

## ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Horacio A. Grigera Naón\*

El arbitraje es un método de solución de controversias por el cual las partes confían a una o más personas de su elección la decisión del litigio que las enfrenta. Las características específicas de este instituto (por ejemplo, la fuerza obligatoria del acuerdo y del laudo arbitrales) dependerán del ordenamiento jurídico aplicable.

El ámbito específico de arbitraje comercial ha variado con el tiempo. Originalmente se refería exclusivamente a controversias entre particulares nacida del intercambio de mercaderías, el transporte o los seguros. Excluía claramente las controversias no patrimoniales gobernadas por el derecho civil, tales como las referidas a la filiación o al matrimonio y su disolución que, por otra parte, por razones de orden público, eran y aún son generalmente consideradas no arbitrables. Pero se extendía (y aún se extiende. Ver, por ejemplo, Perú, Ley General de Arbitraje, Decreto-Ley 25935, arts. 1, 7 (en adelante, Per. Ley Gen. Arb.); Argentina, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 737 (en adelante Arg. CP) sin mayores dudas a toda controversia en relación con la cual las partes tienen facultad de libre disposición o que son susceptibles de transacción, incluidos conflictos patrimoniales normalmente considerados de derecho civil y emergentes, por ejemplo, de un contrato de locación de inmuebles o de pretensiones encontradas referentes a un acervo hereditario. Por ese motivo, y con justicia, en algunas de las primeras obras clásicas sobre la materia se habla más bien de “arbitraje de derecho privado” que de “arbitraje comercial” aunque aquí prefiramos utilizar esta última expresión en sentido amplio y hacerla extensiva a toda materia que, aunque no estrictamente comercial, es susceptible de arbitraje.

Con el correr del tiempo, la práctica y necesidades de los medios de negocios de hecho extendió el radio de influencia del arbitraje comercial mucho más allá de las operaciones que importan intercambios de mercaderías u originadas en pretensiones sobre cosas. En la industria de la construcción, el arbitraje comercial se volvió el mecanismo regularmente elegido por locadores y locatarios de obras en diversos países para resolver sus diferendos. Numerosas legislaciones consideraron el arbitraje como el recurso más adecuado para la solución de controversias entre socios originadas en su carácter de tales. El arbitraje comercial también se volvió el medio habitual para decidir cuestiones en las partes de un *joint venture* petrolero y, en general, en relación con las controversias emergentes de las diversas operaciones propias de la industria petrolera.

Al difundirse el *joint venture* en esa y otras esferas de la actividad económica, tanto en su forma societaria a través de sociedades cerradas, como en la meramente contractual, y quizás porque permite mantener los acuerdos

---

\* Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y de la *London Court of International Arbitration*. *Senior Counsel*, *International Finance Corporation*, Washington, D.C. Clase dictada en 1992.

parasociales o las relaciones entre joint ventures bajo el velo de la confidencialidad y en gran parte a resguardo de la intromisión de las autoridades estatales, el arbitraje comercial es crecientemente elegido para resolver las controversias entre las partes del acuerdo de accionistas (“*shareholders’ agreement*”), que regulan la vida de las sociedades cerradas y de sus socios en cuanto tales, o entre *joint venturers*.

Otro elemento de gran gravitación en la difusión del arbitraje comercial es la creciente participación del Estado o de entidades estatales en la economía, ya sea como concedente de derecho para extraer recursos naturales o la realización de determinadas obras públicas, tales como puertos, caminos o represas, o simplemente como operador comercial. El Estado pacta arbitrajes con particulares para resolver conflictos entre la autoridad pública y el operador privado emergentes de concesiones, contratos para realizar ciertas obras o simplemente en los cuales el Estado aparece como proveedor o consumidor de bienes y servicios.

El desarrollo de arbitraje comercial durante los últimos cien años se produjo bajo la forma de una cierta tensión entre la justicia administrada por las autoridades estatales y los árbitros. A lo largo de todo este período, el arbitraje comercial es favorecido en el ámbito de los negocios por ofrecer a los operadores privados ciertas ventajas de rapidez y confidencialidad y por permitir la aplicación con un sentido más práctico y menos formalista (es decir, más orientado a la substancia de los valores protegidos o resultados perseguidos por las normas jurídicas que a la aplicación automática de estas) del derecho en consonancia con la experiencia, usos y prácticas comerciales. En el caso de haberse pactado la amigable composición, tales características se acentúan pues los árbitros quedan dispensados —con ciertas restricciones impuestas por el orden público— de aplicar el derecho imperativo estricto (procesal o substancial). Factor esencial para alcanzar ese propósito es la facultad reconocida a las partes de elegir libremente a los árbitros de acuerdo a sus deseos y al tipo de especialización legal o técnica requerida por la índole de la controversia. En definitiva, el arbitraje comercial permitiría a sus usuarios acceder a un tipo de justicia distinta de la brindada por los tribunales estatales y orientada a satisfacer los intereses individuales de las partes antes que la protección de los intereses generales de la comunidad. Desde esta óptica, la investidura de los árbitros y el alcance de sus funciones depende de las partes que los han designado. Los árbitros deben lealtad a las partes y no a un Estado o a un ordenamiento jurídico nacional determinado, y de seguirse estrictamente este principio, los árbitros deberían aplicar las normas contractuales o de cualquier otra índole conforme a las instrucciones de las partes cursadas a través del acuerdo arbitral con exclusión de cualquier otra consideración.

En general, los ordenamientos jurídicos estatales han tolerado en mayor o menor grado la amplia libertad y autonomía que con tanto ardor los medios de negocios reivindican para las partes y sus árbitros a cambio de la imposición de un sistema de controles sobre el arbitraje y los laudos a cargo de los tribunales estatales, destinado a resguardar los intereses comentarios o públicos que pudieran verse afectados de manera negativa por el arbitraje o las decisiones de

los árbitros. Al menos en teoría —como se verá luego, no ha ocurrido así en la historia cercana, tal como se observa del análisis de reciente legislación en Bélgica y Suiza— en la medida en que, como se ha expuesto en los párrafos anteriores, el arbitraje comercial extiende cualitativa y cuantitativamente su radio de aplicación, es dable pensar que cobra cada vez mayor significación social e impacto macroeconómico, lo cual a su vez justificaría invertir a los órganos estatales que encarnan los intereses de las comunidades organizadas con facultades más amplias para controlar el procedimiento arbitral y los laudos arbitrales.

