

Enersis/Pecom

Sentencia N° 161.-
Min. Red.: Dr. Sosa.

Montevideo, 18 de junio de 2003

VISTOS:

Para sentencia este proceso que por Acción de Nulidad de Laudo Arbitral siguen Enersis S.A. y otros contra Pecom Energía S.A. y otra (F. 222/02).

RESULTANDO:

I.- A fs. 1604-1632 se presenta Jorge Felipe Lussich en representación de: a) Enersis SA, sociedad constituida y domiciliada en la República de Chile y su sucursal (o agencia) en las Islas Caymán, b) Enersis Internacional (ex Enersis International Limited), sociedad constituida y domiciliada en el territorio británico de las Islas Caymán, c) Chilectra SA, sociedad constituida y domiciliada en la República de Chile y su sucursal (o agencia) en las Islas Caymán y d) Empresa Nacional de Electricidad SA, sociedad constituida y domiciliada en la República de Chile, entablando recurso de nulidad contra la totalidad del laudo arbitral dictado en juicio arbitral seguido contra las compañías Pecom Energía SA (Argentina) y PCI Power Edesur Holding Limited (Bermuda) fundado en lo que prevé el art. 499 del CGP y argumentando, lo que en síntesis se relaciona seguidamente.

El laudo fue dictado el día 2 de setiembre de 2002, por Tribunal Arbitral constituido de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), integrado de Claus von Wobeser (designado por la Corte Internacional de Arbitraje) como presidente, Nicolás Gamboa (co-árbitro designado por la demandante) y Conrado Hughes Delgado (co-árbitro designado por la demandada). El laudo fue dictado con los votos en mayoría del presidente y el co-árbitro Gamboa, con la disidencia de Hughes.

En cuanto al procedimiento de arbitraje, relaciona que el 30 de mayo de 2000 ante la Secretaria General de la CCI con sede en París, se presentó demanda contra sus representadas (Grupo Enersis/Chilectra) por las hoy accionadas (Grupo Pérez Companc); contestó y dedujo reconvenición; en el acta de misión (de conformidad con el art. 18 del Reglamento) entre otros extremos se fijó como sede del arbitraje la ciudad de Montevideo. Ello determina la competencia de los tribunales uruguayos para entender en el recurso y es de aplicación la legislación procesal uruguaya. Funda ello en que el art. 14.1 del Reglamento de la CCI dispone "La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido" y por el art. 25.3 se señala "El laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje y en la fecha en que él se mencione". La sede arbitral determina la jurisdicción estatal en la cual puede impugnarse el laudo.

La Convención de Nueva York de 1958 (Sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), vigente entre otros países para el nuestro así como Argentina y Chile, expresa en el art. V.1. inc. e) que se podrá denegar el

reconocimiento y la ejecución de un laudo cuando se prueba "que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada, o suspendida por una autoridad del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia". Idéntica regla contempla la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá (30 de enero de 1975) cuyo art. 5 num. 1 dice: "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución: ...e) Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia". La doctrina es conteste en cuanto a que la expresión "conforme a cuya ley haya sido dictada" que contienen las dos convenciones citadas se refiere a la legislación procesal directa o subsidiariamente aplicable al arbitraje. Criterio que también es recogido en el Acuerdo Sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (art. 22 inc. 1: "El laudo o sentencia arbitral sólo podrá impugnarse ante la autoridad judicial del Estado Sede del Tribunal arbitral mediante una petición de nulidad"). Relaciona asimismo lo que prevé el art. 501.1 CGP.

Establece que el litigio se sustanció en torno a pretensiones adversas esgrimidas respecto de contrato celebrado el 21 de febrero de 1992, caracterizado durante el proceso arbitral como un pacto de sindicación de acciones, o acuerdo parasocial, y estaba destinado a regir "inter partes" sobre los principales aspectos del gobierno y administración de dos sociedades anónimas argentinas: Distrilec Inversora SA y Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (Edesur SA). Distrilec fue constituida en junio de 1992 (cuatro meses después de celebrarse el contrato) y su objeto fue participar en el concurso público nacional e internacional para la venta del paquete mayoritario de Edesur, compañía a la cual el Estado argentino otorgó la concesión del servicio público de distribución de electricidad en la zona sur de la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, todo ello en el marco de la privatización de la antigua SEGBA (Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires).

