos brasileños por el daño causado a sectores industriales argentinos. Brasil sólo lo aceptó, como medida provisoria y es un tema irresuelto, en este momento.

Para automotores, se logró un acuerdo especial de fabricación e intercambio compensado, que luego de varias prórrogas, durará hasta el 2008. En general este pacto, impide una salvaje y nociva competencia destructiva.

Las exportaciones brasileñas a una Argentina que estaba en crisis en 2002, disminuyeron un tercio, comparado con el año 1998, alcanzando cerca de 2.517 millones de dólares. El año 2005 obtuvo un nivel de exportaciones de Brasil a Argentina de más de 10.186 millones de dólares, con un aumento del 20% o más para 2006.

Es preciso recordar algunos éxitos de este proyecto: el Mercosur logró incrementar y desarrollar notablemente el comercio, especialmente entre Argentina y Brasil, en los primeros años de vigencia.

Es que la Región del MERCOSUR, se proyecta día a día más y más hacia toda Sudamérica y el Norte del Subcontinente mira y quiere también extenderse hacia el sur.

¿Por qué ocurre esto? Son muchas las razones que permiten avizorar que a mediados de siglo, América del Sur será la zona con un gran desarrollo en todo sentido.

Sudamérica tiene ventajas sustanciales: básicamente dos lenguas, muy parecidas: los idiomas español y el portugués; enormes territorios con agua potable y gran producción de alimentos para el resto del mundo; ricos recursos energéticos y minerales, diversidad de climas y territorios, gran potencialidad de desarrollo humano y atracciones turísticas múltiples, poca población en proporción al amplio territorio, un enorme litoral marítimo que abarca los océanos Pacífico y Atlántico, ausencia de conflictos religiosos, étnicos o raciales, buenas tendencias para el desarrollo, facilidad para adquirir conocimientos y algunos destacados centros de alto nivel profesional e intelectual. Una Región de gran futuro, apta para recibir los mayores conocimientos del planeta.

La puerta de esa Sudamérica unida, hacia la Unión Europea, es sin duda la Península Ibérica y en

ella, especialmente está España, uno de los países de crecimiento más avanzados de Europa y de mejor calidad de vida.

No ha sido casual que el 18 de octubre de 2005 se firmara la Declaración de Salamanca, que ratificó la totalidad del acervo iberoamericano integrado a los valores, principios y acuerdos celebrados en anteriores Cumbres.

La Cumbre de Salamanca fue la XV y en ella se reunieron los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Allí se comprometieron a apoyar los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, al derecho internacional, la profundización de la democracia, el desarrollo, la promoción y protección universal de los derechos humanos, el fortalecimiento del multilateralismo y de las relaciones de cooperación entre todos los pueblos y naciones y el rechazo a la aplicación de medidas coercitivas unilaterales contrarias al Derecho Internacional.

La Declaración de Salamanca incorporó a Andorra como nuevo miembro y se decidió crear la Secretaría General Iberoamericana como “órgano permanente de apoyo” para la institucionalización de la Conferencia Iberoamericana.

Los propósitos de esa Conferencia fueron fortalecer la cooperación iberoamericana, la cohesión interna y la proyección internacional de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, materializando en diversos programas de trabajo.

Pero varios de los objetivos, tales como dar realidad y vigencia al derecho al trabajo y a producir, el respaldo de iniciativas contra el hambre y la pobreza, el incremento de las inversiones, la expansión de la base empresarial, el acceso al crédito y a la asistencia técnica, concertar acciones para expandir la cooperación internacional, eliminar las asimetrías del sistema financiero y comercial internacional y el peso de la deuda externa, no se pueden cumplir sin el establecimiento de un sistema completo de seguridad jurídica.

Estas declaraciones, junto a la decisión de “consolidar la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial”, conducen a la necesidad evidente de lograr una mayor eficiencia judicial con procedimientos rápidos y ágiles, eficaces y confiables, aunque estos propósitos no se indiquen expresamente en las declaraciones de esta Cumbre.

Resulta un objetivo esencial, lograr un sistema jurídico con mayor seguridad y garantías jurídicas. Ello no se da solamente con escribir normas jurídicas, porque ya tenemos suficientes – tal vez excesivas –; sino que es preciso cumplirlas y hacerlas cumplir.

En este contexto de economía de intercambio creciente, normas para solucionar conflictos de todo tipo, por la vía más rápida de los ADRS, son sumamente necesarias.

El arbitraje y los otros medios de solución de conflictos por vías paralelas – pero no opuestas – a las acciones de un Poder Judicial sólido e independiente, perteneciente a cada Estado, debieran ser un campo de especial atención de la Comunidad Iberoamericana de Naciones y por lo tanto, de cada Estado Nación.

Hay una enorme carga de trabajo que pesa en general sobre los Poderes Judiciales de cada país Latinoamericano, de allí que la posibilidad de acudir a procedimientos alternativos se presenta como un importante recurso adicional, para lograr resolver los casos conflictivos con más medios y contando con más vías para lograr la rapidez y la deseada seguridad jurídica. En la República Argentina, los Tribunales están absolutamente colapsados y aunque lentamente, comienza una reacción de los poderes políticos para resolver la situación.

Es necesario detenernos un momento en recordar un valor, un principio constitucional no explícito como es la seguridad jurídica, elemento esencial del progreso de un país.

Belsunce (2005, p.112) define: “la seguridad jurídica es la previsibilidad en la certeza, permanencia y aplicación de las normas que regulan nuestras conductas y los hechos y los actos que resultan de nuestras relaciones.” Guastella (2006), de la Università Bocconi de Milano, la define como la

previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinados actos o hechos, teniendo en consideración tres elementos esenciales:

- a) la previsibilidad de los órganos dotados de poderes jurisdiccionales;
- b) la previsibilidad del resultado de la intervención de dichos órganos y por lo tanto, de las decisiones que tomen;
- c) la seguridad de las relaciones jurídicas que surge por efecto de la estabilidad de las normas y de la coherencia de la actividad legislativa¹.

Vanossi (2005, p.30) ha señalado que:

la seguridad jurídica, que tiene que ver con el desenvolvimiento del capital, aparece ligada conceptualmente al nacimiento mismo del Estado moderno de Derecho, como pilar insustituible de todo régimen republicano y democrático, y también en las monarquías constitucionales. Por ello, aparece primigeniamente vinculada con las garantías de la persona frente al Estado, para aventar todo resabio de despotismo o absolutismo, y se extiende simultáneamente a la propiedad, como al resto de las libertades positivas del hombre. Siempre debe tenerse presente que la consolidación de la seguridad jurídica no puede ser sólo una ‘política de Estado’, pues se trata de algo más: es la base misma del Estado de Derecho en un régimen constitucional.

Existen dos aspectos principales de la seguridad, afirmándose que “la seguridad, en su doble manifestación – certidumbre del derecho y eliminación de la arbitrariedad- ha de considerarse ineludiblemente en función de la legalidad y de la justicia. Esta última y la seguridad son valores que se fundamentan mutuamente y que, a su vez, necesitan de la legalidad para articularse de modo eficaz.” (SÁINZ DE BUJANDA, 1963, p.330). Aquí se hace patente la necesidad del arbitraje en procura de una vía alternativa de justicia.

Por último, Ataliba recoge los conceptos del tratadista argentino Agustín Gordillo (1998, p. III-21), para quien la seguridad jurídica demanda que la Administración respete la ley, y que el legislador respete la Constitución, puesto que ya no basta con que la Administración esté sometida a la ley, sino que es también necesario que la ley esté sometida a la Constitución; es decir, que haya un orden jurídico superior al mismo legislador, perfeccionando el dogma de la soberanía popular por el de la soberanía del pueblo en la Constitución.

Asimismo, el mismo autor brasileño señala que los principios que expresan, delimitan y dan sentido a la aparición de la seguridad jurídica en el marco constitucional – ideario de fines del siglo

¹ Emanuele Lucchini Guastella: “Seguridad jurídica y sistema económico” en la Ley Actualidad del día 2 de marzo de 2006. Cita las publicaciones italianas más recientes: Entre ellas, señala: Gianformaggio, voz Certeza del diritto, en Digesto IV, Discipline privatistiche (sezione civile), II, Utet, Torino, 1988, 274 ss; Corsale, voz Certeza del diritto – I) Profili teorici, en Enc.giur. Treccani, VI, Treccani, Roma, 1988, 1 ss; Pizzo Russo, voz Certeza del diritto – I) Profili applicativi, en Enc. Giur. Treccani, Roma, 1988, 1 ss; Giardina, La lex mercatoria e la certeza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionale, en Riv. dir. Internaz privato e proc., 1992, 461 ss; AA.VV., la certeza del diritto – Un valore da ritrovare (Atti del Convegno, Firenze, 2-3 ottobre 1992), Giuffrè, Milano, 1994; Faralli, Certeza del diritto o diritto alla certeza?, en Materiali storia cultura giur., 1997, 89; Castorina, “Certeza del diritto” e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio “comune”, en Riv. it. Dir. Pubbl. Comunitario, 1998, 1177 ss; Luzzati, L’interprete e il legislatore – Saggio sulla certeza del diritto, Giuffrè, Milano, 2000; Berteau, La certeza del diritto nel dibattito teorico – giurídico contemporaneo, en Materiali storia cultura giur., 2001, 131.