La circunstancia que de hecho posibilita el control estatal sobre el arbitraje es que por lo general los árbitros carecen de facultad (*imperium*) para obtener la ejecución compulsiva de sus órdenes (por ejemplo, la traba de una medida precautoria, la presentación de documentos o el comparendo de un testigo) o la ejecución de sus laudos. Para todas estas funciones se necesita la cooperación activa de los jueces del Estado, quienes en principio podrían denegarla si juzgan que la justicia administrada por los árbitros es violatoria de los intereses públicos. Hasta hace poco, muchos ordenamientos jurídicos exigían la necesaria homologación del laudo para el juez estatal antes de su conversión en título ejecutivo. En algunos de esos casos, la ley requería que la parte interesada en obtener dicha homologación probara que el arbitraje se había desarrollado sin violación del principio del debido proceso y que el laudo era definitivo, es decir, no susceptible de recurso alguno. Aún hoy, en países avanzados en materia de arbitraje, el juez puede negarse a ejecutar un laudo que de otra manera debiera considerarse definitivo y firme si estima que el proceso arbitral no ha observado los principios de justicia natural (“*natural justice*”) (Inglaterra) o el laudo es violatorio del orden público (Holanda).

Por otra parte, en la mayoría de los países, la legislación o la jurisprudencia excluyen *ab initio* del arbitraje ciertos tipos de controversias que por afectar con singular intensidad los intereses de la comunidad son consideradas no arbitrables y por ende confiadas exclusivamente a la jurisdicción de la justicia estatal. En aquellos casos en que los intereses comunitarios no se encuentran comprometidos por el simple hecho de pactarse el arbitraje, pero que a la larga resultan perjudicados en el transcurso del proceso arbitral o por el contenido del laudo, los ordenamientos jurídicos estatales ofrecen una gama de recursos o vía de revisión o nulidad para asegurar el respeto del debido proceso y de los valores comunitarios juzgados esenciales. En definitiva, el arbitraje comercial se ha encontrado a lo largo de toda su historia reciente en estado de permanente equilibrio inestable entre la libertad de las partes (y de los árbitros en cumplimiento de la voluntad de aquellas) para organizar sus relaciones recíprocas y dirimir cualquier controversia emergente sin interferencia estatal y exclusivamente de acuerdo a sus intereses particulares, y la existencia de un sistema de control de origen estatal destinado a salvaguardar el interés general frente a posibles desbordes en el ejercicio de esa autonomía. El control estatal, de cualquier tipo que este sea y a cualquier nivel que se ejerza, es el que marca la confluencia entre la justicia arbitral y la justicia de la comunidad organizada de la cual depende la efectividad del arbitraje.

La internacionalización del arbitraje comercial producida durante los últimos cincuenta años ha tenido una influencia notable sobre su ámbito de aplicación, su regulación y la función de control reservada a los tribunales estatales. A simple guisa de ejemplo, el arbitraje comercial internacional es considerado frecuentemente como una de las garantías a ser ofrecidas al inverso o al hombre de negocios extranjero para inducirlo a realizar actividad económica en un país o en una región determinada al abrigo de eventuales discriminaciones o delegaciones de justicia que podrían surgir de la intervención de los tribunales estatales locales o de la inmunidad de jurisdicción que eventualmente podría invocar exitosamente el Estado en caso de ser demandado ante la justicia de ciertos países. Como contrapartida, hay Estados, como el Brasil, que en sus transacciones financieras internacionales prefieren pactar el arbitraje comercial internacional antes que someterse a la jurisdicción de tribunales estatales de otro país, que considera como una limitación a su soberanía. Circunstancias como las arriba descritas no sólo explican por que la intencionalidad del arbitraje comercial implica la extensión de su ámbito de influencia cuantitativa y cualitativamente, sino además demuestran que el arbitraje comercial internacional se ha transformado en un factor de política económica internacional tanto en los países receptores cuanto en los países exportadores de capitales, bienes y servicios. No es casualidad que algunos países latinoamericanos han percibido como una de las formas de corresponder a la Iniciativa Bush para las Américas la modernización de sus legislaciones internas en materia de arbitraje comercial y la creación de nuevas avenidas para la utilización del arbitraje comercial internacional aun cuando el Estado es parte en la controversia como instrumento para fomentar la inversión extranjera (ver, por ejemplo, Per. Ley Gen. Arbitraje, art. 85).

Es por cierto difícil caracterizar el arbitraje comercial internacional. Desde el punto de vista del derecho positivo, quizás sería más exacto decir que esa noción varía según los ordenamientos jurídicos nacionales. Desde el punto de vista del estudioso, según la gama de situaciones que se pretenda abarcar en el análisis del fenómeno arbitral no circunscrito de forma exclusiva a una sola jurisdicción nacional.

Existe una noción “economicista” del arbitraje comercial internacional que ha sido adoptada por la jurisprudencia y legislación francesas: será internacional el arbitraje comercial que “pone en juego (*met en case*) los intereses del comercio internacional “ (Fr. Cod. Pr. Civ. art. 1492), circunstancia que se determina a través de un análisis no necesaria o exclusivamente jurídico. Un arbitraje comercial referido a un contrato celebrado y ejecutado en Francia entre franceses puede ser considerado internacional si dicho contrato tiene un impacto económico sobre el “comercio internacional”.

También puede hablarse de una noción “procesalista” del arbitraje comercial internacional. La internacionalidad estaría determinada por la distinta nacionalidad de los árbitros que integran el panel arbitral o por el carácter internacional de la institución bajo cuyas reglas el arbitraje es administrado. Conforme a este criterio, un arbitraje en la Argentina entre argentinos y en

relación con un contrato celebrado y ejecutado en la Argentina sería considerado internacional si las partes han pactado que se desarrollara conforme a las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, Francia.

Una variante de la noción “procesalista” es sostener que un arbitraje se internacionaliza si las partes han pactado que se regirá por un derecho procesal distinto al del país donde el arbitraje se desarrolla. Ello significaría que el arbitraje comercial referido a un contrato entre argentinos ejecutable exclusivamente en la Argentina será internacional si las partes establecen que tramitará según el derecho procesal colombiano en materia de arbitraje. Sin embargo, existen numerosas razones prácticas que probablemente disuadirán a las partes de proceder de esta manera. La más importante es que si el objetivo perseguido con tal selección es lograr que los jueces del lugar del arbitraje (Argentina) apliquen derecho procesal colombiano para juzgar acerca de las facultades de los árbitros y las vías de recursos o revisión ante los tribunales argentinos contra el laudo arbitral, lo más probable es que los jueces argentinos rechazarán la selección efectuada por las partes y aplicarán exclusivamente derecho procesal argentino. El motivo para ello es que conforme a un firme principio del derecho internacional privado, las facultades de imperio y control de los tribunales de un Estado determinado en relación con un arbitraje comercial transcurrido dentro de su jurisdicción se rigen exclusivamente por el propio derecho procesal. Esta es materia no disponible y que las partes no pueden alterar por vía contractual. Este principio tiene a su vez apoyatura en el derecho internacional público. Las autoridades de un país, incluidas sus jueces, sólo verifican sus competencias y funciones conforme al derecho público de su propio país. El Registro de la Propiedad Inmueble de la República Argentina sólo puede registrar embargos decretados o convalidados por un juez argentino. El derecho procesal argentino actual no parece permitir a los árbitros decretar embargos (Arg. CP. art. 753 CP), y si aún se estimara que ello es posible, los árbitros no pueden dirigirse a dicho o cualquier otro Registro en la Argentina para ordenar directamente y sin la intervención del juez competente argentino, la registración de esas u otras medidas de similar naturaleza. De manera que aunque la ley colombiana actual autoriza en ciertos casos a los árbitros a decretar y ordenar la legislación de este tipo de medidas (Col. Dec. 2279, art. 32), y aún en la hipótesis de que el arbitraje localizado en la Argentina haya sido sometido por las partes al derecho procesal colombiano, el Registro de la Propiedad Inmueble argentino rehusará inscribir una medida precautoria originada en quien no está autorizado para decretarla o trabarla por el derecho procesal argentino.

