

Observaciones sobre el Texto del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur

Pedro A. Batista Martins

1. Introducción

1. Por medio del Decreto Legislativo n. 265, de 29 de diciembre de 2000, el Congreso Nacional aprobó el texto del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, concluido en Buenos Aires, en el 23 de julio de 1998 ("Acuerdo de Arbitraje Mercosur" o "AAM"), que entró en vigor para el Brasil, en el plan internacional, en el 9 de octubre de 2002.
2. El texto del Acuerdo de Arbitraje Mercosur fue promulgado en el 4 de mayo de 2003, por medio del Decreto Federal n. 4.719 (publicado en el 6 de mayo de 2003), Decreto esto que impuso una reserva al Art. 10 del AAM y, aún, sometió a la aprobación del Congreso Nacional cualesquier actos que resulten en revisión del susodicho AAM o que ocasionen encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional, en los términos del 49, inciso I, de la Constitución Federal.
3. El objetivo del AAM es el de 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.
4. El AAM tiene por principio, (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 de la arbitraje en Mercosur y, (iii)uniformizar la organización y el funcionamiento del arbitraje internacional en los Estados Partes para contribuir con la expansión del comercio regional e internacional.
5. El Acuerdo de Arbitraje Mercosur fue agregado al sistema jurídico interno brasileño, y, así, debe producir plenos efectos de derecho.
6. Por sus objetivos y por su expresión jurídica, merece el AAM una incursión de los estudiosos, a fin de disecar las reglas y los procedimientos que regula, visto que de él se proyectan institutos sensibles, y muy caros, al regular procesamiento del arbitraje. Podemos citar, entre otros, la forma y la validez de la convención arbitral, el derecho aplicable a la convención y al mérito de la controversia, las normas generales de procedimiento, las medidas cautelares, la sentencia arbitral y su ejecución.
7. El análisis que iniciamos en seguida, y que no pretende agotar el contenido y el alcance del AAM, tomará en cuenta, cuando necesario, las leyes de arbitraje brasileña (Ley n. 9.307, de 23 de septiembre de 1996)y española (Ley n. 60/2003, de 23 de diciembre), esta última, reputadamente, por su contemporaneidad.

2. Objetivo

1. Se extrae del Art. 1º del AAM que sus efectos legales se aplican, únicamente, a las personas jurídicas de derecho privado.¹
2. Son excluidas de su contexto, así, los arbitrajes sujetos al derecho internacional público porque el sistema de solución de controversias que abarca los Estados Partes fue fijado en el Protocolo de Brasilia, de 17 de diciembre de 1991, con los cambios impuestos por el Protocolo de Olivos, de 18 de febrero de 2002.
3. En efecto, se someten al dispuesto en el AAM las sociedades de economía mixta y las empresas públicas brasileñas.
4. A pesar de la existencia de alguna crítica a esa afirmación, tenemos que el Art. 173 de la Constitución Federal no deja duda cuanto a la capacidad de esas empresas se sometieren a las reglas de arbitraje contenidas en el AMM.
5. Según el texto constitucional, "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." (Art. 173, par. 1º, inciso II; subrayamos).
6. De ahí porque, regla general, todas las sociedades de economía mixta y empresas públicas brasileñas pueden solucionar sus conflictos por la vía del arbitraje. Son plenamente capaces para contratar cláusula de arbitraje.
7. Condiciones puntuales podrán existir, reputadamente en lo tocante a la arbitrabilidad de la controversia. En otros términos, en casos muy específicos, la arbitrabilidad objetiva constituirá verdadera perjudicial a la solución de la disputa por arbitraje.

3. Definiciones

1. Manteniendo la tradición de los sistemas jurídicos arbitrales, el AAM no innovó, al conceptuar el arbitraje como el medio privado, institucional o ad hoc, de solución de controversias.
2. En ese particular, no se vislumbra cualquier avance legislativo y, tampoco, cualquier retrocesión.
3. Ambas las formas de solución arbitral son adecuadas y contemplan particularidades que deben ser evaluadas caso a caso.
4. Particularmente, creo que las partes deben buscar la vía institucional de solución de conflictos. La etapa donde se encuentra el desarrollo del instituto en los países del Mercosur requiere alguna prudencia en su trato de esa opción.
5. El órgano institucional optimiza el procedimiento, acompaña el cumplimiento de los plazos y la actuación de los árbitros y, por fin, impone mayor seguridad al rito arbitral y a la sentencia final.

6. Pero, no piensen que el arbitraje institucional será, necesariamente, más costosa que la ad hoc. Al revés, no raro las costas institucionales son superadas en el arbitraje ad hoc, dada la carga extra de trabajos que recaen sobre los árbitros cuyo resultado, forzosamente, se lanza a la cuenta de los honorarios.

7. De todo modo, tanto el arbitraje ad hoc cuanto el institucional tiene sus puntos positivos y prestan relevante papel en la solución de los conflictos. Por eso, y por las predilecciones que muchas empresas tienen por una o por la otra forma de resolución arbitral, es que avanzó el legislador en considerar las dos tradicionales formas de arbitraje. La opción es derecho de las contratantes. Por fin, el instituto nació, fue implementado y evolucionó bajo la óptica de la libertad.

8. En los términos del AAM, arbitraje internacional es definido como el medio privado para la solución de controversias relativas a contratos comerciales internacionales.

9. Aunque puedan haber divergencias doctrinarias cuanto al que viene a ser contrato comercial internacional y arbitraje internacional, sea en una interpretación aislada de cada instituto, sea en un análisis comparativo, y tomando en cuenta que el acto internacional dejó de lanzar las bases de los criterios por los cuales el intérprete debería conducir su investigación conceptual,² creemos que lo más adecuado es la adopción de criterios contemporáneos de definición de arbitraje comercial internacional.

10. Al largo del tiempo, los factores más utilizados por la doctrina para caracterizar la internacionalidad de la relación jurídica, fueron los siguientes:

- el domicilio, la residencia y la sede de las partes;
- la ley aplicable al mérito y al procedimiento de la querella;
- el local de la firma del contrato y de su ejecución;
- el local donde se ubica la propiedad involucrada en la controversia o donde la pérdida ocurrió;
- el local de la sede del arbitraje;
- la nacionalidad de los árbitros;
- la nacionalidad o la sede de la institución arbitral;
- el local del reconocimiento o ejecución de la sentencia arbitral.³

11. Tales criterios, a pesar de todavía utilizados, vienen perdiendo proyección frente al elemento económico que orienta las relaciones negociables. La visión puramente jurídica, abstracta, del carácter internacional, viene sendo sustituida por un análisis más pragmático y tangible de sustrato eminentemente económico.

12. Esa corriente ganó expresión con la introducción del Art. 1.492, del Código de Proceso Civil francés, verbis: el arbitraje es internacional cuando abarca intereses del comercio internacional.