XVIII, al impulso de las revoluciones francesa y estadounidense-, son:

- a) La supresión de la incertidumbre y de la sorpresa en el obrar estatal.
- b) La certeza del derecho.
- c) El consentimiento en la formación de la ley.
- d) representación de los gobernantes.
- e) La lealtad del Estado que se expresa en el estándar anglosajón del debido proceso legal.
- f) La previsibilidad del derecho y de las consecuencias jurídicas que se derivan del obrar de los particulares.
- g) La protección de la confianza.
- h) La interdicción de la arbitrariedad.

Todo esto lo queremos para el MERCOSUR, que debe ser una zona de paz, justicia, orden y progreso.

2 Mirada rápida al sistema arbitral

El arbitraje es la gran solución para dirimir conflictos en forma rápida, eficiente, más económica y en general, confiable. Y es un modo de multiplicar las opciones que tiene el ciudadano para acudir a la jurisdicción estatal o arbitral, lo que asegura el derecho de “estar en justicia” o de ser oído.

Esta convicción nos ha llevado a la creación de un Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) en la Ciudad de Buenos Aires, que aspiramos sirva a todo el Continente, dependiente de la Fundación FEIEI².

Hay una larga tradición sobre el arbitraje en Argentina, aunque seamos uno de los pocos países de América Hispana que no tienen ley de arbitraje general interna. No obstante, en el ámbito internacional, si bien la Argentina no ha adoptado la ley modelo de Uncitral o normas similares, la práctica comercial utiliza las líneas jurídicas internacionales, inspiradas en la ley modelo o reglamentos muy modernos sobre arbitraje³.

El Acuerdo de Arbitraje para el MERCOSUR del que hablaremos más adelante, coloca a la Argentina en el plano arbitral regional.

El arbitraje internacional fue regulado por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y por la ley 15.787, que ratificó la Convención de Bruselas de 1952. La Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias o laudos extranjeros en distinto país, es ley interna en Argentina.

La ley de navegación argentina número 20.094 recepta la posibilidad de acudir a la jurisdicción arbitral libremente (art. 621). El Código de Comercio vigente rige ciertos arbitrajes especiales. Por otro lado, los Código de Procesales de todas las jurisdicciones federales de Argentina, fijan reglas precisas sobre el procedimiento arbitral de *iure* y el de amigables componedores.

La Región MERCOSUR, en materia de arbitraje, ha legislado por ahora un sistema dual, que abarca un régimen de solución para las cuestiones del bloque, suscitadas entre los Estados Parte y que ha tenido vigencia desde la firma del Tratado de Asunción; y otro, únicamente para los empresarios y empresas, para los asuntos referidos a los negocios privados.

La solución tradicional, que opera y ha funcionado bien cuando existió un conflicto entre los Estados Parte, se origina en los acuerdos del MERCOSUR vigentes que envían al sistema procesal establecido por el Protocolo de Brasilia (1991), luego modificado por el Protocolo de Olivos del 18 de febrero del 2002.

Es un régimen de derecho internacional público, con el cual se resuelven los conflictos interestatales que se vayan planteando.

En el sistema Brasilia – Olivos, no hubo soluciones directas para las empresas, a pesar de que algunos autores interpretaron que, luego de todos los reclamos previstos en ese sistema de derecho internacional público, las empresas podrían quedar en condiciones de ingresar en el entramado legal arbitral general del MERCOSUR utilizando sus tribunales *ad hoc* con sus reglas y la eventualidad de acudir al Tribunal Permanente de Revisión.

Si se admitiera el sistema institucional del MERCOSUR para los negocios y las empresas privadas, habría que interpretar que, aparecido un conflicto entre los empresarios esto deberían presentarlo como uno proyectado a los Estados Partes; a partir de ahí, se aplicaría lo dispuesto por

² Fundación Etcheverry para la Investigación y Estudios Internacionales.

³ Un ejemplo es el Reglamento de Arbitraje de la CCI y otro es el Reglamento de la CNUDMI, que ya están siendo estudiados permanentemente para su actualización. Las reformas propuestas en Naciones Unidas, se encaminan a ampliar los criterios de arbitrabilidad. Un ejemplo es que se produce un ensanchamiento del campo, al admitirse que no solo los contratos generan litigios, sino que todas las relaciones jurídicas en general pueden hacerlo (la CNUDMI en el 46 período de sesiones celebrado en Nueva York del 5 al 9 de febrero de 2007 ha adoptado decisiones sobre la posible reforma del Reglamento de Arbitraje, superando la limitación de lo meramente contractual: ver A/CN.9/WG.II/WP.144).

el Protocolo de Olivos, el cual indica como comienzo, la apertura de negociaciones diplomáticas entre los Estados involucrados, Y si no se obtuviesen resultados, se someterían las diferencias a los órganos del MERCOSUR, pudiendo concluir el proceso, con un arbitraje *ad hoc* que finalmente defina la cuestión.

La lentitud de esta vía, es en sí misma, un verdadero obstáculo para seguirla, ya que los empresarios necesitan soluciones rápidas. A pesar de ello, el sistema MERCOSUR reseñado, permitió crecer en poder y funciones a la Comisión de Comercio del MERCOSUR, porque asumió la búsqueda de las soluciones de los problemas que plantearon los empresarios, afectados en sus negocios por alguna decisión de un Estado Parte contraria a los acuerdos de integración. Resulta claro que esta es una vía que se visualiza a través de una interpretación legal, pero no constituye una solución directa y eficaz para las empresas.

En la actualidad entonces, es posible decir que hay un procedimiento para reclamos entre empresas, pero no hay un recurso directo y de procedimiento sencillo para que un empresario reclame la aplicación directa de cualquier norma comunitaria por sobre normas estatales o provinciales y aún municipales, dictadas en cada Estado integrante del sistema.

El régimen del que disponemos, es el más común: conflictos comerciales entre empresarios de la región pueden tener solución arbitral ahora, ya que se firmaron e internalizaron⁴ en el MERCOSUR dos Acuerdos: uno para los Estados Parte sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR y otro, entre el MERCOSUR y Bolivia y Chile (países asociados). De estos acuerdos para el arbitraje privado, solamente está vigente hoy, el primero.

Los Estados países del Mercosur suscribieron en 1998 en Buenos Aires, un Acuerdo para admitir el arbitraje regional entre empresarios y no empresarios⁵ y más tarde, Brasil y Argentina lo incorporaron a sus leyes internas. El texto fue llamado, como hemos dicho, "Acuerdo para el arbitraje comercial del MERCOSUR" y adquirió estatus de norma legal vigente en la Región (en adelante, lo nombraremos AAM). Este reglamento arbitral, ha sido dictado inspirado en La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional del 30 de enero de 1975, concluida en la Ciudad de Panamá, la Convención Interamericana sobre

Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros del 8 de mayo de 1979, firmada en Montevideo y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985.

El Acuerdo comienza con definiciones, como la mayoría de las leyes internacionales (artículo 2) y es un texto bastante amplio, aunque no tanto como lo es la norma interna del Brasil.

La materia arbitrable, en este Acuerdo, es excluyente: solamente se refiere a los negocios comerciales internacionales entre personas de derecho privado y su objeto, es cumplir con la "necesidad de uniformar la organización del arbitraje internacional entre los Estados Partes para contribuir a la expansión del comercio regional e internacional." (NAÓN, 2003, p.17).

Dada la doble regulación de personas físicas (o de existencia visible) y las jurídicas, aceptada por las legislaciones de los Estados Parte, cualquiera de ellas que realice un negocio comercial internacional en la Región, puede estar alcanzado o pactar su salida conflictual por medio del AAM. Pero no lo pueden hacer las personas jurídicas de derecho público, en materias propias de esa rama del derecho. El jurista brasileño Pedro Batista Martins (2006, p.7), señala que:

a través del Decreto Legislativo 265, del 29 de diciembre de 2000, el Congreso Nacional brasileño aprobó el texto del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercado Común del Sur – en adelante este autor lo llama también AAM -, concluido en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998, que entró en vigor para el Brasil, en el plano internacional, el 9 de octubre del 2002. Este texto fue promulgado el 4 de mayo de 2003, por medio del Decreto Federal 4719 y publicado el 6 de mayo del 2003.

Y añade que esta normativa tienen

como objetivo regular el arbitraje resultante de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales firmados por personas jurídicas o físicas de derecho privado de los Estados partes del Mercosur. Asimismo, tiene por principios: (i) convenir soluciones jurídicas comunes para el fortalecimiento del proceso de integración del Mercosur, (ii) promover e incentivar la solución extrajudicial de controversias privadas por medio del arbitraje en el Mercosur y (iii) uniformizar la organización y el funcionamiento del arbitraje

⁴ Es un neologismo que significa aceptar por parte de un Congreso soberano de un Estado parte, una norma creada por los órganos del MERCOSUR. Para la Argentina, es la ley 25.223.

⁵ MERCOSUR/CMC/Dec 3/98

internacional en los Estados partes, para contribuir con la expansión del comercio regional e internacional. (MARTINS, 2006, p.8).

Las reglas del artículo 3, excluyen la aplicación del Acuerdo a los conflictos internos o que, siendo internacionales, no tengan contactos objetivos jurídicos o económicos con el Mercosur.

