

**XXXVI CONFERENCIA DE LA
FEDERACIÓN INTERAMERICANA DE ABOGADOS**

**17 AL 24 DE JUNIO DEL 2000
PANAMA, REPUBLICA DE PANAMA**

COMITÉ VIII: DERECHO DEL DESARROLLO Y LA INTEGRACION

**EL ARBITRAJE
COMO METODO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS
EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN AMERICANOS
Y EN EL MERCOSUR**

por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini
ARGENTINA

La presente ponencia es presentada por su autor para optar al “Premio al Mejor Trabajo”

Autor: Dr. Gualtiero Martín Marchesini
Ramón L. Falcón 680
1832 Lomas de Zamora
Pcia. de Buenos Aires
REPUBLICA ARGENTINA

Tel/Fax: 54-11-4243-4721
E-Mail: martinmarchesini@ciudad.com.ar
<http://www.martinmarchesini.com.ar>

Buenos Aires – R. Argentina
Año 2000

PONENCIA

CONSIDERANDO:

Que los procesos de integración americana avanzan hacia la comunidad regional para culminar en la integración Continental (A.L.C.A.).-

Que los procesos de integración existentes requieren de un **mecanismo jurisdiccional** que **controle** la legalidad de los actos jurídicos dictados e **interprete**, en última instancia, las normas jurídicas de la integración.-

Que en los procesos de integración el **arbitraje es un arma de acción integradora**.-

Que ante la **falencia** de una **Corte Supranacional** que interprete el derecho de la integración, el **arbitraje** será el método más idóneo para la **solución de controversias** entre los Estados en proceso de integración, entre un Estado y un particular y entre particulares de la comunidad.-

Que el **arbitraje**, en su concepto más moderno, es utilizado como **“equivalente jurisdiccional”** y está direccionado a la **solución de conflictos** que involucran **derechos patrimoniales disponibles**.-

Que el **árbitro**, los árbitros o el Tribunal Arbitral son de **confianza** de las partes y por ellas **libremente elegidos** a través de un contrato o **“convención arbitral”** que incluya una **“cláusula compromisoria”** y el **“compromiso arbitral”**.-

PROPONEMOS COMO PROYECTO DE RESOLUCIÓN:

Recomendar a los Estados e instituciones de los países en proceso de integración en América la necesidad de contar con **Tribunales Arbitrales** estables, permanentes e institucionales, **patrocinados** por entidades representativas de la comunidad e **integrados** por **árbitros preferentemente abogados** especializados en derecho de la integración que darán a la resolución de los conflictos entre partes que los han elegido a través de la **“cláusula compromisoria arbitral”** celeridad, plasticidad procesal, economía, especialidad científica e inmediatez entre el árbitro, las partes y el proceso. Estos **Tribunales Arbitrales** podrán coexistir con un **Tribunal Jurisdiccional Supranacional** que asegurará el imperium, la estabilidad, continuidad, inamovilidad y neutralidad política de los jueces, quienes dictarán una **jurisprudencia** firme y exigible, que fijará las reglas pretorianas del derecho comunitario interpretándolo, marcando así el ritmo de la integración, con total independencia de los órganos que dictan o ejecutan dicho derecho. **El avance** de todo **proceso de integración** está **condicionado** a la existencia de un **organismo arbitral o jurisdiccional** que **dirima** los **conflictos** y las **disputas** que surjan de la divergente interpretación de las normas por parte de los Estados socios integrados y de los particulares en sus conflictos entre sí o con un Estado miembro.-

EL ARBITRAJE

COMO METODO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN AMERICANOS Y EN EL MERCOSUR

Por Gualtiero Martín Marchesini

SUMARIO: 1.- Introducción.- 2.- Esquema de la situación del arbitraje en el MERCOSUR: 2.1. El Protocolo de Brasilia. 2.2. El Protocolo de Colonia. 2.3. El Protocolo de Ouro Preto. 2.4. Organismo Jurisdiccional - Laudo Arbitral.. 3.- Resolución de Controversias entre particulares en el MERCOSUR: El Arbitraje: 3.1. Normación reguladora del arbitraje internacional entre particulares en el Mercosur: 3.1.1. Normas generales e integrales; 3.1.2. Normas específicas vinculantes; 3.1.3. Normas aplicables.- 4.- **CONCLUSIONES:** 4.1. Institucionalización: 4.2. Jurisdiccionalidad; 4.3. Equidad; 4.4. Soberanía; 4.5. Supranacionalidad; 4.6. Armonización; 4.7. Tribunal Jurisdiccional; 4.8 Tribunal Arbitral.- **SINTESIS.-**

1.- Introducción

Los procesos de integración **voluntarios y de derecho**, como son los de América Latina, se perfeccionan cuando al mecanismo de concertación y de decisión se le añade un **mecanismo jurisdiccional** que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e interprete, en última instancia, las normas jurídicas de la integración.(1)