13. Según Fouchard, Gaillard y Goldman, "Under French law, an arbitration derives its international character solely from the transaction that gives rise to the dispute. The extraneous elements discussed earlier (and in particular the nationality of the parties, that of the arbitrators, their residence, the place where the contract was signed and the place of the arbitration) are all irrelevant in determining whether an arbitration is international. All of these legal criteria are rejected in favor of a purely economic definition of "internationality." Any transaction involving a movement of goods, services or funds across national boundaries, or concerning the economies or currencies of at least two countries, necessarily involves the

interests of international trade. The same is true of any dispute to which that transaction may give rise. The definition found in Article 1.492 is therefore not tautologous: an arbitration cannot be international in the abstract; it must result from a dispute involving the economies of more than one country."⁴

14. Entretanto, a despecho de los diferentes factores generalmente utilizados para la definición de arbitraje comercial internacional y de alguna preferencia contemporánea por el objetivo económico de sus elementos, el AAM fue más allá al admitir tanto el criterio jurídico como el económico.⁵

15. En ese sentido, es bastante liberal la disposición del Acuerdo de Arbitraje Mercosur.

16. Es suficiente la simple existencia de uno de esos elementos — económico o jurídico — para que la controversia se someta a los efectos legales del Acuerdo de Arbitraje Mercosur.

17. En los términos de su Art. 3º (i.e. ámbito material y espacial de su aplicación), el AAM se aplicará a el arbitraje, su organización y procedimientos y a las sentencias o laudos arbitrales, si ocurrir alguna de las circunstancias en él destacadas.

18. Entre ellas, podemos citar: el contrato tenga algún contacto objetivo — jurídico o económico — con más de un Estado Parte; la convención arbitral sea acordada entre personas que, en el momento de su celebración, tengan su residencia habitual o el centro principal de los negocios, o la sede, o sucursales, o establecimientos, o agencias, en más de un Estado Parte.

19. De cierto, al no imponer cualquier discriminación entre los criterios jurídico y económico y, al revés, al incluirlos, quiso el legislador atraer para el ámbito material y espacial de aplicación del AAM el mayor número posible de conflictos. En otras palabras, quiso el legislador, espontáneamente, alejar la intervención judicial, en prestigio de la vía arbitral.

20. Esa premisa hay de ser tomada en consideración por el intérprete y por el juzgador en los momentos en que se confrontaren con la definición del alcance y de los efectos de la convención arbitral. La mens legis hay de ser considerada en el análisis de esas cuestiones de derecho.

21. Aún en lo que corresponde al arbitraje internacional, un paréntesis: la ley brasileña no adoptó la dualidad de expresión arbitral, a saber, nacional e internacional. Sólo fijó las reglas de lo que viene a ser sentencia extranjera y, a contrario sensu, sentencia nacional o doméstica.

22. Eso no quiere decir que los principios que rigen el arbitraje internacional no pueden ser utilizados en Brasil. Al contrario, pueden y deben, cuando necesario.

23. La preocupación primordial del legislador nacional fue la de apoyar y dar curso al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Era ese un de los graves problemas del país en sus relaciones internacionales.

24. Además, al no dualizar, el legislador dejó de imponer restricciones a los arbitrajes domésticos pues, como es sabido, en los sistemas donde hay dualidad de procedimientos, uno de los dos resta reprimido en su alcance y/o efecto. No es el caso de Brasil. Tampoco de España que, luego en el Art. 1º de su ley de arbitraje registra que su aplicación logra los arbitrajes llevados a efecto en su territorio, sean ellos de

carácter interno o internacional.

3. El AAM antiene la arcaica terminología laudo, aunque acepte el termo sentencia.

1. Aunque utilizada por legislaciones actuales (cf. ley de arbitraje española), pensamos que la palabra sentencia⁶ es más apropiada para definir la decisión proferida en sede de arbitraje.
2. Por fin, la decisión proferida por los árbitros es definitiva. Produce cosa juzgada material. Se equipara, para todos los fines y efectos de derecho, a una sentencia judicial. Pero: tiene una naturaleza definitiva más instantánea que la propia decisión procedida del judiciario, en vista de la inexistencia de recurso y el corto plazo para la proposición de la acción de nulidad, desagravio eso similar, por su naturaleza, a la acción rescisoria.
3. De todo modo, el AAM engloba sentencia y laudo arbitral como términos sinónimos que expresan la resolución definitiva de la controversia por el tribunal arbitral.
4. Aunque el texto del Acuerdo de Arbitraje Mercosur se refiera a la sentencia arbitral como un acto de resolución definitiva de la controversia, comprendemos que tal previsión legal no deba ser opuesta como un obstáculo al proferimiento de sentencia arbitral parcial.
5. En realidad, mientras el Art. 20, (1), sólo menciona que la sentencia "decidirá completamente el litigio" lo que, para el intérprete más precipitado impedirá el árbitro de proferir decisión parcial, tenemos que el aparente óbice a la sentencia parcial no se encuentra puesto en ese Art. 20, (1)y, sí, en el Art. 20, (4), (c), del AAM.
6. Eso porque, ese dispositivo determina que el laudo o la sentencia contendrá la decisión acerca de la totalidad de las cuestiones sometidas a el arbitraje.
7. A simple vista, la letra de la ley induce el intérprete a alejar la posibilidad de sentencia parcial en sede de arbitraje sujeta a las reglas del AAM.
8. Sin embargo, nos parece que la literalidad de la referida norma debe ser analizada cum grano salis. En señal, la hermenéutica réproba las amarras de la interpretación literal.
9. Y, al alejarnos de la literalidad del texto legal, extraemos de la génesis del Art. 20, (4), (c), la intención de combatirse no a la sentencia parcial, pero, a la decisión infra petita. Al imponer al árbitro la resolución de la totalidad de las cuestiones litigiosas, el AAM, con esa norma, tira las bases normativas que permitirán al interesado buscar la nulidad del laudo proferido en disconformidad (i.e. inferior) con el pedido.
10. Esa interpretación se ajusta a la sistemática del AAM, visto que su Art. 22 (dispone sobre los casos de nulidad de la sentencia arbitral) solamente contempla como hipótesis de nulidad la decisión extra petita (el laudo se refiera a una controversia no prevista en la convención arbitral - ítem 2, letra f) y la decisión ultra petita (el laudo contenga decisiones que excedan los términos de la convención arbitral - ítem 2, letra g). Olvida, ese elenco de hipótesis, el juzgado que no decide toda la controversia.

11. En ese sentido, justamente en función del dispuesto en el Art. 20, (4), (c), que determina el juzgado de todas las cuestiones puestas a los árbitros es que se podrá requerir la nulidad de la decisión infra petita, ya que infringe la convención arbitral.

12. Siendo esa la teleología de la norma (Art. 20, 4, c), se permite admitir que, habiendo varios ítems de discusión o, en otros términos, varios puntos litigiosos, nada impide el proferimiento de sentencia que ponga fin, en todo su alcance, a la determinada materia conflictiva mientras el procedimiento tiene curso, en lo que se refiere a los demás litigios.⁷

13. En el caso, a pesar de parcial, la sentencia será definitiva y decidirá completamente el litigio. Por consonancia, pues, con la letra de la ley.⁸ Tal vez, aún más, en línea con el espíritu que orienta el instituto de arbitraje.

