

LA QUINTA LIBERTAD Y EL ARBITRAJE EN EL MERCOSUR

Análisis de la libre circulación de los laudos arbitrales y de las sentencias judiciales entre los países integrantes del MERCOSUR

por el Dr. Gualtiero Martin Marchesini

*Doctor en Ciencias Jurídicas. Académico. Conjuez.
Arbitro Internacional y Nacional. Profesor en
doctorados y maestrías. Consultor. Publicista.*

Conferencia pronunciada en el "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires", el 3 de Noviembre de 2009 con los auspicios de la "Comisión de Derecho y Relaciones Internacionales".- Agradezco la colaboración de los ilustres juristas y dilectos amigos Profs. Dres. Adriana Dreyzin de Klor y Alejandro Daniel Perotti.-

SUMARIO: 1.- Qué es la quinta libertad?.- 2.- La resolución de conflictos mercosureños: 2.1.- El método del arbitraje; 2.2.- Que es la cooperación jurídica internacional?. 3.- La Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (*Convención de Nueva York de 1958. Aprobada por la R. Argentina en 1988*).- 3.1.- La Convención de Nueva York; 3.2.- Ratificación por la R. Argentina; 3.3.- Interpretación de la Convención de Nueva York por nuestros tribunales.- 4.- La cooperación jurídica internacional en el ámbito del MERCOSUR.- 5.- La instrumentación jurídica del MERCOSUR favorece el desarrollo de la quinta libertad?

1.- QUE ES LA QUINTA LIBERTAD?

El mundo de la post guerra, es decir desde mediados del siglo pasado hasta nuestros días, se caracteriza por la búsqueda de la superación del fenómeno de las fronteras, con países integrados que constituyen una región con caracteres comunes donde el objetivo central a conseguir consiste en facilitar, simplificar y garantizar el reconocimiento y establecimiento de procedimientos o mecanismos tendientes al logro de la **libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales**, como así también la **libre circulación de decisiones jurisdiccionales, sean estos laudos o sentencias** entre los Estados Partes o Estados Miembros de éstas comunidades a punto tal de llegar a erigirse en la no menos celebre **quinta libertad**.-

Esta orientación se inclina por reconocer los pronunciamientos arbitrales y judiciales dictados en el extranjero con arreglo a las normas sobre jurisdicción internacional del tribunal sentenciante y a no entorpecer mediante la revisión de fondo tales resoluciones.-

Los procesos de integración requieren instrumentos legales a los efectos de brindar certeza a los operadores y asegurar el desarrollo de sus objetivos.-

El mercado común es un modelo de integración que aspira a implementar las cuatro libertades de circulación ya mencionadas sustentadas en fundamentos especialmente económicos. No obstante para alcanzar estas cuatro libertades es necesario contar con la quinta libertad de naturaleza esencialmente jurídica que consiste en la **libre circulación de documentos, particularmente de laudos y sentencias**, que integra el **instituto de la cooperación jurídica internacional**.-

Sin seguridad jurídica no es factible integrar a los factores de la producción. Sin seguridad jurídica no existe seguridad económica ni en los países ni en los mercados integrados. No existe una verdadera integración económica sin una sólida integración jurídica.-

Un análisis que vamos a intentar hacer es indagar si los instrumentos jurídicos que contabiliza el MERCOSUR en el marco de la cooperación jurídica internacional, son suficientes para dotar de seguridad jurídica a quienes negocien **en el bloque y con el bloque**.-

Lo que más interesa a los operadores económicos para garantizar la seguridad jurídica, es el mecanismo de resolución de conflictos y que esas resoluciones jurisdiccionales puedan ejecutoriarse con las menores trabas posibles.-

2.- LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MERCOSUREÑOS

2.1.- El método del Arbitraje

La **resolución de los conflictos** en la integración regional de los países firmantes del Tratado de Asunción, (26/3/1991) <http://www.portaldeabogados.com.ar/mercosur/tratadoasuncion.htm> se realizó **mediante el arbitraje**.-

Los Estados Partes pretendieron encontrar **en el arbitraje:**

- a) Un **foro neutral** que interpretó sus derechos y resolvió sus disputas sin interferencias de los tribunales estatales.-
- b) La posibilidad de **recurrir a un tribunal judicial imparcial** para frenar una decisión teñida de serias irregularidades e impugnarla por nulidad; y,
- c) La seguridad de que el **laudo** podría ser **sumaria y rápidamente ejecutado** en un procedimiento sin que los tribunales estatales revisaran el fondo de la cuestión debatida.-