No está en la vocación de los Estados Latinoamericanos, al menos por ahora, establecer modificaciones sustanciales en los mecanismos de solución de controversias y menos aún de avanzar hacia la constitución de un órgano jurisdiccional permanente, como existe en la integración europea y venimos reclamando muchos de quienes tratamos el tema.(2)

Los caracteres propios de esta integración americana, que algunos autores han llamado “nueva integración”, son una liberalización comercial acelerada y general; la realización de las negociaciones sobre una base de reciprocidad; el establecimiento de relaciones más abiertas hacia el mundo, la búsqueda de relaciones especiales con otros países o grupos de países; mayor flexibilidad en el plano institucional; recesión económica y desempleo en los estados miembros como consecuencia de un elevado endeudamiento; disparidad de cambio de sus monedas; y, por último, tendencia al establecimiento “ab initio” de sistemas ágiles y flexibles de **solución de controversias**.(3)

Considerando los procesos de integración de América en su etapa actual, podemos considerar “**al arbitraje** como instrumento condicionante de nuestro proceso de integración y arma de acción integradora. Para ello, debemos pensar sobre la conveniencia de adoptar el arbitraje como método de resolución de conflictos que puede contribuir a un mejor entendimiento” entre los Estados de la comunidad entre sí; entre un Estado y un particular y entre los particulares que hacen circular sus capitales, bienes, servicios y personas dentro de dichos procesos.(4)

Las controversias pueden resolverse por distintas vías entre las que se destacan la mediación y la jurisdicción en sus vertientes principales de carácter arbitral y judicial.(5)

En este trabajo, por razones de brevedad, nos dedicaremos al análisis del arbitraje y en especial en el MERCOSUR.

2.- Esquema de la situación del arbitraje en el Mercosur

2.1. El Protocolo de Brasilia

La solución de controversias en el Mercosur fue reglada en principio por el “Protocolo para la Solución de Controversias -Apéndice III del Tratado de Asunción” firmado en la Ciudad de Brasilia el 17 de Diciembre de 1991, conocido con el nombre de “Protocolo de **Brasilia**” (C.M.C. dec. 1/91, aprobado por Argentina por ley N° 24.102 A.D.L.A. LII-C, 2874).

Sobre los aspectos procesales, el Protocolo establece dos procedimientos específicos y diferenciados: uno para los **Estados** (descrito en los Capítulos II, III y IV), y otro para los **particulares** (en el Capítulo V).(6)

El sistema adoptado por dicho Protocolo para la resolución de un conflicto establece que “Los Estados Partes de una controversia intentarán, ante todo, la solución por medio de negociaciones directas, que no podrán exceder el plazo de quince días, salvo acuerdo entre las partes”(artículo 2°)

La controversia prevista tiene como sujetos únicamente a los Estados Partes.

Si la controversia no logra, si quiera en parte una solución directa, cualquiera de los Estados Partes involucrado en las negociaciones “podrá someterla a la consideración del Grupo Mercado Común”(art. 4°, ítem 1 del Protocolo).

El **Grupo Mercado Común** “evaluará la situación” y con la ayuda, si necesaria, de los expertos integrantes de la nómina prevista en el artículo 30, concluirá en un plazo máximo de treinta días (art. 6° del Protocolo) las propuestas y recomendaciones a los Estados Partes de la controversia, buscando la solución del problema” (artículo 5°).

Si no hubiera sido posible solucionar el diferendo, en las condiciones antes citadas, “cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al **procedimiento arbitral**, que consta en el Protocolo de Brasilia”.

Como vemos, **los particulares** no fueron previstos en los artículos citados, ellos son objeto del Capítulo V, artículo 25 y siguientes del mencionado Protocolo donde se hace mención a los reclamos presentados por particulares, sean personas físicas o jurídicas, en razón de sanciones o aplicación, por partes de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas, con una o más de las siguientes características:

- a) efecto restrictivo o discriminatorio.
- b) estar involucrado en “competencia desleal”.
- c) incumplimiento del Tratado de Asunción; de las decisiones del Consejo del Mercado Común y de las resoluciones del Grupo Mercado Común.

El **Grupo Mercado Común**, que cumple una función clave, en el trámite para la solución de controversias, está definido en el Tratado de Asunción, como órgano ejecutivo de dicho Mercado.

Aquí aparece una distorsión ya que un órgano ejecutivo no debe de ejercer funciones jurisdiccionales.

Otra característica peculiar del arbitraje es que el **árbitro** o los **árbitros** deban ser **de confianza de las partes** y por ellas libremente elegidos, a través de una “convención de arbitraje” que incluya una “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral”.

La nueva ley brasileña de arbitraje N° 9307, que entró en vigencia el 23 de Noviembre de 1996, define el “compromiso arbitral” como “la convención por medio de la cual las partes someten un litigio al arbitraje de una o más personas, pudiendo ser judicial o extrajudicial”.

2.2. El Protocolo de Colonia

El Protocolo de Colonia del 17 de enero de 1994 determina: “Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible resuelta por consultas amistosas” (artículo 9).