Señala Naón (2003, p.18) que “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.” Añade este autor: “el Acuerdo no aclara, por otra parte, si el requisito de “internacionalidad” queda automáticamente satisfecho si se cumple alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 3 del Acuerdo (por ejemplo, sus incisos (a) y (b), o si responde a un examen autónomo o independiente de lo dispuesto en dicho artículo”.

Como una crítica a este Acuerdo, entendemos que parece demasiado limitada la referencia base, cualquiera sea la interpretación que se le de a la expresión; hablar solamente de “contratos comerciales internacionales” implica reducir los campos o áreas arbitrables, corriente contraria a lo que modernamente se está haciendo en el mundo. La arbitrabilidad no puede pasar solamente por el sistema contractual de los países, sino abarcar un marco más amplio, el de los actos o negocios jurídicos.

En nuestros días no es sólo “arbitrable” el amplio sistema del derecho privado patrimonial, sino que ya se están admitiendo soluciones de arbitraje para otros sectores del derecho considerado tradicionalmente no disponible. Hoy se trabaja en concretas soluciones arbitrales, a veces parciales, otras con varias limitaciones, para el derecho de familia, patrimonial no común y otros campos, antes inimaginables, como ciertas cuestiones penales.

El Estado tiene todavía un papel muy importante en el MERCOSUR. De ahí que cualquier arbitraje siempre implica algún grado de interferencia estatal; “ningún arbitraje comercial internacional está a salvo de las interferencias estatales⁶”. Es el Estado el que permite que en su territorio aparezca esta forma extrajudicial de resolver los conflictos. Para el AAM, el alcance es regional, de modo que los distintos poderes legislativos pueden aceptar la actividad arbitral en diversos grados.

Esta interferencia estatal de la que hablamos, se basa, a veces, en la desconfianza particularizada o generalizada hacia esos modos de resolver los conflictos.

Unidas, la necesidad y la desconfianza, provocaron que la mediación – una de las vías conocidas universalmente de resolución de conflictos – se incorporara coactivamente en el comienzo del proceso estatal de la Ciudad de Buenos Aires, vigente, en una fase preprocesal, es cierto, pero obligatoria. Así el poder judicial argentino absorbió, de algún modo, uno de los remedios típicamente extrajudiciales y claramente voluntarios. Se benefició con ello al pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y a otros distritos, resolviéndose muchos conflictos en esa etapa prejudicial.

El Estado interviene siempre, tal como lo grafica Fernández Arroyo (2006, p.133-134):

[...] Esto se hace particularmente visible cuando se debe exigir el cumplimiento de una decisión arbitral, en lo que constituye, sin ningún tipo de dudas, el punto crucial de las relaciones entre el arbitraje y el Estado y la que mejor deja ver la dependencia del arbitraje respecto del aparato judicial estatal. Sin embargo, tal dependencia empieza antes – o al margen – de los casos concretos, cuando los poderes ejecutivo y legislativo del Estado definen el marco de autonomía del arbitraje y la correlativa función de sus autoridades judiciales. Es sabido que, desde hace bastante tiempo, se puede percibir una tendencia al ‘aislamiento’ del arbitraje, a la configuración de un cierto esquema autárquico que ha intentado blindarlo contra la intervención estatal a través de la fuga de las jurisdicciones estatales, lo que no ha logrado hasta ahora impedir que el Estado se las ingenie para seguir estando presente en la definición de las reglas básicas referenciales en las cuales se desarrolla el arbitraje y en el control del mismo.

Además de la interferencia estatal que en ocasiones retrasa las soluciones arbitrales, tendencia que afortunadamente está cambiando, hay otro tipo de actor en el proceso arbitral que siempre lo desvaloriza, aunque generalmente acepta entrar en este tipo de procesos. Fernández Arroyo (2006, p.134) lo dice con claridad:

La parte que lleva las de perder en un proceso arbitral – y que muchas veces no cree en el arbitraje – es quien suele accionar la llave para dar entrada a esas interferencias, desde el mismo principio, cuestionando el acuerdo arbitral en sede judicial o, al final del proceso, pidiendo

⁶ Para Kessedjian, citado en Fernández Arroyo (2006), desde que el arbitraje se vuelve cada vez más “procedure-oriented”, tales interferencias son inevitables.

la anulación del laudo. La experiencia muestra que cuando una de las partes en el arbitraje es precisamente el mismo Estado, el recurso a dichas interferencias se va exacerbando. En algunos países, además, el Gobierno puede ejercer un control o una influencia decisiva sobre algunos miembros del poder judicial, lo que puede provocar una completa desnaturalización del arbitraje.

Cada Estado, por más pequeño que sea, descarga un peso importante sobre las instituciones jurídicas, aún sobre las privadas que en ocasiones es positiva y en otras, negativo. Y cuando le toca al arbitraje, la resistencia puede ser mayor, porque impartir justicia es un campo que en la antigua visión, era propio del poder judicial estatal. Hoy no es así: esta institución la complementa y la alivia de trabajo.

Hay una novedad. Hoy son los propios Estados, los que se involucran, como personas de derecho público en el arbitraje. Dice Fernández Arroyo (2006, p.136), que “la incorporación del Estado a la práctica del arbitraje internacional es de tal magnitud que seguramente constituye el dato más relevante y con mayores proyecciones en la materia en últimas décadas”.

Además, la rápida modificación experimentada en los últimos años de los parámetros en los que desarrollan las transacciones comerciales internacionales (ARROYO, 2003, p.59 y ss.), el redimensionamiento del rol interno e internacional del Estado (CASSESE, 2003, p.63-92) y la cantidad y riqueza problemática de los arbitrajes con participación estatal hacen que los mencionados problemas particulares no sean los mismos que los de hace 10 o 20 años – o, que si lo son, se presenten en un contexto bien distinto⁷.

Seguramente por presión de los propios Estados y en base en las razones apuntadas, no se permitió que el AAM fuese aplicable a negocios internos de un solo país o a negocios comerciales entre el Estado y una persona de derecho privado. Sin embargo, cuando el Estado actúa como empresario en el mercado, el AAM podría ser aplicable, en nuestra opinión. En Argentina, con la

enorme variedad legal que tienen las empresas en las que interviene el Estado, al menos la mayoría de ellas, podrían acudir al procedimiento establecido por el AAM, cuando participan en negocios privados entre sí o entre esas empresas y los particulares (individuos o personas jurídicas).

Y no dejemos de lado, la posible aplicación del AAM en forma analógica o supletoria. De ahí que el efecto de poseer este estatuto de arbitraje internacional es muy importante para la Argentina, que sólo regula el remedio para lo interno a través de leyes procesales de alcance en cada jurisdicción. En nuestro país, aplicando la analogía, sería posible aprovechar algunas de sus normas, más modernas que las procesales, por cierto. Brasil en cambio, para los asuntos internos, aplica su propia ley de arbitraje número 9307.

Para Martins (2006, p.8-9), también las sociedades de economía mixta y las empresas públicas brasileñas deben someterse al AAM. El jurista brasileño, en su opinión, excluye del AAM, solo a los arbitrajes regidos por el derecho internacional público; su explicación es que el sistema de solución de controversias que cubre a los Estados Parte fue fijado en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991, modificado, como dijimos, por el Protocolo de Olivos⁸. Esta amplia interpretación, incluiría a los arbitrajes entre empresarios y Estados Parte del Mercosur, lo cual sería muy útil, y podrá ser aceptado por los Estados.

En definitiva, con este Acuerdo, está disponible en el MERCOSUR la posibilidad de acceder al arbitraje como alternativa a la vía jurisdiccional y no solamente para sujetos del derecho privado de los Estados Parte, si no que, para otros de fuera de la Región y para ciertas empresas en las que participa el Estado.

Mereminskaya (2006, p.104) resalta que un acuerdo de arbitraje nunca debe interpretarse como una renuncia a la protección de derechos subjetivos. No obstante, al someterse al arbitraje, las partes renuncian al recurso ante los tribunales nacionales, es decir, se desiste nada menos que del derecho de acceso a la justicia estatal, base constitucional

⁷ Fernández Arroyo (2003) sugiere comparar el artículo citado en la nota 4 con Burdeau, G. Nouvelles perspectives pour L'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats. En : Rev. Arb., 1995, p. 15-17 y con Leboulanger, Ph. Rapport introductif. En: Les États dans le Contentieux Économique International, coloquio, Rev. Arb., 2003, p. 617-626.

⁸ Recuerda el autor brasileño que seguimos, que “a pesar de que existe alguna crítica a esta afirmación, se debe tener en cuenta que el artículo 173 de la Constitución Federal brasileña no deja duda cuando a la capacidad que tienen esas empresas de someterse a las reglas de arbitraje contenidas en el acuerdo. El inciso 2º del parágrafo 1º de ese texto señala: “La ley establecerá el estatuto jurídico de la empresa pública, de la sociedad de economía mixta y de sus subsidiarias que exploten actividad económica de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios, disponiendo sobre: su sumisión al régimen jurídico propio de las empresas privadas, incluso cuanto a los derechos y obligaciones civiles, comerciales, laboristas y tributarios.” (MARTINS, 2006, p.9).

e internacional del derecho humano a la defensa y del derecho al debido proceso⁹. Pero se elige otra vía para ejercerlo, que no tiene por qué no ser seria y confiable.