Así en el ámbito del MERCOSUR con la vigencia del Protocolo de Brasilia (17/12/1991) <http://www.portaldeabogados.com.ar/mercosur/protbrasil.htm> ; del Protocolo de Ouro Preto (17/12/1994); <http://www.fmmeduccion.com.ar/Recursos/Documentos/Mercosur/03ouropreto.htm> y luego con el Protocolo de Olivos 18/02/2002 http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/CMC/XXII%20CMC%20FINAL%20ATA%201-07/Anexo%20II%20NORMAS%20FINALES/Protocolo%20Modificadorio%20PO_ES.pdf y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR aprobado en nuestro país por Ley 25.223 del 24/XI/1999 <http://www.portaldeabogados.com.ar/mercosur/ley25223acuerd.htm> se dictaron en el marco del Tratado de Asunción (1991) **11 laudos** por Tribunales Arbitrales “ad hoc” con varias aclaraciones http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_laudos.htm y **3 laudos** por el Tribunal Permanente de Revisión más **7 resoluciones** en materia controversial http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_resoluciones.htm más **3 opiniones consultivas** http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_opiniones.htm y resoluciones conexas.-

No se contemplan los conflictos entre particulares salvo que sea tomado por un Estado Parte.-

En materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el ámbito mercosureño se siguió la Convención de Panamá (30/01/1975), <http://www.mific.gob.ni/webssc/Particulares/Convenci%C3%B3n%20de%20Panam%C3%A1/Convencion%20de%20Panama.pdf> la Convención de Montevideo (Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros) de (05/08/1979)

www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html ; el Protocolo de Las Leñas (27/05/1992)

http://www.portalbioceanico.com/re_integracionsupraregional_protocolo05-92_docp02.htm y hoy la Convención de Nueva York de 1958 (10/06/1958)

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html sobre “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros” ratificada por los cuatro Estados Partes que integran el MERCOSUR entre los más de 120 países adherentes en el mundo.-

2.2.- Qué es la cooperación jurídica internacional? (1)

El instituto de la cooperación consiste en la entreaayuda que se prestan los órganos jurisdiccionales de los Estados con el propósito de no interrumpir la continuidad de un proceso incoado ante un tribunal, que –a ese efecto- se ve necesitado de solicitar asistencia a otro tribunal foráneo.-

No podemos desconocer los obstáculos que provienen de la coexistencia de ordenamientos jurídicos disímiles por un lado y la interpretación heterogénea que se realiza de normas convencionales por otro, variables ambas que entrelazadas con los recaudos exigidos, dificultan la libre circulación de las sentencias y laudos.-

En la actualidad está tomando cuerpo la tendencia de armonizar las legislaciones procesales unificando reglas y principios para los litigios comerciales internacionales, como así también hay una “Propuesta para una ley modelo latinoamericana para juicios internacionales”; un “Proyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica” y otros trabajos de la Unión Europea en idéntico sentido.-

La cooperación jurídica internacional en sentido amplio comprende tres capítulos:

- a) La atribución o distribución de la competencia entre las judicaturas de los distintos Estados.-
- b) El cumplimiento extraterritorial de medidas procesales dictadas por jueces o árbitros de un Estado y el reconocimiento y
- c) La ejecución extraterritorial de las sentencias y laudos pronunciadas por jueces y árbitros de un Estado extranjero.-

El laudo o sentencia dictada en un Estado tiene los efectos de cosa juzgada en ese estado pero carece de efecto o eficacia extraterritorial.-

Por ello tenemos que buscar el reconocimiento del Estado requerido, es decir el control mínimo y no reconocimiento a ciegas.-

Cuando no se debe de reconocer? Según el Convenio de Bruselas de (27/09/1968) <http://vlex.com/vid/convenio-judiciales-mercantil-consolidada-15505318> las causas de no reconocimiento serían:

- a) Si fuere contrario al orden público del Estado requerido.
- b) Cuando se dictó en rebeldía del demandado, no entrega de notificación.-
- c) Resolución inconciliable con otra dictada en litigio entre las mismas partes en el Estado requerido.-
- d) Si el Tribunal dictante desconoció normas de derecho internacional privado del Estado requerido.-
- e) Si la resolución es inconciliable con otra anterior dictada en uno de los Estados Parte entre las mismas partes.-

El **reconocimiento** es la admisibilidad jurídica del laudo o sentencia extranjero y la **ejecución** es dotarlo de fuerza ejecutiva para requerir el “imperium” del Estado requerido.-