14. En Brasil, tenemos que la reciente Enmienda Constitucional n. 45, de 8 de diciembre de 2004, al introducir el ítem LXXVIII al Art. 5º de la Constitución Federal (dispone sobre los derechos y garantías fundamentales), refuerza la posibilidad de la sentencia parcial pues, impone la adopción de todos los medios posibles y capaces de conferir efectividad a la prestación jurisdiccional, verbis: "a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son asegurados la razonable duración del proceso y los medios que garantizan la celeridad de su tramitación".

15. Nos permitimos concluir que, bajo esa nueva óptica, la sentencia parcial es regla a ser perseguida por el juzgador, reputadamente en sede de arbitraje donde la celeridad y la informalidad orientan el procedimiento.

4. Tratamiento Equitativo y de Buena Fe

1. Según el Art. 4º del AAM, la convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe.

2. Delante del texto normativo, se denota que el legislador fue un poco más allá de la clásica preocupación con los efectos de la cláusula compromisoria constante de contratos de adhesión.

3. En ese particular, tanto la ley brasileña de arbitraje (Art. 4º, par. 2º) como la española (Art. 9º, 2), crearon restricciones a la aplicabilidad del arbitraje, únicamente, cuando la cláusula constar insertada en los contratos de adhesión.

4. La existencia de acuerdo de arbitraje en contratos de adhesión no hay que operar efectos jurídicos, o siquiera será válido (en el caso de la ley española), si no acepto por el adherente cuando del surgimiento de la controversia.⁹

5. Al contrario, pues, de la tendencia legislativa, el AAM amplía el objeto de esa regla de excepción a la plena operabilidad jurídica de la cláusula de arbitraje para allá de los contratos de adhesión, la refrenando, también, cuando restar no equitativa o abusiva. Se aproxima así, el AAM del concepto anglosajón de unconscionability¹⁰ que tanta crítica tiene sufrido por la frecuencia con que, actualmente, viene siendo aplicado en la justicia norteamericana, en detrimento del arbitraje.

6. Equidad y abusión son conceptos abiertos cuya aplicación depende de las circunstancias que cercan el caso concreto y debe merecer del juzgador extrema sensibilidad y ponderación. De cualquier modo, por ser excepción, deberán ser tratadas de forma restricta.

7. Según lo mismo Art. 4° del AAM, la convención arbitral deberá constar claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado.

8. Nos parece pasible de alguna crítica esa disposición vez que atinente, particularmente, a los contratos tipo, a las cláusulas generales, ya que en los contratos sinalagmáticos los términos y condiciones siguen la misma uniformidad. Si no es así, será de todo raro o aberrante su expresión y, de ese modo, pasible de contestación. De ahí porque tal dispositivo parece inodoro. Neutro en sus efectos.

5. Autonomia de la Convención Arbitral

1. La autonomía de la cláusula compromisoria es, hoy, una suposición del derecho arbitral y no podría ser, como de hecho no fue, relegada por el AAM.

2. El principio de la autonomía tiene por función, aparente, dar curso a la vía arbitral acordada contractualmente y, por función inherente, fortalecer la eficacia del pacto de arbitraje.

3. Los efectos positivo y negativo del convenio restan, jurídicamente, reforzados por el precepto de la autonomía del pacto. La inexistencia o la invalidez del contrato base (i.e. acuerdo que origina las controversias sometidas a arbitraje), en el decir del AAM, no implica la nulidad de la convención arbitral.

4. La introducción en el texto del AAM del precepto de la autonomía no genera sorpresas y, tampoco, demanda mayores análisis, dada su universalidad y plena aceptación por la doctrina y cortes judiciales.

5. Es razonable esperar que las justicias comunes de los Estados Partes del Mercosur, cuando instadas a manifestarse sobre ese principio peculiar al derecho arbitral, dispensen un adecuado y razonable tratamiento, en los moldes de que ocurre en las jurisdicciones extranjeras, más afeitas a su trato jurisprudencial y doctrinario.

6. Forma Y Derecho Aplicable a la Validez Formal de la Convención Arbitral

1. Como buena práctica legislativa, el AAM fija, en su Art. 6°, las formalidades que cercan el convenio de arbitraje y la ley aplicable cuanto a su validez formal.

2. En efecto, en línea con el uso del derecho internacional, el AAM establece que la validez formal de la convención se regirá por el derecho del lugar de celebración. El local donde se constituye la obligación determina la forma como se asientan los términos y las condiciones contratados.

3. Pero, esa disposición es de aplicación relativa pues su incumplimiento no torna, de inmediato, nula la convención arbitral.

4. Eso porque, el incumplimiento de los requisitos formales, constantes del derecho del país de celebración del acuerdo, puede ser superado caso el pacto satisfaga los requisitos formales del derecho de

alguno de los Estados Partes con lo cual el contrato base tenga contactos objetivos, jurídico o económico.

5. En otros términos, la inobservancia formal resultante de las exigencias atinentes al derecho de la jurisdicción de la celebración del convenio, no impide sea asegurada la validez plena del acuerdo, si este atender a los requisitos impuestos por un de los Estados Partes con el cual el contrato tenga alguna área de contacto lato sensu.

6. En el ámbito del Mercosur es permitida la integración formal de la convención arbitral mediante la avocación de otro derecho que no aquél del local de celebración del negocio jurídico.

7. De cierto, quiso el legislador fortalecer la vía arbitral de solución de conflictos y minimizar los efectos dañosos que el dogma de la forma (quizás, fetichismo), al largo de décadas, viene imponiendo al derecho material.¹¹

8. En armonía con las legislaciones arbitrales, el AAM determina que la convención arbitral debe ser estipulada por escrito.¹² Finalmente, la ejecución de sus efectos depende de prueba documental que confirme su existencia y validez.

9. En la estera de la modernidad, admite que la convención arbitral celebrada entre ausentes podrá concretizarse por el intercambio de cartas o telegramas, con recepción confirmada.

10. Las comunicaciones por telefax, correo electrónico o medio equivalente deberán ser confirmadas por documento original.

11. La convención arbitral ejecutada entre ausentes se perfecciona en el momento y de conformidad con el derecho del Estado donde se recibe la aceptación.

7. Derecho Aplicable a la Validez Intrínseca de la Convención Arbitral

1. Cuanto a los elementos intrínsecos de validez de la convención arbitral, una dicotomía fue imposta por el legislador, para atender al arraigado principio que orienta la determinación de las reglas sobre la capacidad para contratar.

2. Siguiendo el uso del derecho internacional, el AAM dispone que la capacidad de las partes de la convención arbitral se regirá por el derecho de sus respectivos domicilios.¹³

3. En cuanto a los demás elementos - consentimiento, objeto y causa -, la validez de la convención será regida por el derecho del Estado Parte, sede del tribunal arbitral.

4. Esa previsión lanza más luz sobre la jurisdicción donde tendrá sede el arbitraje. Es allá donde, de forma rutinera, es discutida la nulidad de la decisión arbitral. Normalmente, son aplicadas sus leyes procesales, en caso de omisión o vacío de las reglas de procedimiento. No raro, es también el derecho sustantivo del lugar de la sede del arbitraje el elegido por los árbitros para solucionar la controversia.