Lo mismo ocurrirá en materia de recursos o vías de nulidad. El juez argentino sólo está autorizado a revisar o anular laudos sobre la base de los fundamentos y mecanismos previstos en el derecho procesal argentino aplicable. Carece de facultad, jurisdicción y competencia para hacerlo conforme al derecho colombiano o el derecho de cualquier otro país. Tampoco es de suponer que las partes en el arbitraje en la Argentina hipotéticamente sometido al derecho colombiano que aquí se contempla a guisa de ejemplo podrán recurrir exitosamente al juez colombiano para que revise o anule el laudo pronunciado en

la Argentina conforme al derecho procesal colombiano. Dicho juez carece de jurisdicción internacional desde la óptica del derecho internacional público y seguramente desde la óptica del propio derecho colombiano para hacer una cosa así. Las autoridades judiciales sólo pueden ejercer sus facultades en relación con actos que tienen cierto tipo de efectos o contactos definidos por el derecho internacional público con el país que las ha investido y, dentro del ámbito permitido por aquel, por su propio derecho procesal internacional. Tales efectos o contactos no existen en o con Colombia tratándose de un árbitro entre argentinos respecto de un contrato argentino y que se desarrolla y ha sido laudado en la Argentina.

Lo arriba expuesto es también cierto en relación con arbitrajes internacionales (por ejemplo, por el distinto domicilio de las partes o la pluralidad de contactos de la relación jurídica que las liga con diversos países) con sede en un país determinado, pues también es ese caso las facultades y jurisdicción de los jueces de ese país están exclusivamente reguladas por su propio derecho público, incluido el procesal. Cabe señalar, sin embargo, que el actual proyecto de ley para modificar un régimen del arbitraje elevado por el Poder Ejecutivo de la República Argentina al Congreso de esa Nación por Mensaje No. 228 del 31 de octubre de 1991 [art. 1 (b)] autoriza a las partes desplazar la aplicación de la ley procesal argentina en materia de arbitrajes si, tratándose de un arbitraje internacional en el sentido arriba expresado, las partes han pactado que se realizará “... de acuerdo con la ley procesal de otra jurisdicción”. Además, la Convención de Nueva York de 1958 en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (en adelante la “Convención de Nueva York”) establece como criterio de extranjería” del laudo arbitral (art. 1) el hecho de que haya sido dictado conforme al derecho procesal de país distinto del foro donde el laudo fue pronunciado. Por otra parte, el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York autoriza a los tribunales del foro a denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo anulado por los tribunales del país conforme a cuya ley fue dictado el laudo, aunque no haya sido dicho país donde el laudo fue dictado.

En algunos países latinoamericanos — como Colombia (Col. Dec. 229, art. 48) — se califica de internacionales a los arbitrajes de alguna manera comprendidos dentro del radio de aplicación de las convenciones internacionales en materia de arbitraje ratificadas por el país en cuestión. Ello representa problemas si con tal calificación se intenta sustraer a tales arbitrajes de las regulaciones previstas por la ley local para los arbitrajes domésticos (por presumirse que son excesivamente asfixiantes y obsoletos para el arbitraje comercial internacional ) aunque las convenciones internacionales ratificadas por el país en cuestión no contengan normas relativas a la organización y desarrollo del proceso arbitral comercial internacional ni por ende se ocupen de regular el régimen de controles sobre el laudo arbitral aplicable en cada país ratificante.

La mayor parte de las convenciones internacionales en materia de arbitraje comercial ratificadas por países latinoamericanos (salvo la Convención Interamericana de Panamá de 1957 sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante denominada “Convención de Panamá”), cuyo art. 3 dispone la aplicación

al proceso arbitral de las Reglas de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial si las partes no hubieran dispuesto lo contrario) no incorporan regla alguna sobre la regulación del procedimiento arbitral o los recursos disponibles respecto del laudo. Una de esas convenciones, la Convención de Nueva York, sólo se refiere a la validez de laudos considerados “extranjeros”. No parece entonces razonable determinar, por ejemplo, cuales serán las reglas procesales sustantivas que regularán la conducción o revisión de Nueva York. Por otra parte, en caso de la Convención de Panamá, su ámbito de aplicación dista de ser claro (salvo que el Estado miembro en cuestión lo haya precisado mediante legislación expresa o a través de las decisiones de sus tribunales) debido a que: (i) no define los “arbitrajes comerciales internacionales” a los que debe aplicarse y (ii) es debatible si sólo se aplica entre los países miembros o si su ratificación importa su incorporación por el país ratificante con efectos universales.

Finalmente, otro de los criterios utilizados para establecer si el arbitraje comercial es o no internacional es la internacionalidad de la relación jurídica en la que se origina la controversia sometida a arbitraje, determinada a partir de la localización objetiva de los principales elementos que la componen. Por ejemplo, tratándose de un contrato, el arbitraje comercial será considerado internacional si las partes residen o se encuentran domiciliadas en distintos países o si la celebración o ejecución del contrato se distribuye total o parcialmente entre dos o más países. En definitiva, el arbitraje comercial será internacional si lo es el contrato que origina la controversia sometida al arbitraje. Este último criterio, que aparece ser el más popular y es el observado en parte por la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) [art. 3 (a) y (b)] y la reciente legislación peruana [Per. Ley Gen. Arb. 84, inc. (i) y (ii)], es el que encontramos preferible y el que utilizaremos, salvo indicación contraria, en esta exposición.

La circunstancia de que un arbitraje comercial sea o no calificado como internacional es de suma importancia, no sólo en razón de la extensión del ámbito de influencia del arbitraje comercial, a la que ya nos hemos referido, sino también en virtud de su repercusión en el régimen jurídico aplicable al arbitraje comercial en un número creciente de países.