La pretensión principal del Grupo Pérez Companc (párr. 1 del lit. D de Acta de Misión) solicita se declare que el Grupo Pérez Companc y el Grupo Enersis/Chilectra deben conservar igual cantidad de directores en el directorio de Distrilec; por su parte el Grupo Enersis/Chilectra por vía reconvencional (lit. E Acta de Misión) pidió se declare la rescisión del contrato y los acuerdos relacionados, con respaldo en uno o más de los siguientes fundamentos: a) la falta de un plazo de duración determinado en el contrato; b) la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, en cualquiera de sus formulaciones, debido a la alteración de las bases del negocio; c) la aplicación de la teoría del abuso del derecho. Dentro de los puntos comprometidos que el Tribunal Arbitral debía resolver, el punto litigioso N° 1 era el más importante, en tanto que, de su resolución en uno u otro sentido dependía que el resto de los puntos litigiosos fuesen considerados. Los subsiguientes puntos partieron del supuesto de que la respuesta a la primera pregunta fuese negativa.

Frente a una conclusión en el sentido de que nunca se había pactado un plazo de vigencia del convenio de accionistas, el derecho de fondo aplicable (derecho argentino) forzosamente consagraba el derecho de su parte a obtener la rescisión tal como lo destaca el Laudo en su cap. IX, párr. 31. El texto del contrato no establece plazo alguno para su vigencia, lo cual fue reconocido por ambas partes litigantes y por el propio Laudo.

Las argumentaciones que las partes manejaron con relación al plazo contractual fue en primer lugar la de la contraparte en su demanda que sostuvo la inexistencia de plazo lo que indica claramente que la intención de las partes -dijo- fue regirse por las disposiciones del contrato durante toda la vida de la sociedad inversora. Pero tal afirmación fue dogmática desde que no se dijo por qué la ausencia de plazo en el convenio de accionistas debía dar como resultado necesario la aplicación sin más del plazo de duración de la sociedad, sabiendo que la aplicación supletoria y por principio del plazo social al contrato parasocial es rechazada por la doctrina más recibida.

Por tal razón su parte se limitó a rebatir tal posición teórica en algunos de sus escritos posteriores y en el alegato se recordó que la posición inicial de los demandantes había cambiado ya que en la réplica de 12 de octubre de 2000 Pecom Energía pasó a afirmar que había un plazo implícito y que éste era el de la concesión de Edesur e igual posición tomó en el escrito de 8 de enero de 2001 y en el alegato oral de 12 de noviembre siguiente.

La situación descrita cambió radicalmente el 14 de diciembre de 2001, cuando las partes presentaron sus alegatos escritos, que eran la última actuación procesal contemplada en el acta de misión y anexo, cuando el Grupo Pérez Companc cambia las alegaciones de hecho construyendo la historia de que las partes se habrían puesto de acuerdo, cuatro meses después de firmar el contrato y al constituirse Distrilec, para incorporar "tácitamente" como plazo del contrato parasocial el plazo de duración de dicha sociedad, fijado por los estatutos en 99 años. Su parte no tuvo oportunidad de rebatir tal construcción. Y el laudo en mayoría, lejos de desechar tan inverosímil y extemporánea historia termina recogiendo ese relato y haciendo del mismo la piedra basal sobre la cual se asienta todo el razonamiento decisorio, al menos en cuanto respecta el punto litigioso más importante; además afirma que la "incorporación" del plazo estatutario al contrato había operado en cumplimiento de la cláusula 2.11 cuyo texto reza: "Estatutos. Las partes se comprometen a incorporar y/o reflejar, en la mayor extensión que sea posible, en los estatutos de la sociedad inversora los acuerdos aquí alcanzados", extremo sobre el cual existía acuerdo durante todo el arbitraje relativo a que tal previsión jamás se cumplió; el laudo procura infructuosamente ocultar el hecho de que se ha basado en argumento fáctico extemporáneo, aludiendo en algunos de sus párrafos a supuestos "argumentos y documentos" pero que no individualiza.

Habiéndose consumado una grosera violación del debido proceso y una extralimitación palmaria de las facultades del tribunal arbitral, se configura nulidad

fundante del recurso. Tratándose de un arbitraje comercial internacional, su anulación es pertinente tanto por la infracción prevista en el art. 499 num. 2 CGP, como por la infracción de garantías de orden público del derecho interno que protegen los principios del debido proceso, como por la aplicación de normas expresas contenidas en tratados internacionales con fuerza de ley en la República, así como de otras que constituyen incuestionablemente la doctrina más recibida, remitiéndose sobre el particular a las consultas que adjunta, del Dr. Varela-Méndez en lo atinente a nuestro derecho interno, como del Dr. Solari en lo atinente al Derecho Internacional Privado.