El tema siguiente a abordar, es encuadrar la materia: qué cosa es un contrato internacional; ella ha sido debatida y estudiada por muchos juristas y su precisión final, aparentemente nunca fue alcanzada en forma unívoca. (FRIGNANI, 1990, p.121 y siguientes).

La internacionalidad de un contrato, no consiste en que las partes contratantes estén situadas en Estados diferentes, que haya “traslado” de mercaderías, que haya “distancia” entre las partes; que las partes, al momento del acuerdo, tengan establecimientos en Estados diversos, como establece la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁰; ni siquiera admitimos el simplismo de entender que el negocio es internacional cuando es abarcado, abrazado o comprendido por dos sistemas jurídicos nacionales diversos. Esta última aproximación, que sería la más cercana, se desvanece cuando se pacta expresamente por las partes *una sola* ley aplicable al caso. ¿Deja entonces el contrato o negocio de ser internacional? Nuestra respuesta es negativa.

Parece más sencillo referirse a un caso “con componentes internacionales”, pero aún se mantendría el interrogante de qué se quiere decir con esto. Otro modo, es el de aludir al contrato que presenta “*points de rattachement*” con más de un ordenamiento jurídico nacional. Esta última expresión no es muy distinta de la que encabeza este párrafo.

A lo largo del tiempo, los factores que con mayor frecuencia han sido acogidos por la doctrina para caracterizar la internacionalidad de una relación jurídica, son los siguientes:

- a) El domicilio, la residencia y la sede de las partes, distintas.
- b) Diversa ley aplicable al mérito y al procedimiento.
- c) Lugares diferentes, de la firma del contrato y donde se hacen las promesas; y el cumplimiento.
- d) El lugar de ejecución del contrato, puede tener varias alternativas.
- e) El lugar donde se ubica la propiedad involucrada en la controversia o donde ocurrió su pérdida, puede ser distinto a las sedes de las partes.

f) El lugar donde se realiza la “prestación más característica”, cuando es diverso de los establecimientos o domicilios de las partes.

g) El lugar de la sede del arbitraje, a veces, determina su internacionalidad.

h) La nacionalidad de los árbitros, si es distinta.

i) La nacionalidad correspondiente a la sede de la institución arbitral, si existe un arbitraje internacional y los empresarios tienen sus negocios en distintos países.

j) El lugar del reconocimiento o de ejecución de la sentencia arbitral (FOUCHARD; GAILLARD; GOLDDMAN, 1999, p.46- 47) si es distinto al del negocio o a los establecimientos.

En nuestra opinión, el hecho, acto, negocio o contrato es internacional, cuando existe la posibilidad de que intervengan en su regulación más de un sistema estatal normativo (ETCHEVERRY, 1994, p.27 y ss), aunque exista un pacto en contrario. Por ello pensamos que hoy es insuficiente la disposición de la Convención de Ginebra, I, 1, a, en tanto disponía que el otorgamiento de “internacionalidad” lo daba la residencia o el domicilio en distintos Estado/s de las partes contratantes, como también lo es la disposición de la Convención de Nueva York que, aunque más amplia en sus conceptos, se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos y no al negocio base que los han originado.” (MORENO, 1995, p.156 y ss).

Buscando la mayor precisión posible, debemos señalar que la primera relación a tener en cuenta, es la vinculación con la realidad de lo que es el comercio internacional en sentido amplio; a partir de ello, el negocio, acto o contrato será internacional, cuando éste es o pueda ser susceptible de ser abarcado o le sea aplicable, más de un orden legal nacional. Entonces, pese a que haya un “pacto de ley aplicable”, la sola eventual posibilidad de la nulidad o alguna forma de irregularidad de ese pacto, merece se le aplique el concepto de “internacional”. En ese sentido, resultaba muy interesante la definición del documento 8 de Unidroit, que luego no fue incorporado al texto definitivo: “A contract is international whenever it involves a choice between the laws of different countries”, pero que sólo se refería a un primer paso: la elección legal.

En el MERCOSUR, donde su estatuto de creación, el Tratado de Asunción, no es nada

⁹ El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dice “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

¹⁰ Como ya lo hicimos notar en nuestro libro “Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial 2”, página 31, la Convención no define cuando un contrato es internacional sino en qué supuestos es aplicable la misma.

parecido a una unión nacional, el negocio o acto jurídico sería internacional si es susceptible de ser abarcado por la legislación de más de uno de los Estados Parte.

A diferencia de las bases generalmente utilizadas para la definición de arbitraje comercial internacional y de alguna preferencia contemporánea hacia el objetivo económico de sus elementos, el AAM fue más allá al admitir tanto el criterio jurídico como el económico, verbalizado en forma bastante amplia.

Recorrer el mundo actual, una nueva concepción internacional de contenido económico. Esta corriente ha ganado importancia con la puesta en vigencia del artículo 1492 del Código de Procedimiento Civil francés que ha establecido que: “El arbitraje es internacional cuando abarca intereses del comercio internacional”. Lo que parece una tautología y no lo es, en este mundo globalizado, se vuelca en un concepto no fácil de precisar y crea más campos de dudas que se ofrecen como territorios minados cuando se busca una cierta seguridad legal.

Sin embargo, la letra del AAM es muy clara la existencia de uno de los elementos – económico o jurídico – ya habilita para que la controversia se someta a los efectos legales del Acuerdo. En los términos del artículo 3º - Ámbito material y espacial de aplicación -, esta preceptiva se aplica al arbitraje, su organización y procedimientos, al igual que a las sentencias o laudos arbitrales, si se presenta alguna de las circunstancias mencionadas en él, entre las que se pueden citar las siguientes: que el contrato tenga algún contacto objetivo – jurídico o económico – con más de un Estado parte y cuando la convención arbitral es acordada entre personas que, al momento de su celebración, tienen su residencia habitual o el centro principal de sus negocios, o la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en más de un Estado Parte (nótese como se concentran y prácticamente se unifican, los conceptos reseñados, dispersos en variadas leyes y diversos trabajos doctrinarios.

A pesar de su amplitud desde ese ángulo, es limitada la facultad de las partes de elegir una jurisdicción y una ley aplicable a su gusto. Y esto se opone a las modernas corrientes que pretenden hacer evolucionar al arbitraje.

La ley aplicable, en el AAM, no puede elegirse libremente, a diferencia de las modernas soluciones actuales: “Las partes podrán elegir en el derecho que se aplicará para solucionar la controversia basado en el derecho internacional privado y sus principios, así como en el derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren sobre esta materia,

los árbitros decidirán conforme las mismas fuentes” (artículo 10). Coincidimos con Martins (2006) en que si se compara estas reglas con los actos internacionales contemporáneos, la disposición transcrita da un paso hacia atrás al imponer un grave retroceso al sistema arbitral de solución de conflictos. Más aun, dice el profesor brasileño: “es contraria a los principios de libertad, de esencia del arbitraje y, como corolario, de varios de sus institutos jurídicos”.

La ley de arbitraje brasileña, regula el contenido y el alcance del proceso en su artículo 2º, el cual se refiere a la libertad de elección de normas, reglas, principios y usos y costumbres. Según dispone, ésta solamente encuentra su límite en la violación a las buenas costumbres y al orden público. De ahí la razón de la única consideración hecha por Brasil al texto del AAM, expresado en el artículo 1º del Decreto Federal 4719 del 2003. De acuerdo con esta disposición, el acuerdo “[...] será ejecutado y cumplido como en él se indica, resaltando su artículo 10, que debe ser interpretado en el sentido de permitir a las partes elegir libremente las reglas de derecho aplicables a la materia a que se refiere la controversia, solo respetado el orden público internacional”.

La reserva formulada por Brasil, busca maximizar las normas de solución del conflicto, en armonía con el instituto y la modernidad y, por eso, debería ser seguida por los demás Estados partes. El Gobierno brasileño, a través del Ministerio de Justicia, enterado del retroceso que la norma señalada probablemente generaría en detrimento de las partes y de la autonomía de la voluntad, pidió a los estudiosos del arbitraje en el país, que buscasen alguna medida o entendimiento que pudiese armonizar el mandato del artículo 2º de la ley de arbitraje brasileña, con el indicado artículo 10 del AAM.

Es claro que la elección de la ley no puede ser caprichosa o arbitraria, al menos en lo que respecta a la Argentina, cuya idea fue apartar posibles conflictos de leyes diversas, desde la firma del mismo pacto arbitral.

Martins (2006) señala que, en cambio, bajo el amparo de la ley de arbitraje brasileña, estas limitaciones no son necesarias. Y ello es así, no sólo por la esencia del instituto, sino por la total libertad asegurada a las partes, expresamente, por el artículo 2º de la Ley Marco Maciel. Prevalece la autonomía de la voluntad sin vínculo o conexión a otra jurisdicción. Y sigue Martins (2006, p.24-25):

La reserva formulada por Brasil busca asegurar los efectos de la autonomía de la voluntad en el

momento de la manifestación, por los contratantes, de la ley aplicable al objeto del arbitraje. Para Brasil, la libertad de elección en el ámbito del AAM es amplia e irrestricta, y solamente encuentra su límite en el orden público internacional. En los términos exactos del artículo 1º del Decreto Federal 4719 del 2003, el AAM será ejecutado y cumplido como se encuentra establecido en el artículo 10, que debe ser interpretado en el sentido de permitir a las partes elegir, libremente, las reglas de derecho aplicables a la materia a que se refiere el dispositivo en cuestión – derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral-respetando el orden público internacional.