En general, se considera que el arbitraje comercial internacional facilita el comercio internacional de bienes, servicios y capitales y en consecuencia no debe ser alcanzado por ciertas normas imperativas de derecho interno originalmente concebidas para los arbitrajes meramente domésticos en la medida en que sean obsoletas o impidan que el arbitraje comercial internacional satisfaga los requerimientos del comercio internacional en materia de solución de controversias. En el ámbito del comercio internacional, el sistema de solución de controversias debe ofrecer en la máxima medida de lo posible garantías de celeridad, previsibilidad y especialización en la solución de los diferendos para evitar que su prolongación o su solución inadecuada perjudique la fluidez y continuidad del intercambio comercial o económico. Por otra parte, ciertos principios jurídicos fundamentales, como el de la buena fe, cobran particular importancia para general confianza en relaciones jurídicas que se crean y

desarrollan en más de un país entre personas físicas o jurídicas de diverso origen. En definitiva, el arbitraje comercial internacional, cuando ha sido pactado, se convierte, al lado de las restantes normas contractuales, en parte del esquema normativo creado por las partes para regir su negocio y resolver cualquier diferendo originado en este. Ese esquema es entonces el fruto de una negociación previa entre las partes, en el curso de la cual estas se hicieron concesiones recíprocas que dieron lugar a cada una de las cláusulas contractuales, incluida la arbitral. Es lógico presumir que a la luz de las concesiones negociadas y de las cláusulas finalmente acordadas, cada una de las partes hizo su respectiva estimación de los riesgos y ventajas, costos, sacrificios y ganancias esperadas sobre la base de los cuales fijaron el respectivo precio o contraprestación que cada una de ellas pretende obtener. Cualquier elemento que permita perturbar el normal funcionamiento de ese esquema así negociado, incluido el régimen arbitral para resolver controversias eventuales, constituye una fuente potencial de costos o riesgos no esperados que, de haber sido reconocidos por las partes de antemano, hubieran inducido a estas acordar su negocio bajo términos o precios diferentes o, simplemente, a no acordarlo.

En ese orden de ideas, las expectativas de las partes o de los árbitros se verían defraudadas (y el arbitraje comercial internacional sobre la base de la previa organización por las partes del esquema para resolver controversias eventuales) si a raíz, por ejemplo, de la aplicación ilógica o imprevista por los jueces del lugar del arbitraje de alguna norma local, originariamente exclusivamente pensada para regir los arbitrajes domésticos (por ejemplo, el requerimiento de que todos los árbitros deben tener la nacionalidad del país del lugar del arbitraje), se produce la nulidad de la actuación del tribunal arbitral, del procedimiento arbitral y hasta del laudo. Estas no son elucubraciones meramente teóricas, ya que una buena parte de los códigos procesales existentes en los diversos países del mundo, y particularmente en América Latina, fueron creados a fines del siglo pasado o antes de la segunda mitad del presente, y sus normas de arbitraje comercial estaban más bien orientadas a los arbitrajes domésticos, pues la eclosión del arbitraje comercial internacional aún no se ha producido.

La idea de no extender al arbitraje comercial internacional la aplicación de normas procesales o substantivas presuntamente tan sólo previstas para los arbitrajes domésticos tuvo su origen en Francia a través de la jurisprudencia. En distintos casos e resolvió que un ente estatal parte en un contrato de la administración o en un contrato privado no podrá evadir la aplicación del acuerdo arbitral y en subsiguiente arbitraje alegando que conforme al derecho administrativo propio carecía de capacidad para suscribir la cláusula arbitral al momento en que fue celebrada. La idea subyacente es que perjudica al comercio internacional sorprender la buena fe del otro contratante que había contado con la validez de la cláusula arbitral y que no podía conocer el derecho aplicable a la capacidad del ente público en cuestión prever su aplicación. Este principio ha sido recogido de manera aún más vigorosa por la reciente legislación suiza [Ley de Derecho Internacional Privado de 198, art. 177 (2)], que no permite la invalidación de la sumisión de un Estado al arbitraje comercial internacional basada en su invocación del derecho interno (público privado) propio para negar



la arbitrabilidad de la controversia sometida a arbitraje o su incapacidad para comprometer el arbitraje.

La jurisprudencia francesa también ha aceptado la validez y ejecutabilidad en Francia de sentencias arbitrales no motivadas emitidas a raíz de arbitrajes comerciales internacionales aunque la legislación francesa interna [Fr. Cod. Pr. Civ. art. 1471 (2)] exige la motivación de los laudos. A partir de ese pronunciamiento, la aplicación de tal legislación quedó reducida a los arbitrajes meramente domésticos. La jurisprudencia francesa igualmente ha decidido que tratándose de arbitrajes comerciales internacionales, el acuerdo arbitral es jurídicamente independiente del contrato en que se inserta, de manera que la invalidez de este no determinara automáticamente la invalidez de la cláusula arbitral y, desde la perspectiva del derecho internacional privado, cláusula y contrato pueden estar regidos por derechos distintos. Tratándose de arbitrajes domésticos, en cambio, el derecho francés no reconoce autonomía tan pronunciada al acuerdo arbitral respecto de la relación jurídica subyacente.

En los Estados Unidos de Norteamérica, una serie de importantes decisiones de la Corte Suprema de ese país dictadas en los últimos veinte años son prueba del mismo fenómeno. Ese alto tribunal decidió no aplicar normas imperativas claramente inspiradas en el orden público y destinadas, por ejemplo, a custodiar el mercado de valores o a proteger el régimen de la libre competencia por haber las partes pactado el arbitraje comercial internacional, y, de esa manera, reconocer la validez de acuerdo arbitrales que hubieran sido considerados inválidos si el arbitraje hubiera sido calificado de doméstico. Es interesante señalar que en casos posteriores, la Corte Suprema de ese país extendió tales soluciones liberalizados, inicialmente sólo postuladas para los arbitrajes enteramente domésticos. Esta es una demostración de la fuerza e importancia de los recientes desarrollos en materia de arbitraje comercial internacional y su efecto de “boomerang” sobre el arbitraje doméstico.

En ciertos países, el régimen de los recursos disponibles para revisar o invalidar el laudo varía según que el arbitraje comercial realizado en su jurisdicción sea o no calificado de internacional. En Francia, las razones para recurrir contra un laudo comercial internacional son menos numerosas que las disponibles para impugnar los laudos domésticos y se reducen prácticamente a los casos en que los árbitros hayan laudado fuera de los límites autorizados por las partes, en el curso del arbitraje se haya producido una violación del principio del debido proceso, o que el reconocimiento o ejecución del laudo sea violatorio de orden público internacional francés (Fr. Cod. Pr. Civ. art. 1502).

En Suiza, tratándose de arbitrajes comerciales internacionales (que a ese solo efecto significa arbitrajes comerciales en los que ninguna de las partes tiene domicilio o residencia en Suiza) con sede en ese país, las partes pueden pactar que el laudo quede excluido de toda vía de anulación por ante los tribunales suizos [Suiza. Ley de Derecho Internacional Privado de 1987, art. 192 (1)]. En Bélgica, tal es la solución automática y obligatoria para las partes y los árbitros si ninguna de las partes es de nacionalidad o residencia belga (Bel. Cod. Civ. art. 1717).

En otros países con legislación menos avanzada en materia de arbitraje, el carácter internacional del arbitraje comercial ha sido invocado para excluir la aplicación de legislación local que exigía de los árbitros la nacionalidad del lugar del arbitraje, o que imponía la celebración de un compromiso con carácter previo a la iniciación del arbitraje pese a la existencia de una cláusula compromisoria, o que no permitía la ejecución específica del acuerdo arbitral contra la parte recalcitrante empeñada en ignorar u obstaculizar la vía arbitral pactada.