Además de las ya expuestas violaciones, pone de manifiesto la configuración de inexistencia o nulidad absoluta por no haberse otorgado compromiso arbitral para el arbitraje que nos ocupa de consuno con las previsiones del art. 477 del CGP, como se establece en la consulta del Dr. Varela-Méndez. Solicita que en definitiva se declare nulo en su totalidad el laudo arbitral, por las causales expuestas y en cuanto a las condenaciones accesorias, deberá estarse a la conducta procesal de las partes, teniéndose presente que en la especie la condena preceptiva prevista por el art. 497 CGP ha sido dejada de lado por las partes en el literal H del acta de misión.

II.- A fs. 1660-1739v. la Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga en representación de Pecom Energía SA y PCI Power Edesur Holding Limited, contesta el recurso de nulidad, solicitando el rechazo del mismo en todos sus términos con costas y costos a cargo de sus promotores, así como también reclama la condena prevista en el art. 61 del CGP, exponiendo a modo de conclusiones, lo siguiente.

La cláusula de arbitraje que las partes acordaron es una cláusula válida para el derecho uruguayo y no es violatoria del orden público local.

El procedimiento elegido por las partes, el Reglamento de Arbitraje de la ICC, es una elección válida y vinculante bajo el derecho uruguayo.

El tribunal arbitral dictó su laudo conforme con el Reglamento, sin que los recurrentes invocaran violación alguna al derecho de defensa con anterioridad a dicho laudo. Por tanto, los hoy actores han consentido expresamente todo lo actuado hasta la audiencia de prueba y alegatos llevada a cabo en esta ciudad el 12 de noviembre de 2001 (e implícitamente a partir de entonces y hasta la interposición del recurso).

El laudo final tiene autoridad de cosa juzgada y es ejecutorio en tanto las partes se han obligado a cumplirlo, renunciando a todo tipo de recurso (art. 28 del Reglamento).

Se trata de un laudo internacional, en el que las partes no se encuentran domiciliadas en el territorio nacional y su objeto son derechos recíprocos de las partes en una sociedad que carece de bienes o de actividad comercial en Uruguay. El laudo final ha sido dictado conforme con el procedimiento del Reglamento ICC y mediante la aplicación de derecho de fondo extranjero. Consecuentemente, nuestro país tiene un único contacto con el presente caso: el haber sido elegido como sede del arbitraje. Debido a ello, la competencia de

nuestros tribunales queda limitada exclusivamente al examen de las formas observadas, conforme a la normativa internacional vigente aplicable en tanto no se haya violado manifiestamente el derecho de defensa de las partes.

Los requisitos de forma y los plazos que se prevén en el CGP no resultan aplicables al procedimiento que las partes libremente eligieron (Reglamento ICC), el cual determina la forma en que los árbitros, dos de los cuales también son extranjeros, deben oír a las partes y dictar su laudo.

Los recurrentes tuvieron amplia oportunidad de expresar los argumentos en defensa de sus derechos y de acreditar acabadamente todo lo expuesto, y nada han alegado y, menos aún demostrado, respecto a los derechos que se habrían visto privados de ejercer.

El tema del plazo tácito o implícito, igual al plazo de la sociedad, así como la accesoriadad del contrato respecto a la sociedad fue planteado por su parte desde el inicio, en el escrito de demanda, y en todas las instancias del proceso arbitral. Es falso que el tema del "plazo tácito" o "implícito" pueda haber sido una sorpresa para los recurrentes. El recurso de nulidad planteado conforme con el art. 499 del CGP ha sido renunciado por los recurrentes y sin perjuicio de ello, su interposición carece de efectos suspensivos.

Conforme con los Tratos Internacionales vigentes en los que Uruguay es parte, en especial la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975, la ejecución del laudo en el país en el que se la promueva deberá observar las normas procesales de dicho país, no resultando aplicables las normas procesales del Uruguay. Acompaña consultas de los Dres. Margarita de Hegedus, Luis Torello y Cecilia Fresnedo.