5. No fuera suficiente todos esos efectos jurídicos que resultan de la elección del place of seat, el AAM, expresamente, remete al derecho del país sede del arbitraje la solución de los conflictos sobre la validez

de la convención arbitral, en lo que se refiere a los elementos intrínsecos referentes a su objeto, a consentimiento de la parte y su causa.

6. Gana más importancia, así, la elección del local de la sede del arbitraje. Y eso nos parece razonable y adecuado, dado que es exactamente en esa jurisdicción donde la sentencia será proferida y, normalmente, el proceso arbitral se desarrolla.

7. La elección de la sede advén de libre manifestación de las partes y, así, sus efectos deben ser acatados pues presupone haber sido evaluados previamente.

8. De otro lado, hay también el interés jurídico del país que acoge el arbitraje de que su derecho sea observado y que el proceso se concretice en línea con los dictámenes legales vigentes en su territorio.

9. En resumen, la libre elección del local del arbitraje es una vía de ida y vuelta, puesto que algunas de las reglas del país hospedero han que ser observadas por los contratantes, por fuerza del principio de la soberanía.

10. Cuestión intrigante condice con la arbitrabilidad objetiva, capaz de viciar la convención arbitral.¹⁴ Aunque el AAM remitir su solución al derecho del país hospedero¹⁵, caso este considere válido el objeto de la convención, el acreedor podrá enfrentar un obstáculo en el momento de su ejecución en Brasil, visto que la ley brasileña de arbitraje, en su Art. 39, inciso I, establece que, "[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] constatar que, según la ley brasileña, el objeto del litigio no es susceptible de ser resuelto por arbitraje."

11. Véase que tal dispositivo asegura al judiciary interrogar, ex officio, la inarbitrabilidad de la controversia, al revés de lo que ocurre con las nulidades constantes del Art. 38 de la ley, cuyo poder-deber de alegarlas conviene al reo.

12. Luego, se trata de regla de orden pública tan importante a punto de la ley admitir que la excepción de nulidad sea interrogada, de oficio, por la corte judicial.

13. Entretanto, podríase argumentar que, en Brasil la legislación aplicable a la internalización, de sentencia arbitral sujeta a los efectos del Acuerdo de Arbitraje Mercosur, debe con este último armonizarse, por fuerza del brocardo *lex posterior derogat priori*. Es eso, por fin, lo que impone el comando del Art. 2º, par. 1º, de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño.

14. Sin embargo, la cuestión se torna más compleja a la visión del contenido en lo mismo Art. 39 de la ley de arbitraje cuyo ítem II determina la denegación, ex officio, del pedido de homologación a la vista de decisión arbitral que contenga ofensa a el orden pública.

15. Como inconveniente, la ley brasileña, en su Art. 1º, prohíbe la utilización del arbitraje que discurra sobre derechos indisponibles. Se trata, sin duda, de dispositivo de carácter imperativo. No pudiendo arbitrase el conflicto, cualquier decisión en contrario violará el orden pública nacional.

16. Ese nudo jurídico no es fácil de deshacer pero, se puede argumentar que el AAM, ley en vigor en

Brasil, remite al derecho extranjero, en los casos de arbitraje comercial internacional, el análisis de ese elemento intrínseco, cual sea, la arbitrabilidad o no del conflicto.

17. Al determinar la determinación del derecho que regirá la validez intrínseca de la convención, por fuerza legislativa, alejada estaría la regla legal impeditiva, contenida en el Art. 39 de la ley de arbitraje brasileña, ya que toda y cualquier discusión acerca de la arbitrabilidad objetiva hay que ser llevada a cabo con fundamento en la legislación del place of seat.

8. Competencia para Conocer sobre la Existencia y Validez de la Convención Arbitral

1. También en eso campo del derecho arbitral, el AAM sigue la tradición legislativa y deja expreso en su texto el principio de la Kompetenz/Kompetenz.

2. Ese precepto refuerza la eficacia de la cláusula arbitral y se alinea al principio de la autonomía. Las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el tribunal arbitral, de oficio o a solicitud de las partes (Art. 8°).

3. Juntamente con los efectos positivo y negativo de la cláusula compromisoria, los principios de la autonomía y de la competencia-competencia aseguran plena eficacia al pacto y alejan la intervención judicial, dando curso, pues, a los exactos términos y condiciones libremente acordados por los interesados.

4. El Art. 8° del AAM debe ser operado juntamente con su Art. 18 que detalla el procedimiento para interpelación de las excepciones en los arbitrajes institucionales y ad hoc.

5. En resumen, las excepciones de incompetencia, cuando institucional el arbitraje, se rigen por el contenido en el reglamento de la cámara y, cuando ad hoc, deben ser interrogadas en el momento de la presentación de la contestación o, hasta la réplica, en caso de reconvencción.

6. De todo modo, el tribunal arbitral tiene la opción de decidir las excepciones como cuestión previa o en el momento del proferimiento de la decisión final.

9. Derecho Aplicable a la Controversia por el Tribunal Arbitral

1. El AAM no huye a la tradición al admitir el arbitraje de equidad, desde que expresamente acordada por las partes.

2. Por otro lado, todavía, no que toca a el arbitraje de derecho, restringió, y mucho, la libertad en la determinación de las reglas legales de solución de la controversia.

3. Extrañamente, el AAM, adoptando una vía conservadora, abraza el sistema de las reglas de conflictos de ley al determinar que la elección del derecho se haga basada en el derecho internacional. En los exactos términos del AAM, "Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia basado en el derecho internacional privado y sus principios, así como en el derecho de comercio internacional. Si las partes nada dispusieren sobre esta materia, los árbitros decidirán conforme las mismas fuentes" (Art. 10).

4. Comparado con los actos internacionales contemporáneos, el Art. 10 del AAM da un paso hacia atrás y, en nuestra comprensión, impone un grave retroceso al sistema arbitral de solución de conflictos. Y más, va de encuentro al principio de la libertad, esencia del arbitraje y corolario de varios de sus institutos jurídicos.

5. Al que se refiere a la ley brasileña de arbitraje, el Art. 10 del AAM reprime el contenido y el alcance de su Art. 2º, informado que es por la libertad de elección de normas, reglas, principios y usos y costumbres. Según la ley brasileña, la libertad encuentra límite, tan sólo, en la violación a las buenas costumbres y al orden pública.

6. De ahí la razón de la única consideración hecha por Brasil al texto del Acuerdo de Arbitraje Mercosur, constante del Decreto Federal n. 4.719/2003.

7. Según el Art. 1º del referido Decreto, el AAM "será ejecutado y cumplido como en él se contiene, resaltado su Art. 10, que debe ser interpretado en el sentido de permitir a las partes eligieren, libremente, las reglas de derecho aplicables a la materia a que se refiere el dispositivo en cuestión, respetado el orden pública internacional."

8. La reserva formulada 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.¹⁶

9. El gobierno brasileño, a través del Ministerio de la Justicia, enterado del retroceso que el Art. 10 del AAM probablemente generaría, en detrimento de las partes y de la autonomía de la voluntad, buscó, junto a los estudiosos del arbitraje alguna medida o entendimiento que pudiese armonizar el comando del Art. 2º de la ley brasileña de arbitraje con el pretendido Art. 10 del Acuerdo de Arbitraje Mercosur.