Personalmente, estamos de acuerdo con la posición brasileña, que permite una mayor autonomía a la voluntad de las partes. Después de todo, se trata de un conflicto privado que atañe solo a ellas. Critica Naón (2003, p.22-23) cómo se resuelve el tema del derecho aplicable:

El artículo 10 del Acuerdo 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 Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (la ley Modelo) cuando se trata de una elección expresa de dicho régimen jurídico operada por las partes (art. 28).¹¹

Desde otro ángulo se amplía su aplicación: al no imponer discriminación alguna entre los criterios jurídico y económico, mediante el ámbito material y espacial de aplicación del AAM el legislador quiso atraer el mayor número posible de conflictos. En otras

palabras, pretendió, de manera espontánea, alejar la intervención judicial, en beneficio de la vía arbitral. Esa premisa debe ser tomada en consideración por el intérprete y por el juzgador al momento en que se confronten con la definición del alcance y efectos de la convención arbitral; en el análisis de esas cuestiones de derecho se debe considerar la *mens legis*. (MARTINS, 2006, p.10).

El arbitraje de derecho privado, se origina en una relación jurídica entre sujetos, que generalmente es un contrato de cambio y que ha fallado en su ejecución.

La relación jurídica es la relación intersubjetiva prevista por la norma, que surge de uno o más hechos. Los supuestos jurídicos están constituidos por una descripción normativa, que también establece efectos jurídicos (Tatbestand del derecho alemán y fattispecie del derecho italiano).

Si el supuesto jurídico es confirmado en un hecho o en un acto, se produce la: adquisición, modificación, transferencia o extinción¹² de derechos u obligaciones.

Dice Soto (1995, p.246), desde el Perú, que uno de los principios contractuales esenciales, es el principio contractual de la autonomía privada, "el cual se encuentra estrechamente ligado al concepto de libertad y como tal supone el ejercicio de dos categorías de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. Y con cita de Fernando De Trazegnies (SOTO, 1995, p.247), concuerda que se ha agregado una tercera: la libertad como objeto del contrato.

Sabido es que el compromiso contractual puede estar originado en un contrato o en otro acto jurídico. Pero siempre debe ser libre y claro.

Coincidimos con Soto (1995) que la libertad de contratar "es también la libertad de conclusión o de autodecisión. Esta libertad es la potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir al otro contratante."

El contrato podrá transformarse luego, pero sobre las mismas bases de autonomía y libertad, incluso el contrato predispuesto que es, en principio, insusceptible de modificación. "La libertad de contratar comprende a su vez, dos libertades:

a) libertad de contratar o no, es decir, celebrar un contrato y

b) libertad de elegir al otro contratante." (SOTO, 1995, p.247).

¹¹ 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". NO VA ACA.

¹² La normativa alude a la extinción (artículo 896 del Código Civil argentino) pero también puede hablarse de "pérdida", que es otro concepto

La libertad de contratar es un derecho fundamental de la persona que se encuentra consagrado en la Constitución Argentina, al igual que en muchas otras de América.

Por otro lado, las partes dentro de su libertad y autonomía, pueden crear el contrato, siempre y cuando no se aparten del orden legal. La licitud es el principal y primer valladar para todos los actos jurídicos. Pero además, las partes, en el campo de normas disponibles de los contratos de cambio o en la más restringida área de los negocios de organización, pueden determinar el contenido y el alcance del contrato, por medio de normas autorregulatorias, normas privadas que permite el ordenamiento.

En el sistema legal argentino, la libertad de contratar surge de la Constitución, que se refiere genéricamente a la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita...navegar y comerciar... y asociarse con fines útiles (artículo 14 de la Constitución Nacional). Entre las atribuciones del Congreso, son destacables las previstas en el artículo 75 inciso 18, proveyendo a la “prosperidad del país” y al “bienestar de todas las provincias”[...] “promoviendo la industria”[...] “la introducción y establecimiento de nuevas industrias” [...] y el inciso 19 del mismo artículo”, que indica una acción concreta del Congreso para “el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, la productividad de la economía nacional, la generación de empleo, la formación profesional de los trabajadores, la defensa del valor de la moneda, la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.”

El Código Civil argentino señala que lo que las partes pacten dentro de su esfera de libertad y autonomía, debe respetarse “como si fuese la ley misma.” (artículo 1197).

Mas el criterio jurídico de autonomía puede distinguirse entre uno genérico y otro específico:

La autonomía privada y la autonomía negocial son conceptos a veces diferenciables. Que una persona pueda dictar sus propias reglas de resolución de conflicto en materia de derecho privado, unilateral o bilateralmente, es decir, la autonomía, es la médula del negocio jurídico. (BRAVO, 1997, p.31).

Debemos agregar en este análisis, el fundamental principio de la buena fe, receptado, de algún modo, indirectamente, en la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías; pero es determinado y firme en el texto de los Principios para los Contratos Internacionales elaborados por *Unidroit* y en el derecho argentino, explícitamente en el artículo 1198 del Código Civil, extensible a todo el orden legal de nuestro país.

Hemos postulado en investigaciones anteriores (ETCHEVERRY, 2005, p.78) ampliar la base conceptual de los negocios que entran en el dominio de la autonomía de la voluntad, recurriendo a la expresión “negocios jurídicos”, que equivale en nuestro derecho al acto jurídico; en la Argentina, el contrato solo es una variante del acto jurídico. Por ello, en una interpretación amplia, no debemos limitar solo a los contratos – aunque este concepto sea muy amplio en el derecho argentino -el campo de aplicación de este Acuerdo, pues las empresas o empresarios del MERCOSUR pueden realizar otros actos jurídicos que no sean contratos y sigan perteneciendo a las materias arbitrables.

En general, el grueso de los contratos serán de cambio o intercambio, pero también los hay de organización, negocios que a veces no son realmente contratos. Los negocios de organización son la creación de estructuras que generalmente encierran el ejercicio de una empresa, dicho este término en sentido amplio. Ellos tienen un estatuto de funcionamiento, que a partir de una elección tipológica, establece las reglas en que debe conducirse un grupo de personas. Los hechos y actos generados por o establecidos dentro o vinculados a esa normativa privada, sí serán susceptibles de arbitraje. Pero no el propio estatuto en su estructura organizacional, salvo que se discuta la interpretación de una norma estatutaria especial, es decir, que no sea originada en la tipología dispositiva de la ley vigente; y ello se someta a un arbitraje.

En Argentina, hay una enumeración legal de las personas jurídicas. También en Brasil, como veremos enseguida al analizar su legislación positiva.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

- I - as associações;
- II - as sociedades;
- III - as fundações;
- IV- as organizações religiosas;
- V- os partidos políticos.

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar – lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necesarios ao seu funcionamento.

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

Sobre el comienzo del nacimiento de las personas de derecho, la norma dice:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Las personas jurídicas pueden adoptar válidamente acuerdos internos para solucionar varias cuestiones mediante el arbitraje. Hay países en el mundo que tienen mediadores y árbitros internos en cada empresa (Suecia) y en Argentina, se ha admitido oficialmente el arbitraje pactado para administrar las diferencias entre socios.

En Brasil se admite el tipo básico de la sociedad simple, como sociedad general, elemental, tipo colector de todo el sistema. Es muy importante recrear la visión brasilera de tipicidad, personalidad y patrimonio, íntimamente ligadas. La profesora Caminha (2006, p.211-212), siguiendo a Sztajn (2004), se refiere a estos temas.

Tipicidade do sistema societário brasileiro

De acordo com Rachel Sztajn (2004, p.9), o estudo dos tipos não é estranho aos juristas, especialmente em ramos do Direito Público, em que os modelos formais determinados expressamente têm uma importância significativa.

Para a autora (2004, p.10), o fato típico é aquele no qual determinadas características se repetem, de forma razoavelmente constante, sempre quando se repetirem determinadas circunstâncias, significando, ainda, a existência, a verificação e a determinação de certo número de elementos ou propriedades características que indicam ou identificam a figura em sua totalidade e assim permitem identificá-la no modelo.

Rachel Sztajn (2004, p.9) ainda afirma que a construção de qualquer modelo legal –ou seja, tipo, parte da compreensão do que seja típico socialmente. Esse princípio tem por consequência o fato de que o tipo contractual está mais próximo da realidade que o conceito geral de contrato. Os contratos típicos podem ser considerados, assim, esquemas determinados, reconhecidos pelas marcas definidoras que lhes atribui a lei.

Com relação aos contratos societários, a mais relevante nota distintiva entre os vários tipos é

a responsabilidade dos sócios, sendo atribuível, em cada tipo, responsabilidade limitada ou ilimitada a todos ou a algunos sócios com relação às obrigações da pessoa jurídica. Note-se que existem outras características distintivas entre os tipos, como a forma de administração, a possibilidade de contribuição em serviços ou espécie de nome empresarial adotado, sendo a responsabilidade, porém, a que maior relevância apresenta, por suas implicações patrimoniais para a sociedade, sócios e terceiros.

Os contratos típicos são aqueles nominados em lei, têm nome juris, individualidade e regras próprias, típicas. Contratos atípicos são aqueles que não contam com essa disciplina específica, nascendo da autonomia privada e subordinando-se às disposições gerais aplicáveis ao negócio visado. (SZTAJN, 2004, p.14).