En el caso de recurso al arbitraje internacional se mencionan dos instituciones “CISCI”, Centro Internacional de Soluciones de Controversias relativas a inversiones y “UNCITRAL”, un Tribunal de Arbitraje “ad hoc” de acuerdo a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Directorio Comercial Internacional.

Existió la necesidad de acrecentar éste Protocolo para la protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR y nace así por éste y otros motivos el Protocolo de Ouro Preto.

2.3. El Protocolo de Ouro Preto

El **Protocolo de Ouro Preto** del 17 de diciembre de 1994 (aprobado por Argentina por ley 24.560 ADLA LV-E, 5877), vino a establecer un “**Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común**” pero infelizmente quedó distante de lo que indicaba su ambicioso título “**Sistema Permanente**”.

Se aprobó el “**Protocolo de Medidas Cautelares**” también en Ouro Preto en diciembre/94 en el que se establece que “Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por jueces o Tribunales de otros Estados Partes”.

La admisibilidad de la **medida cautelar** será reglada por las leyes y resuelta por los jueces o tribunales del Estado requirente; y la “carta rogatoria referente al cumplimiento de una medida cautelar se tramitará por la vía diplomática o consular”.

El Protocolo de Ouro Preto en cuanto a las controversias que surgieran entre los Estados Partes, sostiene en su capítulo VI, artículo 43 que: “Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991”.

Como se observa, al fin y al cabo, lo que se hizo fue una referencia al “Protocolo de Brasilia”, dejando sin solución los problemas aquí antes referidos.

El artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto ha mencionado como “fuentes jurídicas del MERCOSUR”: a) El Tratado de Asunción; b) los acuerdos celebrados en el marco de ese tratado; c) las decisiones del Consejo del MERCOSUR; d) las resoluciones del Grupo Mercado Común y e) las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

El Protocolo de Ouro Preto ha creado “una Secretaría Administrativa como órgano de apoyo u operativo” (artículo 31 del Protocolo) que desempeña las siguientes actividades, entre otras: “servir como archivo oficial de la documentación del MERCOSUR”; “realizar la publicación y la difusión de las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR”.

El Protocolo de Ouro Preto ha creado también la Comisión de Comercio del Mercosur que entre sus atribuciones tiene “la consideración de los reclamos presentados por sus secciones nacionales, originadas por los Estados Partes o en demanda de particulares”.

Las reuniones de Ministros de Estado de los cuatro países miembros trataron con cierto éxito la solución de divergencias entre ellos y adelantaron propuestas de mérito para resolver problemas comunes en las reuniones de Jefes de Estado.

2.4. Organo Jurisdiccional - Laudo Arbitral

En cuanto al reconocimiento de la **sentencia arbitral** extranjera es digno de destacar que la ley brasileña N° 9307 del 23 de noviembre de 1996, en su artículo 34 dispone: “La sentencia arbitral extranjera será reconocida o ejecutada en Brasil, en conformidad con los tratados internacionales y en su ausencia, estrictamente con los términos de esta ley”.

De esta forma, quedó consagrada por ley, en Brasil, en lo que concierne a materia de arbitraje, la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas, valorizándose así, substancialmente, los tratados y sus protocolos referentes al MERCOSUR, aunque su Constitución Nacional no ha incorporado todavía dicha supremacía ni la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto.

El Tratado de Asunción establece como principio, en su artículo 1° el compromiso de los Estados Partes, de armonizar sus legislaciones, en las partes pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, pero ese compromiso presupone la existencia de un proceso de transformación cultural que está ocurriendo lentamente.

No obstante están surgiendo iniciativas en el Mercosur para la creación de Tribunales Arbitrales. Estas propuestas de cuño comunitario aunque de iniciativa institucional privada están destinadas a la resolución de conflictos por medio del arbitraje “de iure”.

Como ejemplos cabe destacar el “Tribunal Permanente de Conciliación y Arbitraje” (T.P.C.A.) que será de “derecho y de instancia única” de “arbitraje y conciliación” cuyo reglamento consta de siete partes y fue elaborado por los “Colegios y Ordenes de Abogados del Mercosur (COADEM)” reunidos en Curitiba, Brasil, en su artículo 2° se establece que el mismo Tribunal estará compuesto por árbitros “iuris”, que quedarán por cuatro años en sus funciones teniendo como mínimo 20 árbitros por cada país y como máximo 100 debiendo éstos, según el artículo 9°, ser elegidos mediante selección previa y concurso de antecedentes entre profesionales abogados matriculados y habilitados en alguno de los países signatarios del Mercosur. Como anexo del reglamento se da un modelo de cláusula compromisoria y un proyecto de reglamento de conciliación voluntaria.

Otro ejemplo del Tribunal Arbitral del Mercosur es el “Tribunal Internacional de Conciliación y Arbitraje del Mercosur” (TICAMER) surgido en 1993 en Argentina con su Secretaría General en Buenos Aires contando con asistencia administrativa de carácter

técnico y secretaría originaria a cargo de la “Cámara Internacional de Comercio del Mercosur”.