Pide en definitiva la desestimación del recurso de nulidad promovido con costas y costos y daños y perjuicios de conformidad con el art. 61 del CGP por la malicia y temeridad que aparecen revelando los recurrentes en la interposición del mismo.

III.- Consta además en autos:

Se convocó a audiencia (Nº 532/02) la que se cumplió con fecha 19 de marzo del corriente año conforme actuación de fs. 1741-1742.

Requerida la intervención del Ministerio Público se expidió a fs. 1744-1746.

Reanudada la audiencia (actuación de fs. 2063) se oyeron los alegatos de las partes, autorizándose la incorporación de versión escrita de los mismos, los que lucen de fs. 1747-2062 donde la parte actora incluye nueva consulta del Dr. Solari y la demandada de la Dra. Fresnedo así como conjunta de los Dres. Torello y De Hegedus, convocándose para el día de hoy a los efectos pendientes.

CONSIDERANDO:

I.- Que la Sala por unanimidad de sus integrantes dará cima a solución desestimatoria de la acción de nulidad que ocurren a postular las sociedades comerciales demandantes, no haciendo lugar a los daños y perjuicios por abuso de las vías procesales reclamada por las también sociedades mercantiles demandadas e imponiendo las costas y costos devengados a las actoras vencidas en relación a su pretensión de anulación, siendo ello así por lo subsiguiente.

II.- Liminarmente, se estima imprescindible precisar a los solos efectos instrumentales del proceso, la naturaleza procesal de este pronunciamiento pues son innegables sus proyecciones en sede de los eventuales actos ulteriores al dictado de la presente sentencia con sus fundamentos en esta audiencia, evitando inducciones en este sentido de la mera forma externa de la resolución judicial que muchas veces no se compadece con la real voluntad del Tribunal en ese sentido (sin perjuicio de que los sujetos del proceso eventualmente discrepantes introduzcan su criterio puesto que el problema siempre es de derecho como señala Tarigo (RUDP 2/99 p. 292 y ss.).

Es dable reconocer lo asaz opinable de la calificación pero liberados hoy de toda definición legal en el Código General del Proceso (a diferencia del anterior Código de Procedimiento Civil que en este aspecto obstaculizaba la labor interpretativa) y siguiendo conceptualmente a nuestro máximo procesalista el Maestro Couture (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, p. 301 y 302, 3ª Ed. Depalma, Bs. As. 1981), normalmente la interlocutoria es sentencia sobre el proceso y no sobre el derecho y tiene fuerza de definitiva cuando hace imposible de hecho y de derecho la continuación del juicio, por su parte la sentencia definitiva en cambio es la que el juez dicta para decidir el fondo mismo del litigio que se le ha sometido.

Trasladando estos conceptos al caso de autos, donde el recurso de nulidad contra arbitraje busca reparar los déficit adjetivos del mismo, juzga sobre el proceso no sobre el mérito o fondo del litigio entre las partes, ello entonces se adecua al concepto de sentencia interlocutoria (con indiscutible fuerza de definitiva). Tal solución se robustece si se tiene presente, como lo enseña Tarigo (Lecciones de Derecho Procesal Civil T. III p. 50, FCU, Mont. 1999) que la sentencia interlocutoria no decide, como en, el anterior Código de Procedimiento civil, únicamente los incidentes, sino que tiene un campo de aplicación más amplio.

La solución es discutible en la mayor parte de los ordenamientos desde que es una vía recursiva enteramente original, especial al arbitraje y que no tiene en parte alguna su análogo conforme las certeras expresiones de J. Roberts (Arbitrage civil et commercial I, p. 227, Sirey, París, 1961).

III.- La cláusula compromisoria de autos dice: "Arbitraje. En los supuestos de controversias en la interpretación y ejecución del contrato, las Partes se someterán voluntariamente a un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París ("CCI"), conforme al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de

dicha Cámara. Dicho arbitraje se realizará por un árbitro único nombrado por las partes dentro de los 10 días a partir de que una o varias Parte/s notifique a las otras que debe someter la controversia a arbitraje o, en su defecto, por la Corte de Arbitraje conforme al citado Reglamento. El árbitro será de nacionalidad, residencia y domicilio diverso al argentino, chileno y estadounidense y el arbitraje será realizado en idioma castellano. Las Partes de común acuerdo designarán el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje, caso contrario, lo decidirá el árbitro. La decisión del árbitro será inapelable. Las costas y gastos del arbitraje correrán por su orden, siendo la responsabilidad ante la CCI por los mismos, mancomunada" (fs. 287, cláusula 8.5 del contrato de consorcio y de accionistas para SEGBA distribución, de 21 de febrero de 1992).