En otro orden de ideas, el carácter internacional del arbitraje comercial afectaría el sistema de derecho internacional privado utilizado por los árbitros para determinar el derecho aplicable al proceso arbitral y al fondo de la controversia. Tratándose de arbitrajes totalmente localizados en el país donde se desarrolla el arbitraje, poca duda hay que los árbitros simplemente aplicarán el derecho sustantivo del lugar del arbitraje. La pregunta es, en el caso de arbitrajes comerciales internacionales, ¿los árbitros aplicarán el derecho internacional privado del lugar del arbitraje? Esa era la solución clásica, que es la aún hoy observada en algunos países, como Inglaterra. Sin embargo, dista de ser la preponderante actualmente.

Para la corriente de pensamiento predominante, el derecho internacional privado observado por los árbitros comerciales internacionales gira en torno de una regla de conflicto propia y fundamental cualquiera sea el derecho internacional privado del país sede del tribunal arbitral: la autonomía de la voluntad de las partes y, dentro de los límites exclusivamente fijados por estas, de los árbitros. Los árbitros comerciales internacionales aplicarán el derecho seleccionado por las partes, y en su defecto, serán los árbitros quienes determinarán, a través o no de una regla de conflicto, el derecho sustantivo en base al cual pronunciarán el laudo. Importantes opiniones sostienen que las partes y los árbitros no sólo pueden elegir la aplicación de “derecho” en el sentido estricto, es decir normas comprendidas dentro de un ordenamiento jurídico estructurado como tal y necesariamente perteneciente a una nación determinada; los árbitros también pueden aplicar “reglas” ya sea contractualmente creadas por las partes o “espontáneamente” originadas en el intercambio comercial internacional. Estas últimas serían los principios, usos y prácticas regularmente observados en el comercio internacional –y crecientemente revelados por los árbitros comerciales internacionales en sus sucesivos laudos- también conocidos como *lex mercatoria*. Es interesante observar que los árbitros comerciales internacionales en cierta forma “crearían” la *lex mercatoria* al evidenciar y tornar imperativas para sus partes de manera continuada a través del contenido de sus laudos las reglas y principios que la integran.

Estas concepciones, que en el caso extremo de la *lex mercatoria* reconocen a los árbitros comerciales internacionales las funciones de una verdadera jurisdicción internacional con facultades casi-legislativas, plantean una serie de difíciles interrogantes: ¿los árbitros pueden aplicar *lex mercatoria* aunque sea incompatible con el derecho imperativo o los principios de orden público del país donde se desarrolla el arbitraje, o donde habrá de ejecutarse el laudo arbitral, o

que presenta contactos estrechos o relevantes con la controversia sometida a arbitraje? ¿Los árbitros pueden aplicar *lex mercatoria* aunque las partes no lo hayan autorizado de manera expresa? ¿Las partes pueden instruir a los árbitros que apliquen o bien un derecho nacional determinado, o bien *lex mercatoria* y al mismo tiempo indicarles que habrán de hacerlo con exclusión de todo derecho nacional, por más relevantes que uno o más ordenamientos jurídicos nacionales sean para la solución del caso y por más fundamentales que sean los intereses y principios tutelados por los ordenamientos jurídicos nacionales que se intenta desplazar? ¿Hasta que punto la libertad de elección por las partes o los árbitros del derecho aplicable se encuentra limitada por criterios limitativos de la autonomía de la voluntad reconocida, en mayor o menor medida, por el derecho comparado, tales como el orden público internacional o las leyes de policía de los ordenamientos jurídicos nacionales que presentan elementos relevantes de contacto con la controversia?

Por cierto, existen numerosas opiniones encontradas acerca de como responder a estos interrogantes, y sería difícil examinarlas y pronunciarse sobre ellas sin largas disquisiciones. Desde un punto de vista práctico, la libertad de las partes y de los árbitros no tiene mayores restricciones mientras no haya intromisión por parte del Estado y sus órganos o autoridades en el proceso arbitral comercial internacional o en su resultado. En definitiva, para determinar la libertad de las partes y de los árbitros es necesario conocer hasta que punto los ordenamientos jurídicos nacionales contemplan controles efectivos sobre el arbitraje comercial internacional que permitan introducir cortapisas a tal libertad. Esos controles estatales pueden ejercerse en dos puntos: en el país donde se desarrolla el arbitraje comercial internacional y en el país donde se intenta el reconocimiento o la ejecución del laudo resultante.

El más somero de los estudios del derecho comparado revela que durante los últimos treinta años los Estados han reducido ambos controles sobre el arbitraje comercial internacional de manera considerable. En la práctica, en muchos casos, ni aún tratándose de arbitrajes de derecho interno, tales controles han sido demasiado estrictos ni mucho menos asfixiantes. Es decir los Estados en general parecen dispuestos a reconocer gran autonomía al arbitraje, y en particular al arbitraje comercial internacional, que es tanto como decir que los Estados reconocen con gran amplitud la libertad de las partes para organizar la solución de sus controversias eventuales a través del arbitraje y de los árbitros para resolverlas mientras no infrinjan los límites acordados por las partes.

La Argentina, por ejemplo, es una confirmación de esa aseveración. Su Arg. CP – cuyas reglas referentes al arbitraje datan en su mayoría de la primera versión de este Código de 1967- contempla normas aplicables indiferenciadamente tanto a los arbitrajes comerciales domésticos cuanto a los internacionales que se desarrollan o laudan en la Argentina. Tratándose del arbitraje de derecho o estricto (arbitraje *de jure*) las partes tienen libertad para derogar las procesales previstas en el Arg. CP, salvo aquellas (tales como el requisito del compromiso o el régimen de impugnación del laudo) que son notoriamente de composición, ni los árbitros ni las partes están sujetos a forma procesal alguna, de manera que si

las partes nada han estipulado al respecto, los árbitros tienen total libertad para fijar el procedimiento (Arg. CP, art. 769).

Las partes tienen absoluta potestad en el arbitraje de derecho para renunciar, aún antes de iniciado el proceso arbitral, a todo recurso de apelación destinado a revisar el fondo del laudo arbitral (Arg. CP. Art. 758). Los únicos recursos irrenunciables son los disponibles para obtener la nulidad del laudo si los árbitros han laudado fuera del término para hacerlo, sobre puntos no acordados por las partes, o si han violado la garantía de defensa en juicio (Arg. CP. Art. 760). En el caso de la amigable composición, los recursos de apelación no son permitidos y sólo es posible entablar una acción de nulidad por los dos últimos motivos precedentemente indicados en relación con el arbitraje de derecho (Arg. CP. Art. 771).