Un último ejemplo lo tenemos en el “Tribunal de Arbitraje Institucional del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora” (T.A.I.C.A.L.Z.) que se puso en funcionamiento en el año 1998 y una de cuyas Salas es de “Derecho Comunitario. Mercosur”,

El 12 de Junio de 1998 se celebró la “IX Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR”, en donde se trata el procedimiento arbitral institucional para la solución de conflictos en el área. Lamentablemente en su artículo 16 cuando legisla sobre los Arbitros dice que: “podrá ser árbitro cualquier persona legalmente capaz y que goce de la confianza de las partes”. Es inconcebible que a esta altura de las circunstancias no se haya exigido que los Arbitros sean abogados, pues es indispensable el conocimiento legal, más la especialización en el derecho de la integración, para dirimir conflictos que se plantean entre Estados, entre un Estado y un particular y entre particulares integrantes de esta unión aduanera imperfecta.

El MERCOSUR debería de crear un sistema de aprobación y registro de instituciones de arbitraje como las ya mencionadas.

Otra alternativa que podría funcionar conjuntamente con la anterior sería la creación de un Tribunal Arbitral Oficial para la solución de controversias entre particulares, como parte de la estructura del MERCOSUR.(7)

El MERCOSUR requiere hoy más que nunca tener un Tribunal de solución de controversias estable, por dos razones: la primera, porque los conflictos comerciales y las disputas sobre reglas acordadas se tienen que definir de acuerdo a derecho; y, la segunda, porque hay que sacar a los conflictos comerciales de la negociación política. Es dañino para los negociadores y más aún para los Jefes de Estado, verse envueltos en discusiones y disputas sobre reglas preestablecidas.

Como antecedente tenemos que a fines de la década de los ochenta, cuando EE.UU. y Canadá formalizaron una zona de libre comercio, los canadienses celebraron más el hecho de haber obtenido la formación de un Tribunal Arbitral que la concesión de un arancel cero para ingresar en el mercado norteamericano. La seguridad de acceso al mercado le venía garantizada por la existencia del Tribunal y la historia le demostró que ese convencimiento era certero pues Canadá ganó la mayor cantidad de casos frente a EE.UU.

3.- Resolución de controversias entre particulares en el MERCOSUR.

El arbitraje.

Actualmente el MERCOSUR enfrenta una crisis estructural, que desnuda algunas de las falencias constitutivas del sistema, que puede servirnos de verdadera alerta, por lo que debemos observarla con mucho detenimiento.(8)

Coincidimos con otros autores en que uno de los aspectos fundamentales de esta crisis es la poca o escasa consideración que se otorga a los derechos de los particulares, en la estructura institucional del MERCOSUR.

La demostración más clara de esta falta de preocupación por los derechos individuales fue la inexistencia de un sistema de solución de controversias rápido y confiable para dirimir conflictos entre particulares y entre particulares y Estados del Mercosur, que permitiera no sólo resolverlos, sino también prevenirlos, hasta que se suscribe en Buenos

Aires el 23 de Julio de 1998, el “Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR” y el “Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile”, que regulan la solución de controversias entre particulares, aprobados en Argentina por ley 25.223 publicada en el Boletín Oficial del 5 de Enero de 2000.-

En la divulgación del arbitraje, en su instalación en la conciencia jurídica de los integrantes de éste Mercado, tienen un papel muy relevante los colegios profesionales y las instituciones que agrupan a los hombres del mundo del derecho quienes deben preparar a los futuros árbitros y crear Tribunales Arbitrales Institucionales a los que las partes sometan libremente la resolución de sus conflictos y cuenten con el respaldo y la responsabilidad de las instituciones que los auspicien.

Los preconceptos contrarios al arbitraje no revisten el más mínimo análisis a la luz de las experiencias actuales de los países desarrollados donde se usa este sistema de resolución de conflictos para resolver las controversias entre Estados, entre un Estado y un particular y entre particulares entre sí.

El desarrollo aparece a nivel normativo con la ratificación de tratados internacionales sobre la materia; con la sanción de leyes como la ley 9307 sancionada en 1996 por el Brasil y ya mencionada anteriormente; la ley 26.572 dictada en 1955 por Perú y la ley 25.223 de Argentina, como así también las nuevas reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial de 1966 y de la Cámara de Comercio Internacional que entró en vigencia en 1998.

La supremacía de los tratados internacionales respecto de la ley interna estatal está claramente receptada en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, Convención que ha sido ratificada por los cuatro Estados miembros del MERCOSUR y que nos permite avanzar favorablemente en el proceso de integración regional a pesar de los impedimentos constitucionales de Brasil y Uruguay al respecto.

3.1. Normación reguladora del arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR.

3.1.1. Normas Generales e Integrales.

En primer lugar debemos decir que no existían en el MERCOSUR normas que regularan en forma integral el arbitraje internacional entre particulares hasta la firma del “Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional” del 23/7/98 ya mencionado.-

Los instrumentos elaborados por el Mercosur que se refirieran a la solución de controversias no trataban el arbitraje entre particulares. El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, el Anexo sobre Procedimiento General para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, del Protocolo de Ouro Preto, del 17 de diciembre de 1994 y la Directiva 6/96 (C.C.M.) Mecanismo de Consultas en la Comisión de Comercio del Mercosur (aprobada en la XIII reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, realizada en Buenos Aires, los días 18 y 19 de Junio de 1996), regulan las controversias entre Estados Parte del Mercosur y las reclamaciones de los particulares contra Estados Parte.