Por acta de 24 de mayo de 2000 las partes ampliaron y modificaron la cláusula arbitral del contrato antes mencionada, acordando que el derecho de fondo aplicable a la disputa que se someterá a arbitraje será el derecho argentino (art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional); se estableció asimismo que el arbitraje quedará a cargo de tres árbitros, designándose al Dr. Gamboa y al Dr. Hughes, debiendo ser designado el tercero (presidente) por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; también se modifica lo referente a costas y costos del arbitraje que correrán por el orden causado (fs. 351-352).

En la denominada acta de misión de 28 de abril de 2001 (fs. 203-232) se relaciona el art. 8.5 del contrato sobre arbitraje y el acta de fecha 24 de mayo/00 por la cual las parte modificaron en parte la cláusula originaria; se indican los nombres de los árbitros; en cuanto al derecho aplicable al fondo de la controversia se establece el derecho argentino; se fija sede del arbitraje en estos términos: "De conformidad con el artículo 14 párrafo primero del Reglamento y en virtud de que las Partes no convinieron sede alguna, en su sesión del 23 de agosto del 2000, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI fijó la sede del Arbitraje en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay. El Tribunal arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado e incluso llevar a cabo audiencias con las partes en ciudades distintas a Montevideo, Uruguay"; sobre reglas aplicables al procedimiento se expresa en sus dos primeros párrafos: "1. De conformidad con los términos de la cláusula arbitral citada en el art. 8.5 del Contrato, las normas aplicables al Procedimiento serán aquellas que resulten del Reglamento, vigente a partir del 1° de enero de 1998. 2. En aquellas situaciones no reguladas por el Reglamento, ni acordadas previamente por las Partes, será decisión exclusiva del Tribunal Arbitral determinar las reglas aplicables. Particularmente, el Tribunal Arbitral ejercerá todas las facultades necesarias para conducir de manera eficiente el presente Arbitraje y en especial el proceso de obtención de pruebas. En todo caso el Tribunal Arbitral actuará en forma justa e imparcial y asegurándose que cada Parte tenga oportunidad suficiente para exponer su caso".

VI.- Conforme con el objeto del proceso oportunamente delimitado, el primer problema a analizar es el de la jurisdicción internacional de este Tribunal a quien se le ha planteado la acción de nulidad del laudo arbitral.

El arbitraje comercial internacional es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares; es privado, por cuanto las partes han decidido someter su diferencia a un tercero (árbitro o árbitros) y le han otorgado la facultad de juzgar (Vivien Matteo: Arbitraje Comercial Internacional, Rev. Der. Com. y de la Emp. N° 20 oct-dic/81 p. 245 y ss).

Huys-Keutgen (L'Arbitrage en Droit Belge et International, p. 431, Bruylant, Bruxelles, 1981) en una primera aproximación -que dicen particularmente extensiva- conceptúan que hay arbitraje internacional desde el instante donde todos los puntos de conexión posibles del litigio o del arbitraje mismo no designan unánimemente al mismo Estado; agregan que es necesario nada más que un aspecto del arbitraje toque a un país diferente al que se vincula el resto del caso para que el arbitraje pueda ser calificado de internacional.

Por su parte Fouchard (L'Arbitrage Commercial International, v. II, p. 23, Dalloz, París, 1965) postula que el arbitraje comercial internacional puede ser también un arbitraje desvinculado de todos los cuadros estatales, bajo normas y autoridades verdaderamente internacionales, es decir, bien que todas las expresiones sean "quelque peu barbares", supra-nacionales, extra-nacionales, o mejor a-nacionales. Es adecuada y trasladable la síntesis conceptual de Foustoucos (L'Arbitrage -Interne et International- en Droit Prive Hellenique, p. 189, Lib. Tech., París, 1976) al relevar que el carácter internacional del litigio (criterio económico) comporta necesariamente los vínculos jurídicos internacionales (criterio jurídico); nosotros debemos entender -dice- este último criterio en dos sentidos: ya sea los vínculos múltiples con las leyes estatales diferentes, ya sea los vínculos directos con una institución arbitral que opere en el plano internacional (tal cual el desarrollo del proceso arbitral según el reglamento de un centro permanente de arbitraje internacional).