En primer lugar corresponde analizar los requisitos formales, procesales y materiales del decisorio. En cuanto a los primeros formalidades externas de autenticidad para el MERCOSUR corresponde hallarlas en el Protocolo de Las Leñas; los segundos en cuanto a la regularidad del proceso las encontramos en la Convención de Panamá.-

En cuanto al arbitraje, que significa el otorgamiento de la jurisdicción a particulares libremente elegidos por las partes, dándole seguridad al proceso con el contralor judicial limitado al recurso de nulidad, corresponde brindarle el auxilio jurisdiccional en cuanto al “imperium” o la “coertio” para el cumplimiento o ejecución del laudo.-

Nuestra C.S.J.N. con referencia al arbitraje tiene muchísimos fallos reconociendo sus ventajas en cuanto a rapidez, sencillez, economía y especialidad; admitiendo la jurisdicción arbitral pactada con exclusión de la judicial, a excepción de la causal de nulidad del laudo.-

3.- LA CONVENCIÓN SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (Convención de Nueva York de 1958 aprobada por la R. Argentina en 1988) (2)

3.1.- La Convención de Nueva York

La Convención de Nueva York no reglamenta todo el procedimiento arbitral; solo se ocupa de la **validez legal** de los acuerdos de arbitraje, **de su obligatoriedad** y de la **obligatoriedad de los laudos** arbitrales. Son los tres aspectos que dan toda su fuerza y valor al arbitraje. Podemos decir que la Convención de Nueva York es un instrumento internacional que marca un verdadero hito en la materia.-

Elimina dilaciones al reconocer al arbitraje pactado y libremente elegido por las partes por sobre los tribunales estatales y al hacer cumplir el laudo dictado ante la negativa de su reconocimiento, al distinguir la validez de los acuerdos arbitrales celebrados por escrito y obligar a los tribunales estatales a remitir a las partes a arbitraje; y, por otra parte dictado el laudo obliga a los tribunales estatales a reconocerlo y a ordenar su cumplimiento forzoso.-

La Convención de Nueva York tiene vigencia casi universal, está reconocida por los 4 países suscriptores del Acuerdo de Asunción (MERCOSUR) y regula dos de los aspectos fundamentales del arbitraje privado internacional como son **el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los denominados laudos extranjeros.-**

Entre sus principales méritos tiene los siguientes:

- a) **Recoge la noción de sentencia extranjera**, siendo tal la que ha sido dictada en territorio distinto al del Estado donde se solicita su reconocimiento y ejecución.-
- b) **Presume la validez** de los acuerdos arbitrales y la **regularidad** de las sentencias arbitrales extranjeras.
Establece el requisito de la **obligatoriedad** de la sentencia extranjera, no su firmeza. La Convención de Nueva York logra superar el llamado “doble exequatur” en el arbitraje.-
- c) **Exige** para la ejecución de la sentencia extranjera la presentación del **acuerdo arbitral** y **del laudo** traducido al idioma en que se redactó el compromiso arbitral y al del país ejecutante.-
- d) **Reviste al laudo de presunción de validez** “ab inicio” y quién se resista al reconocimiento y/o ejecución debe probar que no se encuentran reunidos los requisitos de validez.-

- e) **Posibilita** el **rechazo** de oficio por el **juez requerido** cuando el laudo se opone al **orden público internacional** o se trata de una cuestión **no arbitrable**.-
- f) **Permite** el **reconocimiento** así como la **ejecución parcial** del laudo, el denominado exequatur parcial.-

3.2.- Ratificación por la R. Argentina (28/9/1988 Dto. 1524/88 con reservas de reciprocidad y comercialidad)

El Estado Argentino solamente aplicará la Convención de Nueva York a laudos:

- a) Que provengan de un Estado que también la haya ratificado.-
- b) Que hayan sido dictados en materia comercial.-
- c) Que tengan carácter de tales, es decir pronunciamientos de naturaleza jurisdiccional sujetos a recursos de apelación y de ejecución.-

3.3.- Interpretación de la Convención de Nueva York por nuestros tribunales

Es la Convención de Nueva York el instrumento jurídico internacional más exitoso en la esfera del arbitraje internacional.