Tanto en la amigable composición como en el arbitraje de derecho, también son irrenunciables los recursos al juez para obtener el otorgamiento del compromiso si cualquiera de las partes infundadamente se opusiera a ello (Arg. CP. Art. 742) y para obtener la remoción del árbitro que ha rechazado su recusación (Arg. CP. Art. 747). Fuera de este último caso, las resoluciones interlocutorias de los árbitros de derecho y de los amigables componedores son irrecurribles (Arg. CP. art. 758). Además, si se ha planteado como cuestión previa por cualquiera de las partes que el litigio sometido a arbitraje no es arbitrable, el plazo para laudar queda suspendido hasta tanto el juez estatal se haya pronunciado sobre la arbitrabilidad o no de la controversia (Arg. CP. Art. 752). Es también cosa generalmente aceptada que en caso de violación de principios fundamentales de orden público, un recurso o acción de nulidad contra el laudo es siempre posible tanto en caso del arbitraje de derecho cuanto de la amigable composición. Contra la decisión judicial definitiva confirmatoria de un laudo que se estima violatorio de ciertas garantías constitucionales fundamentales también es procedente interponer recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

De lo arriba expuesto cabe concluir que salvo si se trata de un arbitraje de derecho en el cual las partes no hubieran renunciado a los recursos de apelación, en la Argentina no existe una vía de revisión por ante los jueces estatales basada en que los árbitros comerciales internacionales que sesionan en la Argentina no aplicaron derecho internacional privado argentino para determinar el derecho aplicable, o aplicaron mal un determinado derecho, incluido el argentino o, en definitiva, decidieron mal la controversia. En consecuencia, si las partes o los árbitros seleccionaron un derecho o reglas cuya aplicación no estaba indicada por el derecho internacional privado argentino, no existe forma de revisar esa solución por ante la justicia estatal de ese país.

Distinta es la solución si el contenido del derecho o de las reglas aplicados por los árbitros comerciales internacionales que laudan en la Argentina –o la sustancia misma del laudo– son violatorios del orden público internacional argentino es decir de principios básicos y fundamentales que subyacen al ordenamiento jurídico argentino y que por ello encarnan intereses o principios

vitales para la sociedad argentina o de normas de policía, de aplicación necesaria al caso por tutelar intereses de similar importancia. Como hemos dicho, y aunque no previsto expresamente en el Arg. CP., tal recurso siempre será posible en relación con un laudo arbitral. Existirá también violación del orden público internacional argentino si mediante el derecho o reglas elegidos se trata de tornar arbitrables cuestiones que no lo son conforme al derecho argentino. Obsérvese además que si en el curso del proceso arbitral se ha argumentado la falta de arbitrabilidad bajo el derecho argentino de la cuestión sometida a arbitraje, el dictado del laudo quedará suspendido, y cualquiera sea derecho al cual las partes pretendieron someter esta cuestión, será decidida por los jueces estatales argentinos exclusivamente conforme al derecho argentino (Arg. CP art. 752). Si la cuestión de falta de arbitrabilidad es planteada al oponerse una de las partes a la suscripción del compromiso, la necesaria intervención del juez argentino para decidirla se producirá aún antes de iniciado el proceso arbitral (Arg. CP. Art. 742).

No obstante, puede aducirse que el orden público internacional argentino sólo se torna relevante cuando la controversia tiene algún contacto significativo (*Bienenbeziehung*) con la Argentina. Si, por ejemplo, la única vinculación con la Argentina es que el arbitraje habrá de desarrollarse en la Argentina, podría afirmarse que no existe interés suficiente para que los jueces argentinos reivindiquen la aplicación del orden público internacional de ese país. ¿Pero que ocurriría si el orden público internacional extranjero con el cual controversia si presenta lazos relevantes? Esta es cuestión ardua de responder. El ordenamiento jurídico argentino sanciona la evasión fraudulenta del derecho extranjero operada por la selección por las partes de un derecho distinto con ese objetivo. Si el juez argentino entiende que tal principio forma parte de su orden público (y, por cierto, si el orden público internacional que se pretendió evadir no es incompatible con el orden público internacional argentino), podría entenderse que el juez argentino estará dispuesto a invalidar un laudo arbitral dictado en la Argentina en violación del orden público internacional extranjero perteneciente a un ordenamiento jurídico con el cual la controversia se encuentra relevantemente vinculada. Estas son, sin embargo, tan sólo especulaciones, no confirmadas aún por la jurisprudencia. Por otra parte, debe advertirse que en casos como el ejemplificado, se corre el riesgo que el juez argentino no entienda aplicable el orden público internacional argentino ni esté dispuesto a aplicar el orden público internacional del país con el cual la controversia presenta contactos de relevancia y, en consecuencia, que el laudo quede totalmente excluido de control en cuanto a su sustancia.

Es concebible, en determinadas circunstancias, que la mera aplicación por los árbitros de la *lex mercatoria* como fundamento de su laudo permitiría obtener su nulidad ante un juez argentino se entiende que, al aplicarla, los árbitros se han excedido en sus funciones.

Un primer ejemplo sería si las partes han acordado un arbitraje de derecho y el tribunal arbitral con sede en la Argentina decide el caso basándose en la *lex mercatoria*. Si las partes han elegido un derecho nacional determinado podría

sostenerse que la aplicación de la *lex mercatoria*, al menos cuando se la prefiere sobre el derecho nacional elegido, implica un desborde de la función arbitral más allá de lo deseado y autorizado por las partes. En ese caso, por imperio del art. 760 Arg. CP., podría obtenerse la invalidación del laudo por ante el juez argentino.

Sin embargo, las cosas no siempre resultan ser tan simples. Numerosos reglamentos o textos legislativos en materia de arbitraje comercial internacional, tales como las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [art. 13 (5)] de las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) [art. 33 (3)], las Reglas de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial [art. 33 (3)], la reciente legislación peruana (Per. Ley Gen. Arb. art. 103) y la Ley Modelo de la CNUDMI [art. 28 (4)], fuente inspiradora en este aspecto de la legislación peruana, prevén que los árbitros también tendrán en cuenta al decidir la controversia los usos del comercio internacional. De manera que si las partes han establecido que su arbitraje se desarrollará conforme a cualquiera de tales reglas, estas son por algún otro motivo aplicable, el árbitro o árbitros no podrán, salvo que las partes les hubieran cursado instrucciones expresas en sentido contrario, dejar de considerar la aplicación de tales usos pese a que en la cláusula contractual de selección del derecho aplicable aquellas se hayan sólo referido a un derecho nacional determinado. Esta circunstancia origina una serie de problemas interpretativos acerca de la naturaleza de la *lex mercatoria* y de los usos y prácticas del comercio internacional. Si se los considera como normas de derecho imperativo propias del comercio internacional cuya aplicación se impone por el solo hecho de la naturaleza internacional del arbitraje comercial, es concebible su aplicación aunque esta implique desplazar el derecho nacional aplicable.