En sede de calificación, de ubicar la relación en la categoría que corresponda, el laudo arbitral de autos es una "sentencia arbitral extranjera" -pone fin al conflicto oportunamente planteado resolviéndolo de alguna manera- pero no interno puesto que aún dictada en nuestro país, nuestro ordenamiento no la puede considerar nacional porque está dotada de elementos que merecen considerarla como extranjera (especialmente para las sentencias dictadas dentro de su propio territorio, el juez nacional podrá recurrir como elementos extranacionalizantes al procedimiento seguido o a la naturaleza del litigio -Matteo, op. cit., loc. cit.-); así en la sub lite, se pronunció en procedimiento desprendido de toda ley nacional (Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje -reglamento privado-), las partes tienen sus domicilios y lugar de negocios fuera de Uruguay involucra un contrato celebrado y con ejecución en el extranjero en concordancia con normas no nacionales, así como eventualmente se ejecutará concretamente en la República Argentina; la internacionalidad se deriva claramente de la institución actuante (Corte Internacional de Arbitraje), de la constitución del Tribunal Arbitral y como se señaló de la naturaleza de la controversia; no se da en nuestro país ninguno de los tres efectos clásicos de la sentencia extranjera

-superado hoy el criterio relativo a que el pronunciamiento arbitral poseía carácter convencional siendo mandatarios de las partes los árbitros como menciona Robert en *Traité de L'Arbitrage Civil et Commercial* p. 200, Sirey, París 1937- que analiza la doctrina internacionista como el de ejecución, de cosa juzgada principal o de prueba -Alfonsín: *Fuerza probatoria de las sentencias extranjeras y el exequátur*, LJU T. 18 sec. 2 p. 61 y *Escritos Jurídicos T. III FCU* p. 55-, pero es innegable su calidad de decisión obligatoria conforme con las respectivas proposiciones de las partes vinculadas sin perjuicio de las resultancias del propio laudo que habla por sí de la naturaleza decisoria o de juzgamiento. Como acto, con las limitaciones y circunstancias que en él concurren por el origen paccionado del poder de los árbitros, produce igualmente efectos sustantivos y procesales equivalentes al de las decisiones de los tribunales jurisdiccionales estatales. El centro o institución permanente de arbitraje obviamente no ejerce función jurisdiccional, está sometido a un régimen de derecho privado y sus decisiones orgánicas no son actos jurisdiccionales, siendo su naturaleza contractual (contrato de arbitraje -dación y recepción de árbitros-) conforme señalan Chillón-Merino (*Tratado De Arbitraje Privado Interno E Internacional*, p. 564, 2ª ed., Civitatis, Madrid, 1991).

A nuestro orden jurídico como antes se expresó, le corresponde calificar el laudo o la sentencia arbitral como tal, por ser el Estado donde se dictó la misma y calificado como internacional el arbitraje, es de aplicación el derecho positivo de las convenciones de las que el país forma parte, siendo éstas las normas de la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 10 de junio de 1958 y Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 30 de enero de 1975.

Frente a la pregunta si los jueces nacionales tienen la competencia necesaria para conocer una acción contra un laudo como el de autos, en primer lugar, debe tenerse presente que la injerencia total de los órdenes jurídicos estatales en la regulación del arbitraje es algo pernicioso (atento a la función que en el derecho en general cumple el arbitraje), pero también lo es su prescindencia total; los jueces estatales se erigen en autoridades de apoyo o control de segundo grado.

La autonomía del proceso arbitral no implica su intangibilidad respecto a las situaciones indispensables de fiscalización jurisdiccional.

Aplicando la Convención de Nueva York, aún cuando las partes hayan elegido una determinada ley procesal extranjera o un reglamento de arbitraje (como en este caso), se impone que el laudo arbitral debe ser válido en el país de origen, la libertad concedida en la materia procesal a través del art. V.1.d. se encuentra limitada por los amplios poderes concurrentes del juez de dicho Estado de origen, quien tiene la facultad de intervenir en la acción de nulidad que se instaure (Santos Belandro: *Arbitraje comercial internacional*, p. 37, 3ª Ed. Oxford, México, 2000).