10. En ese sentido, formuló consulta a algunos profesores donde demostraba sus preocupaciones e indagaba, resumidamente, si existía efectivamente conflicto entre las normas de la ley brasileña de arbitraje y del AAM y, en caso positivo, si era posible alguna solución que restase por armonizarlas.

11. En la época, tuvimos la oportunidad de, resumidamente, manifestarnos, por la incompatibilidad y, al fin, sugerir una fórmula interpretativa que beneficiase la libertad de elección contemplada en la ley brasileña. Siguen nuestras observaciones:

"Sin duda que la Ley Marco Maciel [ley de arbitraje] confirió al instituto de arbitraje la extensión y los efectos propios de su naturaleza: libertad plena y casi absoluta a los convenientes.

Así, en la adopción de las reglas que balizarán el conflicto puesto a la solución arbitral, los postulantes tienen total autonomía de elección, sujetos tan sólo a los límites impuestos por el orden público y buenas costumbres.

En ese sentido, me parece que el Acuerdo de Arbitraje del Mercosur, de antemano, al someter la opción de la ley aplicable al campo del derecho internacional privado y sus principios, creó limitativo no existente en la Ley Marco Maciel, que asegura expresamente al interesado la elección "libre" — sin amarras — de la ley de regencia.

Seguro que el derecho internacional privado tiene por objeto los conflictos de ley, como históricamente asentado en el acuerdo del Supremo Tribunal Federal fechado de 1895, verbis:

'el derecho internacional privado es, en la opinión de los publicistas, 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 súbditos extranjeros, en materia de derecho civil, comercial, criminal y administrativo'.¹⁷

En ese sentido es de esperarse que las partes sometidas al Acuerdo de Arbitraje del Mercosur deberán analizar, cuando de la elección de la ley, si el derecho sustantivo se encuentra conforme las reglas de colisión de estatutos, lo que, per se, mitiga la libertad encontrada en la ley 9.307/96.

Es justo comprendemos que, en principio, deberá ser manejado y cotejado, en el momento de la elección del derecho de regencia, el contenido en el artículo 9º de la Ley de Introducción al Código Civil.

Como afirma Arminjon, "El derecho internacional privado tradicional no resuelve directamente las cuestiones: indica la legislación que dará la solución y establece la jurisdicción competente para aplicarla. Provee sólo referencia. En el mostrador de informaciones de una estación de ferrocarril hay la indicación del tren que se debe coger, el precio del billete, etc. Es lo que realiza, en suma, el derecho internacional privado."¹⁸

Entretanto, bajo el amparo de la ley de arbitraje brasileña, dicho no se hace necesario. Esto porque, como ya demostré, no sólo por la esencia del instituto, pero particularmente, por la total libertad asegurada a las partes, expresamente, por el artículo 2º de la Ley Marco Maciel.

16. Prevalece, la autonomía de la voluntad sin vinculo o conexión a otra jurisdicción (p/más detalles, cf. Aspectos Fundamentales de la Ley de Arbitraje, Pedro A. Batista Martins, Selma M. Lemes y C.A. Carmona, Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 167 y segs., en especial pág. 170 y 171).

De esa manera, si la elección de la legislación aplicable no está en las manos de las partes involucradas, y, además, sometida a límites o paradigmas impuestos por el derecho internacional privado, quiero creer que el determinado en el Acuerdo de Arbitraje del Mercosur reduce el campo de libertad en la elección del derecho conferido a las partes por la ley 9.307/96.

La compatibilidad de las dos reglas (Art. 10º del Acuerdo del Mercosur y artículo 2º de la ley 9.307/96), con fundamento en el principio universal de la autonomía de la voluntad, a pesar de ingeniosa, me parece pasible de ataques, visto que ese principio estará, en contrario de lo que dispone nuestra ley de arbitraje, sometido a la mira preliminar de los enfoques de discusión con las normas de las jurisdicciones y, quizás, de otros estados extranjeros.

Por ejemplo, ¿podrá un contratante brasileño y otro argentino establecer que la ley de regencia del contrato sometido a la cláusula compromisoria será la del derecho positivo italiano? Por el contenido en el artículo 2º de la Ley Marco Maciel, la parte brasileña tiene amplia autonomía en la elección del derecho sustantivo; sin embargo, por la sistemática del Acuerdo de Arbitraje del Mercosur, la base para esa opción es el derecho internacional privado, lo que llevará el interesado a tener contacto con el artículo 9º de la LICC, para fines de eficacia de la elección.

Esa indagación de la predominancia de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable a la materia de fondo ya fue formulada por el profesor de la Universidad de Berlín, Martin Wolff, y por él así respondida:

"La práctica de los tribunales fue opuesta al primer criterio [autonomía de la voluntad], lo mismo en Alemania que en los países romanistas, así como en Inglaterra y Estados Unidos, aún cuando con numerosas discrepancias de detalle".¹⁹ Este entendimiento se impone contemporáneamente pues, como certifica Nadia de Araujo:

"La jurisprudencia patria tiene aplicado a los litigios abarcando contratos internacionales, en los pocos casos que pudimos recoger, la clásica regla de conexión del artículo 9º. Por eso, la cuestión sobre la permisión de la autonomía de la voluntad a través de la interpretación del artículo 9º, en enlace con el Art. 13, o la tesis de Valladão, ya mostrada en este capítulo, no tiene sido considerada por los tribunales brasileños".²⁰

Caso el Acuerdo de Arbitraje del Mercosur venga a ser insertado en nuestro sistema legal, sin duda estará alejada, para los casos de la especie, la aplicabilidad de la ley 9.307/96, al que se refiere "a la ley aplicable", en vista del contenido del dispuesto en el artículo 34 de la referida ley.

Cuanto a los límites de la redacción "derecho del comercio internacional", entiendo insertarse en concepción amplia, abarcando aquellas reglas emanadas de un proceso distinto del legislativo ordinario.

Se inserta, en su escopo la lex mercatoria, los usos y costumbres y demás reglas internacionales de comercio, tales como las originadas de organizaciones internacionales o entidades privadas con grande representatividad en el comercio internacional.²¹

Frente al tema presentado, se recomienda la elaboración de una Declaración Interpretativa o un Acuerdo Interpretativo (Protocolo Adicional), de modo a explicitar la predominancia del contenido del Art. 2º de la Ley nº 9.307/96, en los términos de la parte final de la Consulta constante de la letra f."

12. Se extrae, que 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.

13. Para Brasil, la libertad de elección en el ámbito del AAM es amplia e irrestricta y solamente encuentra límite en el orden público internacional. En los términos exactos del Art. 1º, del Decreto Federal n. 4.719, de 2003, el AAM será ejecutado y cumplido como en él se contiene resaltado su Art. 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], respetado el orden público internacional.

14. En efecto, el susodicho resalto autoriza las partes a elegiren libremente la ley que gobernará la solución del conflicto sometido al AAM.