O direito brasileiro adota um sistema contratual atípico, ou seja, existe a possibilidade, consagrada no Código Civil de 2002, de as partes determinarem contratos que não estejam expressamente previstos na legislação, desde que observadas as normas gerais do Código (artigo 425) e ainda a função social do contrato (artigo 421).

Exceção se faz aos contratos de sociedade, que, como já frisado, atendem ao princípio da tipicidade, expressamente erigido no artigo 993, que determina que as sociedades empresárias e simples devem ser constituídas segundo um dos tipos que especifica, não deixando, assim, margem à interpretação diversa.

Con respecto a las “sociedades simples” reconocemos que ellas representan una base, una matriz, un modelo-tipo general.

Señala la distinguida autora (CAMINHA, 2006, p.213) que estamos siguiendo: “O legislador de 2002 incluiu, dentre os tipos societários do ordenamento brasileiro, a sociedade simples. A sociedade simples tem origem no direito italiano e, originariamente, visava a revestir formas societárias não comerciais, e de responsabilidade solidária entre os sócios.” (CARVALHOSA, 2005, p. 40). Seguindo Caminha (2006, p.213):

De acordo com Rachel Sztajn (2004, p.137), a criar a sociedade simples, substituindo a sociedade civil, o legislador outorgou àquele tipo societário função relevante no ordenamento jurídico, pois ‘além de servir como matriz de modelos societários, sua disciplina é aplicada supletivamente aos outros tipos quando compatível’. A sociedade simples, ainda de acordo com a autora, serve como a ‘vala comum’ em que cabe qualquer organização da atividade econômica, embora não seja destinada ao exercício da empresa.

La personalidad se relaciona con la posibilidad de gestionar en forma autónoma un patrimonio.

Señala también, aquella cuyo texto seguimos en esta parte, la profesora Caminha (2006, p.214):

É importante ressaltar que a participação não extingue a personalidade jurídica das sociedades participantes, cada uma mantém-se como centro autônomo de imputação de direitos e obrigações, separada das demais. Porém, alguns autores acreditam que essa participação altera a personalidade, uma vez que fere a autonomia administrativa de cada uma das sociedades agrupadas.

Sabe-se que uma das principais conseqüências da aquisição da personalidade é a titularidade de um patrimônio. Além disso, no caso da personalidade jurídica, a necessidade de administração e representação também decorre da personificação. Assim, passa-se a analisar aspectos ligados a essas características das pessoas jurídicas, uma vez que integrem grupos societários de directo.

Y alude brevemente al concepto de patrimonio:

Pode-se definir patrimônio como a complexo de relações jurídicas ativas e passivas de uma pessoa, que tiverem valor económica (BARRETO FILHO, 1969, p.48). Assim, a patrimônio envolve tanto elementos ativos: bens corpóreos e direitos, quanto passivos: obrigações e dívidas¹³. Avaliáveis em pecúnia.

Existem várias teorias sobre o conceito e a natureza do patrimônio. Tais teorias podem ser agrupadas em duas grandes correntes: teoría clásica, de orientação personalista e subjetiva; e teoría moderna, de orientação objetiva e realista. (SALOMÃO FILHO *apud* CAMINHA, 2007, p.191).

Pues bien, en estas organizaciones colectivas, gestores de un patrimonio, cabe el arbitraje siempre que el mismo esté pactado por los socios. Todo aquel no firmante de dicha aceptación (minorías, por ejemplo) no puede ser alcanzado por decisiones arbitrales cuya procedencia ha rechazado.

El arbitraje es amplio, voluntario y constituye una forma de resolver conflictos que, una vez aceptado por las partes, se erige como una útil herramienta para resolver.

Pero tiene limitaciones generales que veremos de inmediato.

Las partes no pueden contrariar reglas del orden público interno o internacional, que junto con las reglas de las buenas costumbres y moral, constituyen una base esencial que limita el objeto de los actos jurídicos, nulificándolo en caso de violación (artículo 953 del Código Civil argentino).

El disparador del arbitraje es la aparición de una controversia en base a un contrato o negocio pactado libremente. Y puede existir o no, en el mismo convenio, una cláusula arbitral para administrar una posible desinterpretación del negocio o bien, como es sabido, convenirse a posteriori.

De este modo, se llega al arbitraje, cuya procedencia se vincula estrechamente con el texto contractual y las circunstancias de las partes y las que rodean al negocio.

Instalada una controversia interempresaria, debe estarse a la naturaleza del negocio. Un negocio que será generalmente bilateral o acaso trilateral, pero en general, se tratará de uno de cambio o intercambio; luego de seguir el camino arbitral previsto en el contrato y en normas extracontractuales, según el caso y arribará al conocimiento de una temática que el futuro árbitro debe estar en condiciones de analizar y luego resolver.

El negocio arbitrable a través del AAM será el vinculado a más de un ámbito territorial como ya hemos reseñado antes. El fin del acuerdo sobre que se va a arbitrar es una cuestión de primera definición: la intención de las partes, la aplicación de las reglas de la buena fe, la vigencia de la palabra empeñada, son reglas utilizadas frecuentemente como algunas más, en el sistema argentino, pero que se extienden para tener una presencia imperativa en el ámbito internacional: algunos autores se refieren a estos principios como *lex mercatoria*.

Después de esa interpretación general, debe hacerse el análisis del contrato-base en sí mismo: sea escrito u oral o haya sido concluido por negociaciones diversas, se observará en el contrato hasta dónde llega la cláusula compromisoria que llevaría al arbitraje. Del propio convenio surgirá un tribunal institucional prefijado o el pacto para someter la cuestión a árbitros *ad hoc*, que deberán ser elegidos por las partes.

A veces, no resulta común que las reglas del contrato sean claras y de simple interpretación. Los que han participado en arbitrajes *ad hoc* lo

¹³ Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 243 e ss) a discussão sobre inserção de elementos passivos, ou seja, dívidas e obrigações no conceito de patrimônio. O próprio autor, porém, refuta a possibilidade de se imaginar a patrimônio sem o lado negativo. Para bem se compreender em sua maior extensão a noção de patrimônio, é indispensável observar a incidência dos resultados sobre o complexo econômico da pessoa. Aceitando que ele os receba a ambos, concluímos que, num dado momento, tanto os direitos quanto os compromissos o integram.

saben; a veces, las normas contractuales no son suficientemente específicas; omiten temas o establecen ciertos presupuestos que hacen necesario desentrañar su sentido en el curso del propio proceso arbitral. Y en ocasiones, hasta se puede observar cláusulas contradictorias u opuestas. De ahí la importancia de una redacción contractual impecable e irreprochable.

Debe tenerse en cuenta la ley y los usos y prácticas de ambas partes y si hay un lugar tercero referido, también las de ese lugar.

Respecto de la arbitrabilidad objetiva, debemos citar a Martins, que explica una particularidad del Brasil: “existe una cuestión importante relacionada con la arbitrabilidad objetiva, la cual es capaz de viciar la convención arbitral. Aunque el AAM remite su solución al derecho del país anfitrión, en caso de que este considere válido el objeto de la convención, el acreedor podrá enfrentar un obstáculo en el momento de su ejecución en Brasil. Esto por cuanto el inciso I del artículo 39 de la Ley de Arbitraje brasileña señala: “[También] será denegada la homologación para reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral extranjera, si el Supremo Tribunal Federal (hoy la competencia es del Superior Tribunal de Justicia) constata que, según la ley brasileña, el objeto del litigio no es susceptible de ser resuelto por arbitraje.” Dice Martins (2006, p.20):

Como se puede apreciar – sigue el destacado autor brasileño –, esta disposición le permite al juzgador indagar *ex officio* la arbitrabilidad de la controversia, al contrario de lo que ocurre con las nulidades constantes del artículo 38 de la ley, cuyo poder-deber de alegarlas le conviene al reo. Entonces, se trata de una regla de orden público tan importante para la ley como admitir que la excepción de nulidad sea analizada, de oficio, por la corte nacional.

Martins (2006, p.22) agrega:

Como inconveniente, el artículo 1º de la ley brasileña prohíbe la utilización del arbitraje que verse sobre derechos no disponibles. Se trata, sin duda, de una disposición de índole imperativa. Al no poderse arbitrar el conflicto, cualquier decisión en contrario resultará violatoria del orden público nacional. Ese nudo jurídico no es fácil de deshacer. Sin embargo, se puede argumentar que el AAM, ley vigente en Brasil, remite al derecho extranjero en los casos de arbitraje comercial internacional, razón por la cual se permite el análisis de ese elemento intrínseco, lo cual dará lugar a la arbitrabilidad o no del conflicto.

En primer lugar, es preciso discernir, analizando el contrato-base del negocio que tiene algunos aspectos controvertidos, si se ha pactado el arbitraje excluyendo a los jueces estatales competentes.