El juez argentino no se ha pronunciado aún al respecto, pero la jurisprudencia francesa, en casos que ya hemos mencionado, decidió no aplicar el derecho nacional que regía la capacidad para contratar de un ente público extranjero por entender que la incapacidad para arbitrar contenida en el derecho extranjero era meramente de orden público interno y que los intereses del comercio internacional exigían la incorporación del principio inverso de que los entes estatales tienen capacidad para pactar el arbitraje cualquiera sea la distinta solución prevista en los derechos nacionales. En sentido similar son relevantes los casos ya referidos en que juez francés se pronunció favorablemente sobre la autonomía del acuerdo arbitral respecto de la relación jurídica subyacente o acerca de la validez de un laudo extranjero desprovisto de fundamentos, aunque distinta hubiera sido la solución si se hubiera tratado de un arbitraje doméstico o de un laudo pronunciado en Francia. Una parte importante de la doctrina de ese país interpretó que el tribunal francés había consagrado la aplicación de una norma de la *lex mercatoria* nacional en un caso al cual, por su carácter internacional, no era dable extender la aplicación extraterritorial de normas internas consideradas incompatibles con los intereses del comercio internacional. Los propios tribunales nacionales estarían reconociendo entonces la existencia de una *lex mercatoria* nacional al menos en casos donde las partes no han seleccionado exclusivamente la aplicación de un derecho nacional. Se interpreta

que el derecho francés permite la elección de la *lex mercatoria* por las partes porque los árbitros deben resolver el litigio “...conforme a las reglas de derecho que las partes han escogido”, sin perjuicio, además, de “...tener en cuenta en todos los casos de los usos del comercio”. (Fr. Cod. Pr. Civ. Art. 1496). La jurisprudencia francesa ha decidido además que la aplicación al fondo del litigio de la *lex mercatoria* por los árbitros no es razón para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral comercial internacional en virtud del orden público internacional francés. Al mismo resultado parece tender la jurisprudencia inglesa reciente.

En cambio, si se interpreta que los usos y prácticas del comercio internacional, lejos de ser normas imperativas, son normas meramente interpretativas o, como máxima concesión, supletivas, el juez estatal que entiende en la apelación no podría convalidar un laudo que decida desplazar la aplicación del derecho elegido por las partes aduciendo su incompatibilidad con la *lex mercatoria*. Tales usos y prácticas sólo podrían ser tenidos en cuenta para interpretar las cláusulas contractuales o las disposiciones del derecho aplicable, o eventualmente para colmar lagunas en cualquiera de ellos, pero no para excluir su aplicación. Esta interpretación también tendría la virtud, al asignar funciones respectivas y distintas esferas de influencia al derecho nacional aplicable y a los usos y prácticas del comercio internacional, de ajustarse mejor a las disposiciones de los reglamentos o texto citados, donde no se asigna preferencia alguna a la aplicación de los usos y costumbres sobre el derecho nacional aplicable, ni viceversa.

Si las partes se han mantenido silenciosas en cuanto al derecho aplicable, también es cuestionable que los árbitros puedan, llegado al momento de laudar en un arbitraje comercial internacional, aplicar sin más la *lex mercatoria* sin riesgo de que el juez argentino pueda invalidar el laudo por ese motivo. Si el arbitraje es de derecho, las dudas existentes acerca de si la *lex mercatoria* es derecho podría justificar la invalidación del laudo sobre la base de que los árbitros no han respetado la voluntad de las partes al no haber decidido la controversia conforme a “derecho”; en esa orden de ideas, la parte interesada en aducir la nulidad podría también con posibilidades de éxito que la *lex mercatoria* es tan vaga y flexible que el árbitro que se guía por esta al laudar decide en realidad conforme a su leal saber y entender y, de esa forma, transforma el que hubo de ser, conforme a la voluntad de las partes, un arbitraje de derecho, en una amigable composición.

De las consideraciones precedentes efectuadas en torno al actual derecho argentino en materia de arbitraje, surge que si se lo considerara como arquetipo, los jueces estatales gozarían de variadas posibilidades de controlar el procedimiento y el laudo arbitrales que se desarrollan o se dictan dentro del ámbito territorial donde ejercen su jurisdicción, aunque el ejercicio efectivo de sus potestades referentes al control del contenido del laudo dependerá en larga medida del criterio individual de los jueces y, particularmente, de sus concepciones referentes al contenido del orden público internacional y a la aplicación de normas rigurosamente obligatorias (leyes de policía) propias o extrañas. Esta aseveración es también aplicable a ordenamientos jurídicos en

materia de arbitraje más modernos y liberales, como el francés, pese a sus notorias diferencias con el argentino y a la circunstancia que el derecho y la jurisprudencia franceses no permiten a la justicia estatal una intervención tan pronunciada en el proceso arbitral como la actualmente posible bajo el derecho argentino y en general son claramente favorables a la *lex mercatoria*. En cambio, ambos derechos se distancian notablemente del modelo belga, o suizo, en tanto y cuanto en dichos países, tratándose arbitrales comerciales, calificados de internacionales (conforme a una muy amplia definición del término) que se desarrollan bajo su jurisdicción, el acceso a los recursos para obtener la nulidad del laudo se encuentra excluido, según sea el caso, de pleno derecho o si así lo disponen las partes. Este último aspecto está ligado a otro punto que resta por considerar. Los principios que rigen el control estatal sobre el reconocimiento y la ejecución en un país de laudos “extranjeros” o “considerados extranjeros”<sup>1</sup>.

Si continuamos el examen del derecho argentino, observaremos que sus normas internas al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (Arg. CP. Arts. 515-519bis) son liberales (en muchos casos más que las previstas en los tratados de los que la Argentina es parte). En síntesis, los requisitos contemplados en el Arg. CP de una forma se reducen a los siguientes (i) el laudo extranjero no debe ser violatorio de los “principios de orden público del derecho argentino” (expresión que constituye otra manera de designar el orden público internacional argentino), incluidos los de debido proceso y los que rigen la arbitrabilidad del litigio, (ii) el arbitraje extranjero al cual corresponde el laudo en cuestión no debe haber sido pactado en casos donde procede la jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos (que son muy contados), (iii) las normas que en determinados casos impiden la prórroga de la jurisdicción en favor de árbitros que sesionan fuera de la Argentina deben haber sido respetadas y (iv) el extranjero debe encontrarse revestido de “autoridad de cosa juzgada” en el país donde fue dictado. Conforme al derecho argentino, el juez que entiende en el reconocimiento o ejecución del laudo extranjero no puede volver a juzgar las cuestiones decididas por los árbitros, ejercer controles de derecho internacional privado (salvo la compatibilidad del laudo con el orden público internacional y las leyes de policía que sean relevantes) sobre el derecho aplicado por los árbitros, el que rige el acuerdo arbitral o la capacidad de las partes para celebrarlo, o el aplicable al proceso arbitral.