Sin embargo, el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto el 27 de Junio de 1992 (aprobado por Argentina por ley 24.578 -A.D.L.A., LV-E 5899-) trata conjuntamente con el

reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, el de los laudos arbitrales extranjeros (arts. 18 a 26).

Además, el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, suscripto en Buenos Aires, el 5 de Agosto de 1994 (aprobado por Argentina por ley 24.669 -A.D.L.A., LVI-C, 3421-) otorga validez a los acuerdos arbitrales (art. 4º, párrafo 2º).

Si bien no existen otras normas dentro del Mercosur que contemplen aunque sea parcialmente el tema, hay que preguntarse si no existen tratados internacionales sobre arbitraje aplicables entre los países del Mercosur.

3.1.2. Normas específicas vinculantes.

La Convención referida específicamente al arbitraje, que vincula a los cuatro países del Mercosur es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscripta en Panamá el 30 de Enero de 1975, en el marco de la Primer Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I) (aprobada por Argentina por Ley 24.322 - A.D.L.A, LIV-C, 2776-)

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York, el 10 de Junio de 1958 (aprobada por Argentina por ley 23.619 -A.D.L.A., XLVIII-D, 4230-), ratificada por Argentina, Paraguay y Uruguay - entre más de 115 países del mundo-, no lo ha sido por Brasil. Además, la Convención de Nueva York, tiene un carácter subsidiario con relación a otras convenciones sobre arbitraje (art. VII).

La Convención de Panamá debe ser considerada como el instrumento antecedente base en lo que se refiere al arbitraje comercial internacional entre particulares en el ámbito del Mercosur.(9)

Esta Convención (ver art. 4º) debe complementarse o integrarse dentro del Mercosur, con el Protocolo de Las Leñas de 1992 y respecto de Uruguay, quién no ha aprobado aún este Protocolo, con la Convención Interamericana sobre Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, suscripta en Montevideo, el 8 de Mayo de 1979 en el marco de la CIDIP-II (aprobada por Argentina por la ley 22.921 -A.D.L.A., XLIII-D, 3819-).

La aplicabilidad de éstas Convenciones en el ámbito del Mercosur fue señalada por la Sección Argentina de CIAC-OEA en la Primera Reunión Regional de los países del Mercosur de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC-OEA realizada en Buenos Aires el 25 de Abril de 1997. Posteriormente, se expuso en la “XVI reunión de CIAC-OEA”, realizada en Río de Janeiro del 11 al 13 de Mayo de 1997.-

3.1.3. Normas aplicables.

Hasta que se suscribió el “Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR” y el “Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile”, recientemente aprobados por Ley Argentina 25.223, las normas que regulaban el Arbitraje entre particulares y que acogió como antecedente este Acuerdo, estaban dispersas.-

Esta nueva regulación legal del Arbitraje en la región, menciona en sus considerandos como antecedentes el “Tratado de Asunción”, del 26/3/91; el “Protocolo de Ouro Preto” del 17/12/94; la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional”

suscripta en Panamá el 30/1/75; la “Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros” concluída en Montevideo el 8/5/79 y la “Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional” del 21/6/85 lo que trae una superposición de fuentes normativas que pueden entrar en conflicto ante un caso en particular.-

Tiene por objeto este Acuerdo “regular el arbitraje como medio alternativo **privado** de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado”, (art. 1) quedando por tanto excluido el arbitraje en los conflictos entre un particular y un Estado miembro y por supuesto entre Estados, previstos en el “Protocolo de Brasilia”.-

La cláusula compromisoria arbitral debe ser pactada de buena fe y deberá dar tratamiento equitativo a los contratantes.-

La Convención arbitral es autónoma con respecto al contrato base, deberá constar por escrito, se regirá por el derecho de lugar de celebración, se podrá realizar entre ausentes a través de los distintos medios de comunicación, debiendo ser confirmada por el documento original, perfeccionándose cuando se recibe la aceptación, debiendo cumplir los requisitos formales de la legislación de alguno de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos (art.6).-

La validez de la convención arbitral será regida por el derecho del Estado parte sede del tribunal arbitral y la capacidad de las partes por el de sus respectivos domicilios, en caso de controversia será resuelta por el tribunal arbitral (art. 7).-

El arbitraje podrá ser de equidad o de derecho, entendiéndose esto último si no hay disposición en contrario (art. 9).-

El tribunal arbitral aplicará el derecho que las partes decidieron o en su defecto lo resolverá en base al derecho internacional privado y sus principios y al derecho del comercio internacional (art. 10).-