Fue elaborada bajo los auspicios de la UN

Lord Mustill la ha calificado como “*el más efectivo instrumento de derecho comercial*”. Impulsó la promoción del arbitraje y favorece la armonización legislativa.-

Es lamentable decir que la Convención de Nueva York de 1958 se aprueba en nuestro país recién en 1988, 30 años más tarde. Asimismo en Argentina el arbitraje está regido por el C.P.C.C.N. arts. 736 y sig., no tenemos una ley de arbitraje moderna como la tiene Perú desde 1996 reformada en el año 2008 <http://asadip.files.wordpress.com/2009/01/ley-de-arbitraje-peru-2008.pdf> ; Chile desde 2004 <http://www.amchamchile.cl/files/Ley%20No%2019971%20Arbitraje%20Comercial%20Internacional.pdf>; Ecuador desde 4 de Setiembre 1997 <http://www1.puertodeguayaquil.com/concesiones/leyes/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediaci%C3%B3n.pdf>; Venezuela 7 de Abril de 1998 <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lac.html>; Paraguay desde 24/4/2002 <http://www.latinlaws.com/legislacion/modules/mylinks/viewcat.php?cid=365>; España 23/12/2003 <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm> siguiendo en muchos casos la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook-s.pdf con reformas en el 2006 y en constante evolución.-

Como toda obra humana la Convención de Nueva York es perfectible y de hecho está en constante análisis pero también debemos estimar que es un exitoso instrumento del Derecho Internacional Privado y del Derecho de la Integración en materia de armonización legislativa, que ha favorecido a la libre circulación de laudos y sentencias.-

4.- LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR (3)

El esquema jurídico mercosureño cuenta con varios instrumentos de cooperación complementarios y concordantes.-

Existen hasta hoy más de 1.500 sentencias dictadas por jueces nacionales de los Estados Parte que aplican el derecho del MERCOSUR.-

Los miembros de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes reunidos en Foro se pronunciaron desde un principio acerca de la cooperación.-

Debemos señalar la enmienda constitucional del **Brasil** que modifica la competencia para otorgar el exequatur en materia de medidas cautelares atribuída únicamente al Superior Tribunal Federal (S.T.F.) pasó a quedar bajo la competencia del Superior Tribunal de Justicia (S.T.J.), cambio que va mucho más lejos que modificar un trámite.-

Las medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros no eran reconocidas en Brasil, pues de modo persistente el S.T.F. denegaba el **exequátur** por la falta de carácter ejecutorio en territorio brasilero por carecer de legislación que autorice la homologación de decisiones que no sean definitivas.-

La no prestancia de cooperación por parte de Brasil genera dificultades no solamente en el marco de la integración sino a nivel internacional.-

Si bién hay tratados del MERCOSUR que disponen cooperación entre jueces de frontera es imposible de cumplimentar.-

En **Paraguay** coexisten instrumentos en materia de asistencia garantizando trato equitativo y libre acceso a la justicia al igual que **Uruguay y Argentina**.-

La Dra. Highton sugiere que el análisis de la jurisdicción se realice conforme a las reglas del **Juez requirente** y no a las que establece el Protocolo de Las Leñas que son las normas de jurisdicción del **magistrado requerido**, ello porque a su juicio es “*un obstáculo*” a la rapidez y eficacia que debe prevalecer para construir un camino común.-

Si bien hay correspondencia entre las normas en vigor y las normas integracionistas la implementación práctica no es satisfactoria por impedimento que van desde lo burocrático hasta las concepciones de fondo por no analizar la norma a la luz de los tratados comunitarios suscriptos y la moderna concepción de la soberanía que se ha ido elaborando en los distintos procesos de integración surgidos en el mundo, abandonando el concepto de poder absoluto y creando el de competencia del Estado.-

5° LA INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DEL MERCOSUR FAVORECE EL DESARROLLO DE LA QUINTA LIBERTAD?

Para asegurar dentro de una región integrada como es el MERCOSUR la libre circulación de personas, mercaderías, bienes y servicios hay que garantizar la seguridad jurídica con el respeto irrestricto de los compromisos internacionales; de la legislación integracionista; de las decisiones de los jueces y árbitros de los Estados Parte y la libre circulación de las sentencias y laudos dictados por ellos.-

No son muchos los casos en que los tribunales nacionales han decidido en materia de sentencias o laudos extranjeros pero si se han pronunciado sobre cooperación de primer grado y sobre medidas cautelares.-

La interpretación prevaleciente es pro integracionista y hay fallos de los cuatro Estados acordantes en Asunción que están conformes a los objetivos trazados, involucrándose en el proceso regional.-

La cantidad de decisiones habidas en nada se compadece con las casi dos décadas de vida del MERCOSUR ni con las relaciones jurídicas internacionales desarrolladas en éste período pero si es acorde con los austeros avances integracionistas, rescatándose una lenta toma de conciencia al ir descubriendo esta nueva rama del derecho.-