15. Sin embargo, un alerta: si por un lado esa libre elección encuentra su límite en la esfera jurídica de orden pública internacional, por otro, la decisión proferida por el tribunal arbitral tiene su alcance

reprimido por el orden pública brasileña, pues no será reconocida o ejecutada en el país si violar tales reglas, ex vi, Art. 39, inciso II, de la ley Marco Maciel.

15. En efecto, conquanto la autonomía de las partes en la elección de la ley de regencia encuentra óbice, en las fronteras del orden pública internacional, la sentencia arbitral trafega en esfera jurídica de amplitud reducida, en los exactos límites del orden pública brasileña.

16. Ese entendimiento, no obstante, podrá ser alejado si admitirse que la libertad de elección, al limitarse al orden pública internacional, incorpora tamaña autonomía que logra y abraza elementos intrínsecos del derecho electo, como la prerrogativa de beneficiarse de la menor carga de influencia de las normas de orden pública de la jurisdicción del derecho electo, a punto de traspasar la regla restrictiva contenida en el Art. 39, inciso II, de la ley brasileña de arbitraje.

10. Normas Generales de Procedimiento, Sede y Idioma

1. En el arbitraje institucional, el procedimiento ante las instituciones arbitrales se regirá por su propio reglamento. Es lo que dispone el Art. 12 do AAM.

2. Dispositivo de contenido sencillo parece decir, solamente, aquello que expresa, sin mayores intenciones. Es eso lo que informa, a primera vista, el texto normativo.

3. La simple lectura del dispositivo legal lleva el operador del derecho a concluir por la supremacía de las reglas de procedimiento de la cámara de arbitraje elegida por las partes.

4. Sin embargo, eso no es todo. Al intérprete es posible extraer de su contenido normativo indicaciones más determinantes y abarcentes a par de la mera prevalencia jerárquica de las reglas de procedimiento contenidas en el reglamento de la institución.

5. De acuerdo con la opinión teleológica, la norma busca evitar las cláusulas arbitrales patológicas que adoptan reglas institucionales de procedimiento distintas de aquellas practicadas por la cámara que irá administrar el arbitraje. Supuestamente indolora, la elección de reglas ajenas a la práctica da institución de arbitraje puede, y no raro genera una serie de incompatibilidades a punto de afectar la efectividad del proceso arbitral. Reputadamente cuando la sofisticación del reglamento electo para gobernar el procedimiento no es totalmente acompañado, o mismo percibida, por la institución elegida para acoger el arbitraje. Las severas críticas que esa subversión de reglas de procedimiento viene sufriendo de la comunidad arbitral, al que parece, encontró aceptación en el Art. 12 del Acuerdo de Arbitraje Mercosur.

6. En el arbitraje ad hoc, la elección del procedimiento aplicable es libre. Sin embargo, en la ausencia de estipulación, el AAM siguió la tradición de los estados americanos al imponer, de antemano, las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), en los moldes del contenido en el Art. 3º de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, de 1975.²²

7. Las reglas de la CIAC serán aquellas vigentes al momento de celebración de la convención arbitral. La presunción es de que, en la fecha de la celebración del convenio, las reglas de procedimiento fueron incorporadas a él como referencia.

8. Aunque no creemos ser la más adecuada, se trata de una opción legislativa. En nuestra opinión, deberían ser aplicadas las estipulaciones de procedimiento en vigor en la fecha del pedido de institución del arbitraje.
9. En definitiva, todo el cambio de procedimiento implica en un avance frente a los obstáculos y necesidades vislumbrados al largo de años de práctica arbitral. El cambio del reglamento presupone mejoría en la efectividad procesal. Busca agilizar y optimizar el proceso de arbitraje.
10. De ahí porque, imponer a las partes y a la institución el manejo de reglas superadas significa dar la espalda a la buena administración del arbitraje.
11. Dispone el Art. 13 del AAM que, "Las partes podrán designar a un Estado Parte como sede del tribunal arbitral." En una visión superficial, el contenido en el referido artículo apunta para una facultad de las partes en la elección del lugar del arbitraje. La conclusión es correcta pero la libertad de elección no es amplia. Al contrario, esa facultad es bastante restricta y se resume a uno de los países del Mercosur.
12. El place of seat, en el ámbito del Acuerdo de Arbitraje Mercosur, depende del análisis sistemática del texto y de la armonización del Art. 13 con el Art. 2º, (i), que trata de la definición de "sede del tribunal arbitral". Esta, la sede, es conceptuada como "Estado Parte elegido por los contratantes o en su defecto por los árbitros...".
13. De ese confronto integrante enténdese que la autonomía en la elección del place of seat, aparentemente absoluta, está contenida en una área muy limitada, visto resumirse a la jurisdicción de uno de los Estados Partes.
14. Por otro lado, vale registrar que la fijación de la sede de arbitraje no perjudica el desarrollo, en locales distintos, de determinadas etapas del proceso arbitral como, por ejemplo, la fase probatoria, ex vi, Art. 2º (i), in fine.
15. El local de la sede no reprime la movilidad del tribunal, permitiendo que reuniones sean realizadas mismo fuera del ámbito territorial de los Estados Partes.
16. En otros términos, lo que el AAM hizo fue conferir importancia jurídica al local de la sede de arbitraje sin, perjudicar la operación del proceso. A los árbitros y a las partes fue dada la libertad para la práctica, en cualquier local, de los actos necesarios al buen desarrollo del procedimiento arbitral y a consecuente entrega de la prestación jurisdiccional.
17. Por fin, establece el AAM que, en la ausencia de designación de la sede por los contratantes corresponderá al tribunal arbitral determinarla en uno de los Estados Partes, tomando en cuenta las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes (Art. 13,1).
18. Cuanto al idioma a ser utilizado en el arbitraje, no hay restricciones a la facultad de elección. Impera la libertad. Entretanto, es bueno que las partes no desperdicien esa oportunidad pues, caso contrario, el idioma será el de la sede del tribunal arbitral (rectius, sede del arbitraje). Quiere decir portugués o español. Ese dato es muy importante pues, generalmente, la elección de los árbitros depende del idioma aplicable al arbitraje. De ahí porque, si no estipulado en el convenio arbitral (el instrumento ideal)deberán

los interesados ajustarlo antes de la indicación de los árbitros, bajo pena de se limitaren al idioma utilizado en el local de la sede del arbitraje.