Las partes podrán someterse al arbitraje internacional o “ad hoc” (art. 11) rigiéndose el primero por su propio reglamento que se tratará sea común para todas las entidades arbitrales las que publicitarán las listas de árbitros o composición de los tribunales; en cambio, en el segundo las partes podrán establecer el procedimiento y designar los árbitros, en caso de no hacerlo se aplicarán las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, (CIAC) según el art. 3 de la Convención de Panamá de 1975 (art. 12).-

Las partes podrán designar como sede de tribunal arbitral a un Estado parte, caso contrario lo hará el tribunal utilizando el idioma convenido o el de la sede de éste (art. 13).-

Además de la notificación personal por cédula se acepta la efectuada por carta certificada, telegrama colacionado, u otro medio fehaciente con constancia de recepción remitida al domicilio constituido, última residencia habitual o último domicilio consuetudinario de los negocios de la contraparte (art. 14).-

Lamentablemente se establece que “podrá ser árbitro **cualquier persona** legalmente capaz y que goce de la confianza de las partes” (art. 16) Es inconcebible que no se haya exigido que el árbitro sea versado en leyes, con acentados conocimientos del derecho de la integración y el derecho internacional. Los árbitros serán preferentemente de nacionalidad distinta a la de las partes en conflicto.-

El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia (art. 18).-

Las medidas cautelares podrán ser dictadas por el tribunal arbitral resolviendo sobre la contracautela o por autoridad judicial competente, lo que no significará una renuncia al arbitraje (art. 19). Las solicitudes de cooperación cautelar internacional dispuestas por un tribunal arbitral de un Estado Parte serán remitidas al Juez del Estado correspondiente a la sede del tribunal arbitral a efectos de que dicho Juez la transmita o exhorte para su diligenciamiento al juez competente del Estado requerido donde se tiene que ejecutar la medida cautelar por el procedimiento previsto en el “Protocolo de Medidas Cautelares de MERCOSUR” aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común N° 27/94”. El Acuerdo en análisis prevee de que al ratificarlo los Estados Parte podrán facultar al tribunal arbitral para que solicite el auxilio de la autoridad judicial estadual del Estado donde deba ejecutarse la medida por medio de las autoridades centrales o de las que tengan competencia especial para el caso.-

El laudo del tribunal arbitral será escrito, fundado, definitivo y obligatorio y no admitirá otros recursos que no sean el de aclaratoria, rectificación o ampliación ante el mismo tribunal (art. 21) y el de nulidad ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral (art. 22).-

Para la ejecución de un laudo arbitral extranjero se aplicarán, las disposiciones de la Convención de Panamá de 1975, el Protocolo del MERCOSUR aprobado por Decisión del Consejo del Mercado Común N° 5/92 y la Convención sobre Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979 (art. 23).-

El arbitraje termina con el laudo, con el acuerdo de partes o cuando el tribunal considere que el procedimiento arbitral se tornó innecesario o imposible.-

Este Acuerdo permite que el particular acceda al arbitraje sin necesidad que un Estado haga suya la posición, como venía ocurriendo, evitando que la acción interpuesta termine en un dictamen técnico sin valor obligatorio (10).-

El particular, ante los incumplimientos u omisiones de los gobiernos que son las dificultades más grandes que enfrenta cuando debe de exportar entre los países con los cuales existen tratados, tiene una nueva herramienta legal con la cual paliarlos (11).-

Quedan todavía algunas cuestiones apenas bosquejadas en el Acuerdo y una superposición de normas internacionales las que tendrán que resolverse a través de los Reglamentos de los Tribunales Arbitrales Institucionales y de una jurisprudencia corajuda y agresiva de los mismos (12).-

4.- Conclusiones

A pesar de ser reiterativo en algunos conceptos que considero básicos y fundamentales del proceso integrador del MERCOSUR, me permito sugerir algunas ideas para la solución de las controversias: (13)

4.1. Institucionalización: El **proceso de integración** de Latinoamérica para garantizar plenamente la solución de controversias entre los Estados miembros, entre un Estado y un particular o entre particulares, requiere avanzar hacia la existencia de un derecho comunitario que tenga **prioridad jerárquica** sobre el **derecho interno** estadual, el que será dictado e interpretado por **organismos específicos** e independientes de **carácter supranacional**. Esto significa que se debe llegar a la firma de un **nuevo tratado cuadro**

que revitalice a los Tratados constitutivos y que institucionalice a estos procesos creando un **cuerpo deliberativo**, bicameral, hacedor de la ley comunitaria, con representación de los ciudadanos y de los Estados miembros; un organismo que **interprete** esa ley, ya sea un **Tribunal de Justicia o Arbitral**, cuyas decisiones serán aplicadas por los jueces estatales; y, un **cuerpo ejecutivo** que integrarán los Jefes de Estado.

4.2. Jurisdiccionalidad: Los procesos de integración **voluntarios y de derecho** como son los americanos se perfeccionan, cuando al mecanismo de concertación y de decisión se le añade un **mecanismo jurisdiccional** que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e **interprete**, en última instancia, las normas jurídicas de la integración.

4.3. Equidad: La **equidad** en el reparto de las cargas y beneficios es uno de los caracteres típicos de un proceso de integración **voluntario y de derecho**.