La elección de la vía estatal o arbitral, en negocios privados patrimoniales susceptibles de transacción, admite, si se elige el arbitraje, que el mismo sea institucional o *ad hoc*. Con ello se reconoce y refuerza la autonomía de la voluntad de las partes, ya que los empresarios podrían recurrir a las normas de un Tribunal Arbitral establecido o bien crear su propio Tribunal designando a los árbitros según sus deseos, confianza o el procedimiento que hayan pactado. Ambos sistemas tienen sus ventajas y desventajas:

[...] por eso - señala Batista Martins (2006, p.22) - y por las predilecciones que muchas empresas tienen por una o por la otra forma de resolución arbitral, el legislador avanzó en la consideración de las dos tradicionales formas de arbitraje. La elección es un derecho de las partes contratantes. En consecuencia, el instituto nació, fue implementado y evolucionó bajo la óptica de la libertad.

La justicia estatal o institucionalizada, está en América Latina, sobrecargada de tareas. En cambio, el laudo arbitral viene rápido, de la mano de tribunales arbitrales *ad hoc*, de tribunales institucionales con amplio listado de árbitros elegibles o tribunales institucionales con listado de árbitros fijos y que integran un tribunal arbitral con cierta permanencia.

Cuando se decide con seguridad que se abrirá el proceso arbitral, debe elegirse los árbitros, si el arbitraje es *ad hoc*. Deben elegirse cuidadosamente. La profesión y la nacionalidad del árbitro cuentan tanto como sus otros antecedentes. Muchas veces, se seleccionan como árbitros a abogados que han sido jueces; estos magistrados retirados tienen oficio para juzgar, están acostumbrados a resolver conflictos y su preparación mental los lleva a una ecuanimidad de la que carecen los que ejercieron únicamente la profesión de abogado.

Respecto a la nacionalidad en el arbitraje internacional, la preferida al elegir los árbitros, generalmente será una ajena a la de las partes, cuando ellas son de diferentes países.

Luego de un proceso arbitral y producidas las pruebas ofrecidas y declaradas procedentes, se dictará un laudo arbitral es decir, la resolución de los árbitros que decide la controversia entre ellas poniendo fin al litigio. No se exige en el ámbito internacional una forma determinada, pero sí dos requisitos: que el laudo esté bien fundado y que sus soluciones sean claras, legales, razonable y congruentes.

El laudo no tendrá que contar con largas citas legales pero debe estar bien fundado debiendo aplicarse las reglas de derecho que correspondan, estableciéndose en la misma

resolución, el por qué ella se dicta. La congruencia está vinculada a la cuestión que se debe resolver y cuál, en definitiva, se resuelve. Recordemos que la Convención de Nueva York señala que existe falta de congruencia cuando el laudo se aparta de los temas previstos en el compromiso o en la cláusula compromisoria o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso (laudo *extra petita*).

El laudo arbitral puede tener defectos de forma. En lo internacional, se admite la corrección de errores del laudo cuando éste revela un “desliz o una omisión accidental”.

Descartado que el conflicto vaya a ser resuelto por jueces estatales, se determinará el lugar en el cual se celebrará el arbitraje, con qué procedimientos legales y en qué idioma. El sitio donde se celebra el arbitraje, obrará de modo importante, porque la ley de ese lugar será la supletoria, salvo que el pacto de arbitraje diga otra cosa.

Sólo es atacable esta vía de solución de conflictos, cuando el tribunal arbitral ha comentado el fraude o caído en la corrupción, que son intrínsecamente malos en cualquiera de sus formas. Pero esta nulidad, sin perjuicio de la respectiva causa penal, se aplica a cualquier sistema para dirimir conflictos incluyendo a la justicia institucionalizada.

Es preciso confirmar la práctica del arbitraje en Sudamérica: hace falta crear una fuerte intención que se trasluzca en decisiones de políticas de Estado, reflejada en actividad legislativa y en una clara política judicial.

En Argentina, como hemos señalado, no existe una ley general de arbitraje. Si pese a ello, las prácticas de arbitraje igual se han desarrollado, cuanto mas habrán de tener éxito si una buena ley las respaldara. No es suficiente que Argentina haya recibido en su legislación a la Convención de Nueva York, por la cual, con mucha claridad se permite a las partes elegir libremente su propia ley aplicable y los compromete a aceptar los laudos extranjeros. Es necesario un respaldo legal más específico.

Desde la posición judicial, nuestra cultura procesal hace que los jueces vean cada vez con mayor agrado el arbitraje y salvo en temas no permitidos, estén dispuestos a apoyarlo, con una excepción: que se da cuando se produzca una violación al debido derecho de defensa, asegurado por todos los sistemas jurídicos de Sudamérica; ese derecho, implica el conocimiento cabal del procedimiento, de la ley aplicable, el respeto a la igualdad de las partes y el derecho a proponer las pruebas de que cada parte se intenta valer.

El AAM determina que la convención arbitral o la cláusula específica de arbitraje *debe* ser estipulada

por escrito. Pero también acepta un pacto arbitral celebrado entre ausentes, es decir, a distancia, a través del intercambio de cartas o telegramas, con recepción confirmada. Además, tratando de captar formas modernas de establecer acuerdos, dice que las comunicaciones realizadas a través de telefax, correo electrónico o por un medio equivalente, deben ser confirmadas con un documento original. Así, la convención arbitral ejecutada entre ausentes se perfecciona en el momento y de conformidad con el derecho del Estado donde se recibe la aceptación. No se ha incorporado expresamente en cambio, la seguridad que ofrece la firma electrónica que de a poco, va imponiéndose en nuestra Área de Integración MERCOSUR y sobre la cual hay avances fundamentales en UNCITRAL y en muchos países.

La validez de la cláusula arbitral del Acuerdo del Mercosur divide la ley aplicable en una solución que no creemos sea la mejor, pero contempla los antecedentes legales de los Estados Parte.

La capacidad de las partes de la convención arbitral se rige por el derecho de sus respectivos domicilios.

Los demás elementos negociales del pacto arbitral— consentimiento, objeto y causa —, atienden su validez a lo que disponga el derecho del Estado Parte que acoja la sede del tribunal arbitral.

También se legisla seriamente y en forma congruente en favor del seguimiento de la tendencia mundial en materia de interpretación: en general, se aplicarán las reglas de la *lex mercatoria*, las prácticas y los usos y costumbres comerciales.

Por último, el AAM se refiere en algunos pasajes de su texto al Derecho Internacional Privado como integrador del sistema. Este derecho está conformado por el conjunto de soluciones para resolver los conflictos de ley, como son por ejemplo, el complejo de leyes positivas, actos, precedentes, máximas y principios según los cuales las naciones aplican sus leyes o consienten en la aplicación de leyes extranjeras en las cuestiones de carácter particular, que afectan a nacionales y extranjeros, en materia de derecho civil, comercial, criminal y administrativo.

3 A modo de conclusión

Hay críticas simples para realizar, pero si el tema es observado con una alta exigencia, las críticas que se pueden hacer al nuevo estatuto son varias y aún se podrían ampliar. Sin embargo, creemos que el AAM es un intento muy bueno para ordenar los negocios en el Mercosur, aunque ciertas libertades negociales y conflictuales puedan aparecer como

un poco restringidas. En cambio, hay disposiciones positivas y muy útiles, como la protección de la autonomía de la voluntad en un grado satisfactorio, sea por la vía *ad hoc* o la institucional.

Se ha otorgado una relevancia particular a la autonomía de la voluntad, de las partes, para determinar las reglas procesales que regirán el arbitraje, ya sea institucional o *ad hoc* (artículo 12).

Es también un acierto el reconocimiento de la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia (artículo 18 y 8).

En cuanto a las medidas cautelares, asunto muy discutido en el derecho arbitral, se dispone en el nuevo estatuto, que los árbitros podrán dictar medidas cautelares (artículo 19), pero con restricciones: el artículo 19(2) del Acuerdo sólo permite al tribunal arbitral resolver sobre tales medidas a través de un laudo provisional o interlocutorio.

El acuerdo regula de manera correcta lo concerniente al laudo arbitral y a sus condiciones de emisión (artículo 20), pero se advierte un obstáculo en el artículo 20(1) el cual dispone que el laudo

[...] decidirá completamente el litigio, lo no resulta una solución clara ni conveniente, ya que alguna jurisprudencia de tribunales del Estado en países de América Latina, no aceptan laudos parciales, en base a antiguos criterios ya superados, que sostienen, sin base científica alguna, que no es posible el dictado en un mismo procedimiento arbitral de laudos parciales que resuelvan progresivamente distintos aspectos de las discrepancias entre las partes. La práctica del arbitraje comercial internacional confirma de manera irrefutable que en muchas oportunidades un caso arbitral no solo puede, sino que debe ser resuelto a través de sucesivos laudos parciales que diriman progresivamente distintos aspectos procesales y de fondo que hacen a los temas controvertidos entre las partes. (NAÓN, 2003, p.28-29).

En el proceso arbitral de la CCI, se admite "agregados" (*addendum*) destinados a completar laudos ya dictados; ellos tienen una gran utilidad práctica dado el sistema de control formal de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional.

Se prefiere en el AAM el respaldo jurídico: si las partes nada han pactado, el arbitraje será de derecho y no de equidad (artículo 9).

El dictado y la aprobación del AAM ha sido un avance considerable para la Región. Pero queda un campo vacío de contenido en la normativa MERCOSUR vigente. Se trata de los recursos que

sí se admiten en otras zonas de integración, como por ejemplo, la Unión Europea. Ellos se establecen para remediar la violación de normas de naturaleza comunitaria y aún para consulta normativa previa.