11. Árbitros y Medidas Cautelares

1. Puede ser árbitro cualquier persona legalmente capaz y que goce de la confianza de las partes.²³ La capacidad debe ser evaluada por el derecho del domicilio del árbitro.
2. En el ejercicio del munus publicum, el AAM fija un patrón de conducta a ser observado por los árbitros. Deben proceder con probidad, imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción.
3. La discreción, a que se refiere el texto normativo, dice con la confidencialidad. A los árbitros cumple mantener en carácter confidencial aquello que se pone de importante en el proceso de arbitraje.²⁴
4. Como regla general, la nacionalidad de una persona (rectius, de una de las partes) no será impedimento para que se nombre árbitro, salvo acuerdo en contrario de las partes (Art. 16, 4).²⁵
5. Entretanto, por mera precaución, el texto normativo informa y alerta a los demandantes que se debe "[tomar] en cuenta la conveniencia de designar personas de nacionalidad distinta a las partes en el conflicto" (art. 16, 4).
6. Norma de índole programática, contempla valor a ser perseguido en el momento del nombramiento de los árbitros. Tiene carácter directivo. Todavía, por el principio y valor que contempla, no se puede negar efectos de derecho a esa previsión legal.
7. Ya en el que toca al arbitraje ad hoc, la nacionalidad es vista con bastante rigor. Según lo mismo Art. 16, (4), existiendo más de uno árbitro, el tribunal arbitral no podrá estar compuesto, únicamente, por árbitros de la nacionalidad de una de las partes.
8. La excepción a esa regla presupone el acuerdo expreso de los interesados. Pero, no solamente la declaración formal de concordancia, como supondría el buen derecho. Es necesario más. Es necesario que las partes manifiesten la razón de esa selección o, mejor, de esa opción.
9. Entendemos impropia e inoportuna la imposición de esa declaración de motivos que, solamente concierne a las partes involucradas. La libertad que orienta el arbitraje, y la autonomía de la voluntad que asegura la eficacia de las manifestaciones expresas por las partes, rechazan esa imposición legislativa.
10. El desequilibrio jurídico es pasible de ser evaluado a través de otros medios, tal como la ausencia de bilateralidad del pacto. Las razones de esta selección, repetimos, condice con la conveniencia y los intereses personales de las partes en conflicto.
11. De todo modo, esa previsión deberá ser cumplida, bajo pena de nulidad del laudo arbitral, por constitución irregular del tribunal o por la inconformidad del procedimiento con las normas del AAM.
12. Cuanto a las medidas cautelares, el AAM no centralizó en los árbitros la competencia para su

adopción. Al contrario, dejó a las partes la posibilidad de requerirlas a los árbitros o a la autoridad judicial.

13. En el caso de que el requerimiento sea dirigido al juez estatal, no implicará en renuncia a el arbitraje y, tampoco, será considerado incompatible con la convención arbitral, ex vi, Art. 19, caput.

14. Cuando tales medidas fueren dictadas por el tribunal arbitral, se instrumentarán por medio de un laudo provisional o interlocutorio. Busca esa disposición conferir pronta efectividad a la decisión, por medio del cumplimiento inmediato del que en ella se impone. Busca la garantía del derecho del acreedor y, en última instancia, a la pronta realización de la justicia.

15. Disposición benéfica y armónica con los avances del derecho procesal, alineados con la efectividad de la tutela jurisdiccional. Si la medida determinada por los árbitros tiene que ser cumplida en territorio brasileño, a pesar del conservadorismo adoptado al largo de décadas por el Supremo Tribunal Federal,²⁶ se supone que las decisiones cautelares tengan curso normal en la jurisdicción nacional, por fuerza del Protocolo de Medidas Cautelares, firmado por los miembros del Mercosur, en Ouro Preto, en 16 de diciembre de 1994.

16. Además, dado que la competencia para la internalización de decisiones extranjeras pasó, muy recientemente, para el Superior Tribunal de Justicia,²⁷ es posible que la jurisprudencia ahora vigente venga a ser revista y, quizá, modernizada a la luz de las nuevas perspectivas del derecho, reputadamente en el campo procesal de realización de la justicia.

17. Reza el Art. 19, (3) del AAM que el tribunal arbitral podrá solicitar, de oficio o a petición de parte, a la autoridad judicial competente, la adopción de una medida cautelar.

18. Creemos que el legislador no expresó correctamente el comando que pretendió extraer del texto normativo. Tenemos que la solicitud a la autoridad judicial se impone, forzosamente, tras la determinación de la medida por el árbitro y su incumplimiento por el deudor. Entonces se torna necesaria la solicitud del árbitro a la autoridad judicial competente para que esta, frente al incumplimiento de la medida cautelar determinada por el árbitro, imponga su cumplimiento.

19. Tenemos, que la solicitud del árbitro no es en el sentido de que el juez togado defiera alguna medida cautelar y, sí, que, por fuerza de la protesta, imponga el cumplimiento de la decisión dictada por el árbitro.

12. Sentencia Arbitral, Solicitud de Rectificación y Ampliación y Plazo para Acción de Nulidad

1. La sentencia arbitral es definitiva y obliga las partes. Hay que estar por escrito, fundamentada y decidir completamente el litigio.²⁸

2. Se tratando de colegio de árbitros, impera la mayoría. Caso no sea ella obtenida, prevalece el voto del Presidente.²⁹

3. Existiendo voto disidente, este podrá constar en separado. A rigor, la declaración de voto vencido debe ser lanzada si de ella se puede extraer alguna utilidad jurídica. Se condena la declaración de voto

disidente que exprese mera insatisfacción con el juzgado, que implique en satisfacción a la parte que eligió el co-árbitro o que redunde en emulación.

4. La ausencia de firma de uno de los árbitros no perjudica la eficacia del acto jurisdiccional, en la esfera del mejor derecho. Basta que tal sea aclarado y certificado por el Presidente del tribunal arbitral.

5. Recibida la sentencia arbitral, por notificación del tribunal, las partes tienen 30 días para solicitar al tribunal que, (i) rectifique cualquier error material, (ii) precise el alcance de uno o varios puntos específicos y, (iii) se pronuncie sobre alguna de las cuestiones materia de la controversia que no haya sido resuelta.

6. Ressalte-se que, como resultado de la referida solicitud, puede redundar la necesidad de cambio, por el tribunal arbitral, del propio contenido del juzgado. Si, por ejemplo, la pronunciación de alguna cuestión no resuelta llevar a alejar una premisa o un fundamento esencial del juzgado, este puede, y debe, restar cambiado en su núcleo decisorio.

7. Por ejemplo, si el tribunal arbitral dejó de analizar una cláusula de exclusión o limitación de responsabilidad y, por fuerza de la solicitud de rectificación, descubrió ser aplicable al caso concreto, a la evidencia que al cambio del juzgado se impone.

8. Trátase de cuestión de justicia imperativa a los árbitros como corolario del *munus publicum* que la función jurisdiccional implica y de la buena fe que rige la conducta de aquellos que son llamados para auxiliar el estado en la realización de la justicia.

9. Inadmisibles pensar que el principio de la definitividad de la sentencia arbitral implica en la denegación de justicia. No hay duda que la solicitud de rectificación y ampliación del juzgado puede operar efectos modificativos o de infracción de la decisión arbitral. Tal asertiva encuentra respaldo, incluso, en el propio texto del AAM que conceptúa ese pedido como recurso, al lado de la acción de nulidad (cf. Art. 20, 1).

10. El AAM fija en 90 días el plazo para el interesado requerir la nulidad de la sentencia arbitral.³⁰ Ese plazo es de decadencia. No puede ser suspenso o interrumpido. Tiene que ser fielmente cumplido por la parte, bajo pena de decaer del derecho a la acción de nulidad.

11. La petición de nulidad solamente podrá ser presentada ante la autoridad judicial del Estado sede del tribunal arbitral. La jurisdicción del país hospedero es el único competente para apreciar la acción de nulidad de la decisión arbitral.