4.4. Soberanía: Del concepto clásico de soberanía **poder** o **potestad**, se va evolucionando hacia un **nuevo concepto** que la considera como una **competencia** del Estado para proteger además del **interés nacional** el **interés general** y el **interés comunitario**, que no es otra cosa que defender el interés de cada uno de los miembros de la comunidad regional.

4.5. Supranacionalidad: Los **órganos supranacionales** que deberán crearse en el ámbito del proceso de integración americano, previa reforma de las constituciones de algunos Estados, **tendrán competencia delimitada** y adoptarán decisiones de **cumplimiento obligatorio** para los Estados miembros y los individuos que habitan en ellos, siendo los **organismos de dichos Estados** los encargados de **aplicar y ejecutar** las normas comunitarias; éste es un proceso que diferencia al **sistema comunitario** del **sistema federal**.

4.6. Armonización: La armonización de la legislación sobre arbitraje de la comunidad regional tendrá sus **límites** en los **finés** de la **integración** y deberá facilitar la creación de Tribunales Arbitrales Supranacionales, cuyos laudos sean de **cumplimiento obligatorio** para los **Estados miembros** y los particulares, ejecutando dichos laudos los Jueces internos de dichos Estados.

4.7. Tribunal Jurisdiccional: El proceso de integración latinoamericano requiere de un mecanismo jurisdiccional o sea de un **Tribunal de Justicia institucionalizado**, que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e interprete, en última instancia, las normas jurídicas de la integración, impulsando el proceso integrador, con total independencia de los demás órganos comunitarios e integrado por jueces probos que puedan dictar normas realmente **fieles**. (14)

Este Tribunal aportaría **seguridad jurídica** y **estabilidad** al proceso de integración; favorecería al fortalecimiento de la **supranacionalidad** y a la reafirmación del **principio de supremacía** o de **prioridad jerárquica** del derecho de la integración sobre las normas nacionales que pudieran contradecirlo; aseguraría el **control de legalidad**; garantizaría la **interpretación final uniforme** y la **aplicación de las normas de la integración**; sería

permanente y no **ad-hoc**; permitiría llevar a la contraparte a una **instancia jurisdiccional obligatoria** asegurándose un **resultado justo**; otorgaría a las partes **una instancia superior**; sus sentencias serían **obligatorias, inapelables y definitivas**; tendría competencia para entender en **todo tipo de conflictos** y además **competencia consultiva** como **recurso prejudicial**; daría **acceso a la justicia**, a los **particulares**; y, por último, otorgaría **seriedad y consolidación** al proceso de integración.(15)

4.8. Tribunal Arbitral: El proceso de integración latinoamericana debe de contar también con **Tribunales Arbitrales estables y permanentes** que coexistan con el Tribunal Jurisdiccional Supranacional (16) siendo los primeros **institucionales** patrocinados por entidades representativas de la comunidad y el segundo, órgano oficial creado por los Estados integrados en el tratado marco o Protocolo especial al respecto. El proceso de integración debe de contar con las ventajas del arbitraje, que son **celeridad, plasticidad procesal, economía, especialidad** ya que los árbitros serán preferentemente abogados especializados en derecho de la integración; y no solamente personas legalmente capaces; confianza de las partes en el árbitro o Tribunal Arbitral acordado por ellas en la **cláusula compromisoria** para resolver sus conflictos e **inmediatez** entre el árbitro, las partes y el proceso; conjuntamente con las ventajas de un órgano administrador de justicia supranacional que son el **imperium, la permanencia de los jueces, su continuidad e inamovilidad, su neutralidad política**, la existencia de una **jurisprudencia firme y exigible**, que fije las reglas pretorianas del derecho comunitario que marquen el ritmo de la integración e interpreten el incipiente derecho comunitario, con total **independencia** de los **órganos** que lo **dictan y ejecutan**. No puede avanzar un proceso de integración sin un **organismo arbitral o jurisdiccional** que **dirima** los conflictos y las disputas que surjan de la divergente interpretación de las normas por parte de los Estados socios integrados y de los particulares en sus conflictos entre sí o con un Estado miembro.

SINTEISIS

En los procesos de integración latinoamericana y en especial el **MERCOSUR**, que enfrenta una profunda crisis, si aspira a integrarse en un proceso superior, como es en un **Mercado Común** o más aún en una **Unión Aduanera plena**, deberán los Estados miembros negociar un nuevo **tratado cuadro, tratado marco o tratado constitución**, que acoja a los tratados constitutivos existentes (Tratado de Asunción, Protocolos, Acuerdos, etc.), los perfeccione con la experiencia adquirida aquí y en el derecho comparado comunitario, introduciendo el nuevo concepto de **supranacionalidad**; dándole al derecho de la integración **prioridad jerárquica** sobre el derecho de los Estados socios; concibiendo a la **soberanía** más como una **competencia** que como un poder del Estado, que proteja además del interés nacional el **interés comunitario**; **institucionalizando** el proceso con órganos independientes, autónomos y con funciones bien definidas, en especial **creando tribunales institucionales** de solución de controversias estables, integrados por **hombres del derecho** especializados en integración, coexistiendo también con **tribunales arbitrales** creados por **instituciones** que nuclean preferentemente profesionales en ejercicio de la ciencia jurídica, que garanticen en especial a los **particulares** que los pacten a través de **cláusulas compromisorias**, la resolución de los conflictos que se planteen en la comunidad por problemáticas **integracionistas** con otro particular, con un Estado socio o entre Estados, teniendo siempre presente que la integración no tiene su **fin en sí misma**, sino que es un **medio** para alcanzar con **equidad y justicia** el desarrollo integral de una región, el **bien común** para todos los que la integran y consecuentemente la ansiada **paz social** de los pueblos integrados hacia el progreso.-