También es evidente la carencia de un sistema que concilie el actuar privado con las normas Mercosur mediante una vía rápida de acceso para que los empresarios puedan reclamar la aplicación de esa normativa a un Estado Parte. Sólo les queda la vía judicial, que en cada país se organiza a través de los Estados nacionales.

Así, sólo los Estados Parte tienen acceso a un reclamo institucional, en defensa de la aplicación y plena vigencia del sistema de normas del Mercosur, luego de transitada la etapa de negociaciones diplomáticas, según las disposiciones del Protocolo de Olivos, como hemos visto. Pero, reiteramos este reclamo no es, al menos en principio, una vía admitida para las personas físicas o las jurídicas privadas de la Región.

Los acuerdos sobre arbitraje admitidos por el AAM, son solamente los que realicen los particulares, personas físicas o jurídicas, pero no abarcan el eventual cuestionamiento de los actos de los Estados; para dar un ejemplo, el derecho a impedir que no se cobre dos veces el arancel externo común por un mismo negocio o el reclamo sobre la forma de aplicación de ciertas normas del Mercosur.

En estos casos, el particular solo podrá acudir ante la jurisdicción de los jueces naturales estatales y ello se ha hecho en el pasado con éxito, pero ingresando en un procedimiento complejo y burocrático como es la maquinaria estatal y sus instancias, que llevará mucho tiempo y dinero.

Reivindicamos la opinión de que debería habilitarse una vía legal arbitral para resolver rápidamente estas cuestiones, hoy por hoy de difícil costosa solución.

También sería posible, permitir, a través del AAM, el recurso a un tribunal arbitral para lograr la aplicación concreta, por parte de una jurisdicción pública, de la normativa MERCOSUR, permitiendo que los Estados por sí, sus regiones o las provincias autónomas y todos los entes colectivos en los que interviene el Estado, sean sujetos de un arbitraje bajo aquéllas reglas tan flexibles y convenientes.

Referências

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina, 1942. t. 3.

- ANAYA, Jaime L. El arbitraje en los conflictos societarios. *Revista La Ley*. Disponible en: <<http://www.laley.com.ar/Home/index.asp>>. Acceso en: 12 nov. 2007.
- ANAYA, Jaime L. Recursos contra laudos arbitrales. *El Derecho* p.161- 522, 1994. Disponible en: <http://www.elderecho.com/ed_internet.aspx>. Acceso en: 14 oct. 2007.
- ANGELIS, Dante Barrios de. *El juicio arbitral*. Montevideo: Edl. Mrtin Bianchi Altuma, 1956.
- ANZOLA, J. Eloy. Quién puede dictar medidas preventivas en el arbitraje comercial? *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, p.154-178, enero/jun. 2006.
- ARAZI, Roland. Arbitraje nacional e internacional. *Diario La Ley*, Buenos Aires, 19 ago. 2005. p.12-14.
- ARECHA, Martín. *Código de comercio y normas complementarias*: análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. t. 1.
- ARROYO, Fernández, D. P. *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía, 2003.
- _____. La ejecución del laudo arbitral dictado contra el Estado. *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, Buenos Aires, n. 13, oct./dic. 2006. Disponible en: <http://www.legis.com.co/nuevo/Bancoconocimiento/C/COLFDM/COLFDM.asp>>. Acceso en: 21 ene. 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- BELSUNCE, Horacio A. García. La crisis institucional. *El Derecho*. Disponible en: <http://www.elderecho.com/ed_internet.aspx>. Acceso en: 22 dic. 2005.
- BOBBIO, Norberto. Il lungo addio all' ultimo filosofo della libertà. *Corriere della Sera*, Milano, 10 ene. 2004. p. 2
- BRAVO, Federico de Castro. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1997.
- CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- CAMINHA, Uinie. Notas sobre a sociedade simples no novo código civil. *Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza*. Fortaleza, v. 11, p. 209-216, mar. 2006.
- _____. Notas sobre os grupos de sociedades no direito brasileiro. *Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza*. Fortaleza, p.187-195, mar. 2007. Edição especial.
- CASSESE, S. *La crisis del Estado*. Tradução de Lexis Nexis. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- CHALVRON, Lea de. Finlande: un "miracle" somme toute logique. *Le Monde de l'Éducation*, Paris, n. 299, p.34-57, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovena, 1956. t. 1.
- CREMADES, Bernardo Maria. *Estudios sobre arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 1986.
- DIEUZEIDE, Juan José. Historia del fuero mercantil: jurisdicción comercial y tribunales de comercio. In: *CÓDIGO de comercio y normas complementarias*: análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. t. 1.
- EDUARDES, Warren. *Instrumentos financieros fundamentales*. Madrid: Financial Times, 2001.
- ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Arbitraje: Argentina. In: ROTONDI, M. *Inchieste di diritto comparato*: el arbitraje. Milano: Giuffrè, 1991. p. 73-98.
- _____. *Contratos asociativos*: negocios de colaboración y consorcios. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- _____. *Derecho comercial y económico*: contratos: parte especial 2. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- _____. *Derecho comercial y económico*: parte general. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal; ETCHEVERRY, Gabriela María. *Mercosur*: negocios y empresas. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2001.
- FIGUERES, Dyala Jiménez. La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales. *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, p. 17-32, ene./jun. 2006.
- FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; GOLDMAN, B. *International commercial arbitration*. Den Haag: Kluwer Law International, 1999.
- FRIGNANI, Aldo. Il contratto internazionale. In: FRANCESCO, Galgano (Org.). *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economía*. Padova: Cedam, 1990. v. 12. p.1123-1136.
- GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. In: BETTI, Emilio et al (Org.). *Teoría general del negocio Jurídico*. Peru: Ara, 2001. p. 754-767.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*: parte general. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. 1.
- GUASTELLA, Emanuele Lucchini. Seguridad jurídica y sistema económico. *Ley Actualidad*, Madrid, v. 12, n. 44, p. 14-29, 2 mar. 2006.

- MARTIN, Arecha. Arbitraje comercial. *Código de comercio y normas complementarias*: análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. t. 1.
- MARTINS, Pedro Batista. Observaciones sobre el texto del "Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, Bogotá, n. 12, p. 5-28, sept. 2006.
- MASON, Paul E. Sete chaves para a arbitragem na América Latina. *Revista Brasileira de Arbitragem, Sintese- CBAr*, Sao Paulo, v. 4, n. 4, p.123-140, jul./set. 2004.
- MAYER, P. The trends towards delocalisation in the last 100 years. In: HUNTER, M.; MARRIOTT, A.; VEEDER, V. V. (Ed.). *The Internationalisation of International Arbitration, Graham & Trotman*. London: Martinus Nijhoff, 1995. p.15-29.
- MEREMINSKAYA, Elina. Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional. *Foro de Derecho Mercantil*, Bogotá, v. 12, n. 12, p. 101-123, jul. 2006.
- MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: EFEA, 1971. t. 6.
- MORELLO, Augusto M. *Avances procesales*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000.
- MORENO, Faustino Cordon. *El arbitraje en el derecho español*: interno e internacional. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- NAÓN, Horacio A. Grigera. El acuerdo sobre arbitraje comercial Internacional del Mercosur: un análisis crítico. *Revista Brasileira de Arbitragem, Sintese - CBAr*, Porto Alegre, número especial de lanzamiento, p. 20-37, 2003.
- PAULSSON, J. Enforcing arbitral awards notwithstanding a local standard annulment. *ICC ICArb Bulletin*, v. 9, p. 8-26, 1998.
- REIMUNDIN, Ricardo. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Viracocha, 1956. t. 1.
- ROMERO, Eduardo Silva. Crónica sobre jurisprudencia en materia de arbitraje. *Revista Internacional de arbitraje*. Bogotá, p. 25-46. jul./dic. 2005.
- ROOS, Cristián Conejero. Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la Cnudmi en Latinoamérica. *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, v. 4, n. 4, p. 78-96, ene./jun. 2006.
- SAAVEDRA, Miguel Cervantes. *Don Quijote de la Mancha*. Edición IV Centenario. Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española. Madrid: Alfaguara-Santillana, 2004.
- SÁINZ DE BUJANDA. Reflexiones sobre un sistema de derecho tributario español: en torno a la revisión de un programa. *Hacienda y derecho*. Madrid, v. 3, p. 145 y ss., 329 y ss , 1963.
- SOTO, Carlos A. Coaguilla. La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato. *Gaceta Jurídica*, Lima, t. 70-B, p. 12-45, sept. 1999.
- _____. Transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto. In: MOZOS, Alternie De Los; SOTO, Carlos A. Coaguilla. (Coord.). *Instituciones de derecho privado*. Lima: Temis y Palestra, 2000. v. 1, p. 369-438.
- TAQUELA, María Blanca Noodt. Avances del proyecto de ley argentino de arbitraje respecto de la Ley Modelo de Uncitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 14, p. 114-125, 2004.
- TRAZEGNIES, Fernando de. *En el país de las colinas de arena*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. v. 2.
- VATTIMO, Gianni; ROVATTI, Pier Aldo. *El pensamiento débil*. Madrid: Cátedra, 2000. (Colección Teorema).
- VÁZQUEZ, María del Ángel Iglesias; ALONSO, Manuel Santaella. *Elementos e Instituciones de la Unión Europea*. Madrid: Universidad Complutense/ Centro Universitario Villanueva, 2004.