No podemos renunciar a los avances integracionistas con un derecho legislativo y pretoriano también comunitario con flexibilidad y pragmatismo que va configurando una nueva y autónoma rama, con caracteres propios, que es el **derecho de la integración**.-

El nuevo concepto de soberanía y la prioridad jerárquica de la norma comunitaria sobre la estadual con el reconocimiento a los tratados de una jerarquía constitucional, permite elaborar el concepto de supranacionalidad que es una buena incubadora para el florecimiento de las libertades de circulación de los factores de la producción, garantizándolos con esta quinta libertad.-

La dignificación del ser humano está vigente en el fenómeno de la integración contemplada en el **Protocolo de Asunción** del 20/6/2005 aprobado por Ley 26.109 <http://www.amersur.org.ar/DDHH/Ley26109.htm> sobre protección de los Derechos Humanos del MERCOSUR incorporados también con jerarquía superior en algunos Estados Parte.-

En el cauce de la armonización jurídica del derecho procesal se destaca la labor llevada a cabo por **ALI/UNIDROIT** <http://www.google.com.ar/search?hl=es&q=principios+unidroit+sobre+los+contratos+comerciales+internacionales&meta=&aq=1&oq=principios+unidro> sobre contratos comerciales internacionales del 2004 recogiendo en un mismo cuerpo principios universales de dignidad como denominador común del ser humano, el debido proceso, el acceso a la justicia, el respeto a los derechos del hombre de ser oído con libertad y en igualdad son verdaderos hitos del derecho procesal sustancial, que desarrolla reglas necesarias a recabar en un litigio comercial transnacional como derecho procesal material.-

El MERCOSUR tiene como propósito fortalecer la integración y la libre circulación de sentencias y laudos arbitrales es también una herramienta para fortificar las otras cuatro libertades que hacen a los factores de la producción y dar seguridad jurídica al bloque.-

Desde principios de la década de los setenta venimos diciendo que la integración no es un fin en si misma sino una herramienta para el desarrollo de los pueblos.- (4)

También dijimos que es un medio para lograr el bien común del hombre y la paz social en los pueblos que se integran hacia el progreso.-

El **derecho a la integración** es el conjunto de principios y normas jurídicas que regula las relaciones de los hombres y de los Estados en las comunidades socio-económico-políticas, a efectos de constituir áreas dentro de las cuales circulen libremente y reciban el mismo trato las personas, los bienes, los servicios, los capitales y hoy agregamos las sentencias y los laudos para garantizar la seguridad jurídica.-

La **quinta libertad** requiere de un constante avanzar integracionista con vocación política para que impere un nuevo concepto de soberanía como “**competencia**” de los estados y no como “poder absoluto” de los mismos; de un avance del concepto de la “**supranacionalidad**”; de una “**priorización jerárquica**” del derecho de la comunidad o de la región por sobre el derecho de los Estados Parte para crear el ámbito propicio de la libre circulación tanto de los factores de la producción como de los laudos y sentencias en aras de garantizar el derecho y la paz social.-

BIBLIOGRAFÍA

1.- Ver **DREYZIN DE KLOR; Adriana:** a) “*Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del MERCOSUR ¿útiles a la asistencia?*” en “Derecho de Proceso Civil”, Coordinadora: V. Raizer Borges, UFES, 2009.(en prensa), Ed. Patrocinada por “La Universidad Federal de Espírito Santo” en Vitoria,Brasil). b) “*Hacia la quinta libertad fundamental del MERCOSUR*” en “Mercosul No Cenario Internacional Direito e Sociedade”, Juruá Edit. Volumen I, p. 17/29,Curitiba, Brasil.-

2.- Ver **FELDSTEIN DE CARDENAS; Sara Lidia:** “*Convención de Nueva York en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: una nueva mirada desde el derecho internacional privado argentino*” en El Dial Primer Diario Jurídico Argentino para Internet <http://www.eldial.com/suplementos/privado/doctrina/ip040625-bi.asp> 25/6/04.-

3.- Ver **PEROTTI; Alejandro Daniel:** a) “*Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*”, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008; b) “*Habilitación Constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del MERCOSUR*” Ed. Juruá Editora Curitiba. Brasil año 2007

4.- **MARTIN MARCHESINI; Gualtiero:** “*El derecho de la integración y la libre circulación de la mano de obra en la futura Comunidad Económica Latinoamericana*” Distribuidor exclusivo Ed. Astrea Bs. As. 1973.Tesis laureada Sobresaliente con la que se doctoró el autor en la Universidad del Salvador (Bs. As., año 1971)