---

<sup>1</sup> En principio, un laudo es “extranjero” en relación con un país (F1), si fue dictado en otro país (F2). En consecuencia, las reglas para reconocer y ejecutar laudos extranjeros de F1 se ponen automáticamente en movimiento al someterse a la consideración de sus tribunales un laudo dictado en F2 aunque el laudo no se refiera a un arbitraje comercial internacional, es decir, aunque el laudo dictado en F2 sea totalmente “total” porque las partes y la relación jurídica en la que se originó la controversia se encuentran totalmente localizadas en F2. Teóricamente, entonces podría distinguirse entre laudo extranjero (según el lugar donde fue dictado) y laudo comercial internacional (según que se haya dictado o no a raíz de un arbitraje comercial internacional). Obsérvese que en principio las disposiciones del artículo 5 de la Convención de Panamá sólo se aplicarían a laudos dictados dentro del marco de “arbitrajes comerciales internacionales” pues aquella - a diferencia de la Convención de Nueva York - sólo se aplica a tales arbitrajes.



Salvo por el requisito de la cosa juzgada (cuya aplicación estricta al laudo extranjero, al menos en lo que respecta a la cosa juzgada material, es discutible bajo el derecho argentino), puede afirmarse que el régimen interno argentino en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros es aún más favorable que el de la Convención de Nueva York, del cual la Argentina es parte, pues pese a favorecer claramente el reconocimiento y ejecución extraterritoriales de los laudos arbitrales, ésta aún hoy permite al juez competente ejercer ciertos controles en materia de derecho aplicable.

¿A que se debe que tanto el derecho argentino – que en ese aspecto refleja el de muchos otros países- como la Convención de Nueva York sean tan favorables al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros? Como lo ha señalado Michael Reisman, la razón para ello es que cada país tiene confianza suficiente en los controles ejercidos sobre el laudo y sobre el proceso arbitral que lo precedió por las autoridades del país de origen como para razonablemente presumir que fue dictado bajo suficientes garantías de justicia y debido proceso. Es el mismo principio sobre el que radica el reconocimiento en un país de la sentencia pronunciada por los jueces de otro país, y que tiende a asegurar tanto la economía en el ejercicio de la actividad jurisdiccional cuanto a impedir una prolongación desmedida del esfuerzo de las partes para alcanzar manera definitiva la decisión del litigio que las separa.

Se le atribuye a los árbitros la misma capacidad reconocida a los jueces de resolver de una sola vez y en un solo lugar el litigio. A partir de la presunción de que los árbitros deciden dentro de un marco adecuado de controles estatales suministrados por el lugar del arbitraje que aseguran la calidad de la justicia administrada por los árbitros, se le reconoce *ab initio* al laudo –sujeto tan sólo a controles mínimos por parte del foro donde es invocado- plenos efectos extraterritoriales. Por ese mismo motivo, también se suelen reconocer efectos extraterritoriales universales a la decisión de los tribunales estatales donde el laudo fue dictado que decreta su nulidad. Esto último también obedece al principio de economía procesal y a la necesidad de evitar a las partes el penoso y costoso esfuerzo de tener que litigar una y otra vez ante los tribunales de cada donde se persigue la ejecución del laudo cuya validez se cuestiona. Tales principios rectores son los inspiradores del artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York, por el cual el juez del foro puede denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero que ha sido declarado nulo o cuya ejecución ha sido suspendida en el país donde fue dictado o conforme a cuyo derecho ha sido dictado.

Es de preguntarse si la actual corriente de pensamiento originada en mundo de los negocios y en ciertas esferas profesionales y académicas que postula la máxima reducción de todo tipo de controles estatales sobre el arbitraje comercial internacional, y que puede llevar ya sea a su exclusión total –como, según sea el caso, lo determinan o permiten las legislaciones belga y suiza- o a su aplicación laxa por jueces excesivamente benevolentes no conducirá al efecto seguramente no querido de perjudicar el delicado equilibrio entre la liberalidad con la que se suele conocer efectos extraterritoriales al acuerdo arbitral o al laudo que es su

fruto, y el sistema de controles en el país de origen, que permite aligerar los disponibles en el foro donde el reconocimiento o la ejecución del laudo son perseguidos. En otras palabras, la excesiva reducción o eliminación de controles sobre el proceso arbitral y el laudo en el lugar del arbitraje los tornará menos confiables extraterritorialmente e inducirá a la introducción de controles más rigurosos sobre el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. El primer perjudicado por esa situación será el arbitraje comercial internacional, con inevitables repercusiones negativas en el comercio internacional.

Cabe destacar que una de las motivaciones que explican legislaciones como la suiza o la belga es de naturaleza puramente económica. La liberación de los controles sobre el arbitraje internacional en esas jurisdicciones obedece al deseo de atraer la realización de ese tipo de arbitrajes dentro de su órbita nacional y lograr de esa manera importantes beneficios económicos a través del pago de honorarios o derecho a profesionales o árbitros o instituciones arbitrales locales, hotelería y, en general, consumo de bienes y servicios en tales países. A mayor liberación de controles, más atractivos serán considerados esos foros como los medios de negocios para pactar en ellos la realización de arbitrajes comerciales internacionales. Cabe preguntarse si es lógico o simplemente “lícito” anteponer ese tipo de intereses o consideraciones al ejercicio de prudentes controles sobre el arbitraje comercial internacional en los que estriba, en definitiva, buena parte de su confiabilidad extraterritorial y sin los cuales el arbitraje comercial internacional puede convertirse en los soportes totalmente autónomo de esquema normativo exclusivamente orientado a satisfacer los intereses de los medios de negocios internacionales sin garantía alguna de que otros intereses igualmente afectados y por cierto no menos importantes sean adecuadamente resguardados o protegidos.

Es de esperar entonces que la tendencia excesivamente liberalizada en materia de controles por el Estado del lugar arbitraje comercial internacional basada en el interés económico de atraer la mayor cantidad de arbitrajes posibles al país respectivo (de la cual los casos belga y suizo son notorios ejemplos) sea revertida, pues en caso contrario no sería extraño presenciar en un futuro inmediato un endurecimiento de las barreras ya existentes en los distintos países para el reconocimiento y ejecución de laudos dictados fuera de sus fronteras.

**Bibliografía**

- NAÓN, H. Grigera. *Choice of law problems in international commercial arbitration*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Arbitration in Latin America: overcoming traditional hostility (An Update)*, 22 *Inter-American Law Review* p. 203-257, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Argentine law and the ICC Rules: a comment on the Ecofisa Case*, 3 *World Arbitration Report*, p. 100-103, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Arbitration in Latin America: recent developments in: Mexico and Colombia*, 4 *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 263-281, 1990.
- MACNEIL, Ian R.. *American arbitration law*. Oxford University, 1992.
- REISMAN, W. Michael. *Systems of control in international adjudication and arbitration*. Duke University, (1992).
- \_\_\_\_\_. *Arbitration Report*, p. 100-103, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Arbitration in Latin America: recent developments in: Mexico and Colombia*, 4 *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 263-281, 1990.
- R. MACNEIL, Ian. *American arbitration law*. Oxford University, 1992.
- REISMAN, W. Michael. *Systems of control in international adjudication and arbitration*. Duke University, (1992).