NOTAS

- 1.- MARTIN MARCHESINI; Gualtiero: “Libre circulación de la Mano de Obra en el MERCOSUR” en Revista de Derecho del Mercosur, año 3, N° 3, junio de 1999, pag. 21, edit. La Ley, Bs.As. ; y “ Primer laudo arbitral del MERCOSUR” en Revista de Derecho del Mercosur, año 3, N° 6, diciembre de 1999, pag. 194, edit. “La Ley”.-
- 2.- REY CARO; Ernesto J. : “Comentario al reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el MERCOSUR” en Revista de Derecho del Mercosur, año 3, N° 3, Junio de 1999, pag. 11, Edit. La Ley, Bs. As.-
- 3.- GARRE COPELLO; Belter: “Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur” en Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, R.O. del Uruguay, Abril de 1995, Montevideo.-
- 4.- ZAPIOLA PEREZ; Horacio: “Arbitraje en el MERCOSUR” en Revista de Derecho del Mercosur, año 2 N° 1, Febrero de 1998, pag. 40, Edit. “La Ley”, Bs. As.
- 5.- CIURO CALDANI; Miguel Angel: “Hacia un régimen adecuado de solución de controversias en el MERCOSUR”, en Derecho de la Integración N° 7, año 1998, Pag. 27 de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Comunitarios, Rosario 1998.-
- 6.- GARNELLO; Vicente: “Evolución Institucional y Jurídica del MERCOSUR”, INTAL. Documento de Divulgación N°3, noviembre de 1998, pag. 14.-
- 7.- DE TARSO SANTOS; Paulo: “Solución de Controversias en el Proceso de Integración Regional. Conciliación y Arbitraje en el MERCOSUR”. Exposición en el Seminario sobre Dimensión Jurídica de la Integración, celebrado en Montevideo, Uruguay 2/3 de diciembre de 1996, publicada por ALADI, Sec. Gral. SEC/Di 879- 16/12/96.-
- 8.- ZAPIOLA PEREZ; Horacio: ob. cit. en 4, pag. 41, ap. III.-
- 9.- NOODT TAQUELA; María Blanca: “Como regular el Arbitraje entre particulares en el Mercosur?” en Revista de Derecho del Mercosur, N° 3, Junio de 1998, pag. 198, Edit. La Ley, Bs. As. 1998.-
- 10.- ZEBALLOS; Carlos: “El Protocolo de Brasilia” en Integración Latinoamericana INTAL, Bs. As. , Diciembre de 1992, N° 185.-
- 11.- XAVIER DE MELLO; Eugenio: “Solución de Controversias en el Mercosur. Protocolo de Brasilia” en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político”, Serie Congresos y Conferencias N°8, pag. 73, Montevideo 1993.-
- 12.- GARRE COPELLO; Belter: ob. cit. en 3, pag. 227.-
- 13.- MARTIN MARCHESINI; Gualtiero: Los conceptos de “institucionalización”, “jurisdiccionalidad”, “equidad”, “soberanía”, “supranacionalidad”, “armonización” ya los he esbozado en mi publicación citada en el apartado 1 con referencia a la “Libre circulación de la mano de obra en el MERCOSUR”, pero a pesar de pecar de reiterativo, considero necesario remarcarlos con referencia a este

tema, pues es necesario que ellos germinen y crezcan para que nuestro MERCOSUR se convierta en un proceso superior de integración que compita con los otros procesos avanzados como el de la Unión Europea en los que estos conceptos están ya consolidados.-

14.- CIURO CALDANI; Miguel Angel: ob. cit. en 5, pag. 3.-

15.-VARGAS; Abraham Luis: “El Tribunal de Justicia Permanente del MERCOSUR: una necesidad “sistémica” actual para satisfacer los conflictos, intereses y Derecho Comunitario involucrados”, en Revista de Derecho del Mercosur, año 1, N° 3, noviembre de 1997, pag. 39 y sig. en especial pag. 85 ap. 6, Edit. La Ley, Bs. As. año 1997.-

16.- ESTOUP; Luis Alejandro: “Tribunal Arbitral vs. Tribunal Jurisdiccional: Cuál de ellos necesita el MERCOSUR ?” en Revista de Derecho del Mercosur, Suplemento N° 1, Junio de 1998, Edit. La Ley, Bs. As. 1998.-