12. En definitiva, fue esa la jurisdicción elegida por las partes, en común acuerdo, para ser sede del arbitraje. Así, tiene ese país todo el derecho, y legitimidad, para apreciar los casos de nulidad de decisión proferida en su territorio. Es, en el país sede del arbitraje, que se opera el control judicial de la integridad y completitud jurídica de la sentencia arbitral.

Marzo de 2005.

Notas

1 Siguiendo la tendencia moderna (cf. ley suiza), la ley española de arbitraje introdució dispositivo (Art. 2º, 2) donde aleja, desde luego, argumentos y prerrogativas de derecho público que buscan frustrar el acuerdo de arbitraje, verbis: " Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral".

2 No obstante admitiéremos que definición de conceptos no es de todo expresión de la actividad legislativa, nos parece que en algunos casos es benéfico para evitar discusiones infinitas y que terminan por alargar, indebidamente, el tempo de entrega de la prestación jurisdiccional. La conceptualización de algunos institutos de derecho encuentra correspondencia en la seguridad jurídica que los negocios comerciales reclaman y está presente en varios pasajes del derecho brasileño y extranjero.

3 Cf. International Commercial Arbitration, Fouchard, Gaillard e Goldman, Kluwer, Netherlands, 1999, ps. 46/47.

4 Ibidem, p.57.

5 Lo mismo ocurre con la ley española de arbitraje que, en su art.3, (1), así establece: "El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con que el que ésta tenga alguna relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. C) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional."

6 Fue esa la terminología adoptada por el legislador brasileño. La razón, implícita, fue la intención de demostrar que aquello (el laudo) que antes no operaba los efectos de derecho deseables, pasaba, con la nueva sistemática legal, a tener eficacia plena, tal cual una decisión judicial. Externamente, la razón es aquella alineada en ese ítem 2.3.

7 Cuando el AAM menciona, en su art. 24 (que dispone sobre la Terminación del Arbitraje) que el arbitraje terminará cuando dictada la sentencia o laudo definitivo, tenemos que se refiere a la sentencia que pone término a todas las cuestiones objeto del arbitraje.

8 En Brasil, flora grande discusión sobre la posibilidad de que el árbitro profiera decisión parcial. La cuestión no condice con la ley brasileña de arbitraje, vez que esa no desautoriza tal práctica, pero sí, con la visión arcaica con que se mira el proceso arbitral y se intenta imponer los mismos parámetros y dogmas del derecho procesal civil. Sin embargo, a los pocos, la práctica arbitral va demostrando las ventajas de la sentencia parcial y el propio proceso civil brasileño, en fase de rejuvenecimiento legislativo, va asimilando sus virtudes. En ese particular, fue prudente el legislador de la reciente ley española de arbitraje al admitir, claramente, esa posibilidad en su art. 37 (1).

9 Note que, mientras la ley brasileña admite válido el acuerdo y, sólo, mantiene en suspenso su eficacia,

la ley española ataca, desde su inicio, su validez. Aparentemente mera nuanza jurídica, esa distinción puede y debe orientar el intérprete frente a las especificidades del caso concreto.

10 Según el Black's Law Dictionary (fifth edition), " Basic test of unconscionability of contract is whether under circumstances existing at time of making of contract and in light of general commercial background and commercial needs of particular trade or case, clauses involved are so one sided as to oppress or unfairly surprise party."

11 El art. 244 del Código de Proceso Civil brasileño, fue elegido en el IX Congreso Mundial de Derecho Procesal, como la más bella regla del derecho procesal contemporáneo, justamente por mitigar las formalidades, a favor del derecho material, verbis: "Cuando la ley prescribir determinada forma, sin estipulación de nulidad, el juez considerará válido el acto si, realizado de otro modo, le alcanzar la finalidad."

12 Avanzó la ley española al detallar y ampliar las hipótesis de existencia y validez formal del convenio arbitral (cf. art. 9º).

13 En Brasil, la Ley de Introducción al Código Civil fija la misma disposición en su Art. 7º.

14 Según el art. 26 (2) del AAM, "El presente Acuerdo no restringirá las disposiciones de las convenciones vigentes sobre a misma materia entre los Estados Partes, desde que no lo contradigan."

15 La ley española fortalece la eficacia del convenio arbitral, reputadamente la arbitrabilidad objetiva, al establecer que, en los arbitrajes internacionales, se aplica para resolver esa materia, la ley electa para regir la convención, las normas jurídicas aplicadas al fondo de la controversia o el derecho español.

16 Que sea de nuestro conocimiento, ningún Estado Parte hizo esa observación.

17 Oscar Tenório, Derecho Internacional Privado, Vol. 1, 11ª ed. Rev. y actual., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971, pág. 12.

18 Oscar Tenório, op. cit. pág. 19.

19 Derecho Internacional Privado, Editorial Labor S.A., Madri, 1936, pág. 212/213.

20 Contratos Internacionais, Novas Tendências: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pág. 114.

21 Cf.. Irineu Strenger, Derecho do Comércio Internacional e Lex Mercatoria, Ltr, São Paulo, 1996.

22 La Convención del Panamá entró en vigor en Brasil, en 1996, pocos meses antes de la promulgación de la ley brasileña de arbitraje. Según su art. 3º, En la falta de acuerdo expreso entre as partes, el arbitraje será efectuado de acuerdo con las normas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Regístrese que la aplicación de las normas de procedimiento de la CIAC no implicará que el arbitraje sea considerado institucional (cf. art.25, 1, Acuerdo de Arbitraje Mercosur).

23 Ese dispositivo es semejante al que consta de la ley brasileña de arbitraje. Al que se percibe, no hay restricción la indicación de árbitro persona jurídica, lo que es expresamente vedado en la legislación española (cf. art. 13). En nuestra opinión , a pesar de extraordinario, no debería haber restricción a la actuación de persona jurídica como árbitro. Se trata de mera ficción legal y, por analogía, son muchas las legislaciones a admitir que personas no naturales funcionen en la administración de sociedades.

24 Es esa la interpretación que la doctrina brasileña tiene dado al tratar de regla identica contenida en la ley n. 9.307/96. Tenemos que el legislador español avanzó mas al estender el deber de confidencialidad a las partes y a la institución de arbitraje (art. 24, 2). Con eso se evita el debate acerca de la existencia, implícita en el instituto, del deber de confidencialidad.

25 Avanzó el legislador al establecer esa previsión, en línea, incluso, con los avances que trajo la ley española (cf. art. 13).

26 Tradicionalmente, el Supremo Tribunal Federal negaba curso a las medidas cautelares oriundas del extranjero, dado el carácter ejecutorio de esos remedios legales y su provisoriedad. En suma, el STF solamente internalizaba sentencia definitiva, tras proceso de homologación.

27 El cambio de la competencia advino del art. 105, (i), de la Enmienda Constitucional n. 45, de 8 de diciembre de 2004.

28 Cuanto a ese último requisito, ver nuestras observaciones constantes del ítem 3.3. arriba.

29 La misma previsión consta de las leyes de arbitraje brasileña (art. 24, par. 1º) y española (art. 35, 1).

30 La ley brasileña fija los mismos 90 días, mientras la española impone el plazo de 2 meses.