Se comparte también el criterio jurisprudencial francés que menciona Fouchard (op. cit. p. 327) relativo a que el lugar del arbitraje está considerado como un índice, suficiente por sí sólo, de la voluntad de las partes en sujetarse a la ley

aplicable, o, si se prefiere un análisis "objetivista" de la autonomía de la voluntad, de la localización efectiva del arbitraje.

Interesa tener en cuenta el estado actual de la discusión sobre tan importante problemática.

Conforme enseñan ilustrados autores (Chillon-Merino, op. cit. p. 1000-1001): "¿Cabe entablar contra una sentencia arbitral no considerada como doméstica un recurso directo? ¿Tienen los tribunales nacionales la competencia necesaria para conocer en vía de recurso acerca de una sentencia extranjera? Dos consideraciones previas nos ayudarán a reflexionar sobre este punto:

a) El control sobre una sentencia arbitral refleja el interés del ordenamiento por verificar las circunstancias en que se ha producido el fallo, porque los elementos del arbitraje están conectados a un orden jurídico determinado, que es el propio del país en que se ejerce dicho control, por medio de una vía de recurso o en procedimiento de exequatur o de ejecución. Cuando el arbitraje y la sentencia han sido sometidos a un ordenamiento no doméstico, a través de un procedimiento no necesariamente nacional, y la relación debatida no interesa al orden jurídico nacional, o las partes, o el objeto de la controversia no tienen nada que ver con el ordenamiento del país, realmente éste carece de legitimación y sobre todo de interés en juzgar acerca de la regularidad de la producción de la sentencia. Su actitud puede ser de inhibición ([N] este fue el tema que se planteó en el famoso asunto Gotaverken de la Corte de Apelación de París. En este orden de ideas, algunos ordenamientos nacionales han llegado a más: suprimir totalmente el recurso de anulación contra sentencias extranjeras, que nada tienen que ver con el ordenamiento del país en que se produce. La Ley de 3 de febrero de 1985 de Bélgica es ilustrativa a este respecto. Il. van Houte: "La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international ", RA, 1986, págs. 29-42. En contra, las legislaciones de Suiza y Holanda. P. Pudín: RA, 1988, pág. 51; P. Sanders: Journal of Business Law, 1987, pág. 411. La exclusión de toda vía de recurso contra las sentencias extranjeras sólo es aceptable en la medida que el procedimiento de exequatur está organizado de tal manera que permita ejercer un control, no meramente formal de la sentencia. Así el NCPC francés, considerando que lo que se puede llamar sobre el plano nacional recurso de anulación, no es sobre el plano internacional, más que un control ejercido sobre el otorgamiento del exequatur) para el supuesto de los recursos entablados directamente contra la sentencia o de flexibilidad, en cuanto a la extensión del control ejercido a través del exequatur, cuando se solicita la homologación de la sentencia en el ordenamiento doméstico.

b) En segundo lugar, el hecho de que una sentencia extranjera sea reconocida a través del trámite del exequatur podría ser considerado como suficiente control, evitando, por consiguiente un recurso directo contra ella ([N] El Proyecto de UNIDROIT pretendía la existencia de un único control a través del exequatur otorgado en el país de origen de la sentencia, sujeto únicamente a la reserva del orden público en el país en que se solicita el reconocimiento y ejecución. Parece excesivo, sin lugar a dudas, el peso otorgado al país donde se produce la sentencia en que, como se ha mostrado en muchas ocasiones, la accidentalidad o coyunturalidad de elección de la sede arbitral es circunstancia que no legitima en

modo alguno, una influencia decisiva del ordenamiento del país de la sede arbitral. Por otro lado, no evita la dispersión que se ha de producir en ocasión del control de la sentencia en cada ordenamiento nacional en que haya de reconocerse y ejecutarse, en razón de aquellos conceptos que se estiman como privativos de los ordenamientos nacionales, esto es, la arbitrabilidad del litigio y el orden público)".

En cuanto a la coordinación de recursos en el ordenamiento convencional señalan (op. cit. p. 1002-1003): "La Convención de Ginebra de 1927, en su artículo II, disponía que "el reconocimiento y ejecución de la sentencia serán denegados si el juez constata que la sentencia ha sido anulada en el país en que ha sido dictada". Se subordina así el efecto territorial de la sentencia en un país determinado en que se solicita el exequátur, a que ésta no fuese anulada en el país en que fue pronunciada. Los comentaristas han venido a afirmar que esta norma no habilitaba una regla de competencia internacional, en el sentido de atribuir conocimiento exclusivo a los tribunales del país en que se dictaba, sino que, producida la anulación en un país distinto, sólo tendría en éste el carácter de una denegación de reconocimiento y de ejecución. La Convención de Nueva York introduce alguna novedad sobre el régimen de la Convención precedente. Conforme al art. V.1, el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera serán denegados si queda probado que la sentencia... ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, la sentencia ha sido pronunciada.

Se amplía de esta forma la competencia para anular una sentencia arbitral a los tribunales de dos países: aquellos del país en que se dicta la sentencia y aquellos del país conforme a cuyo Derecho se pronuncia. La razón de la ampliación de esta competencia estaría en la necesidad de reconocer a la ley de procedimiento aplicable valor como criterio de calificación de la nacionalidad de una sentencia, como en una buena medida han sustentado algunos ordenamientos nacionales, entre ellos Alemania y Francia.

El inconveniente radicaría en el caso frecuente en arbitraje internacional de que el procedimiento conforme al cual se ha dictado una sentencia es una ley no nacional, como por ejemplo un reglamento de una institución de arbitraje o una regulación expresa dentro de un arbitraje ad hoc. La dificultad de determinar el Derecho conforme al cual ha sido dictada la sentencia postularía, para algunos, la necesidad de contar con una conexión de cierre, debiéndose complementar la Convención de Nueva York en este punto por el sistema de conflictos del foro.

Otro problema suplementario que puede surgir es la consideración de si deben entenderse acumulativamente las dos reglas precitadas, es decir, si es posible acumular la competencia del país donde se produce la sentencia a la de aquel conforme a cuyo ordenamiento se dicta. El caso de que ambos ordenamientos sean diferentes realmente no es muy frecuente, pero siempre podría suceder. Para tal caso estimamos que en modo alguno la regla puede considerarse como acumulativa. El Convenio Europeo de Ginebra de 1961 desarrolla la regla de la Convención de Nueva York, y en cierto sentido la limita. Los límites pueden

apreciarse en dos aspectos: 1) Respecto del ámbito de aplicación de la propia Convención. Es de tener en cuenta que el criterio retenido para delimitar el ámbito de aplicación en el Convenio Europeo es el de la nacionalidad o residencia de las partes dentro de uno de los Estados contratantes, mientras que en Nueva York el criterio de la territorialidad -y dependiendo de las reservas efectuadas- supone un ámbito mucho mayor. 2) En cuanto a las causas por las cuales la sentencia puede ser anulada. El artículo IX del Convenio Europeo viene a limitar los efectos de la anulación de la sentencia en aquellos países que sean a la vez parte en el Convenio de Nueva York y en el Convenio de Ginebra, y por un doble motivo estableciendo un número más restrictivo de causas por las cuales la nulidad puede tener eficacia extraterritorial, y eliminando de manera singular aquellas causas o motivos que puedan afectar exclusivamente al ordenamiento del país en que, o conforme al cual, se produce la sentencia, singularmente en lo que respecta al orden público de ese país".

Coadyuvando con el panorama que surge del estudio antes mencionado, debe relevarse también que la tendencia es a procurar similitud entre los motivos de anulación y los motivos de denegación del exequatur para obturar la duplicación de procedimientos.

Y como se vio -dentro del marco al cual debemos atenernos- sólo son competentes para anular la sentencia arbitral los tribunales del país en que, o conforme a cuya ley, se ha dictado la sentencia, teniendo la anulación efecto extraterritorial a diferencia de la denegación de homologación o reconocimiento que no vincularía a otros tribunales.

V.- ~~Un primer motivo de anulación radica en la alegación de que no ha existido~~ compromiso arbitral con las formas exigidas por la legislación procesal patria, que sería la aplicable por virtud de lo que prevé el art. 13 del CGP, 2402 del C. Civil y art. 1 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940; se habrían incumplido los requisitos de forma especial exigidos por la ley nacional relativo al compromiso arbitral, esto es por no constar en acta o escrito judicial o en escritura pública -notarial- (art. 477 CGP).

La subordinación del procedimiento arbitral a la ley del lugar donde se pronuncia la sentencia es criterio palmariamente subsidiario y a todas luces inaplicable en la especie.

En efecto, tal postura desconoce las consecuencias de la ratificación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá sobre el derecho internacional privado de Uruguay. Santos Belandro (op. cit. p. 268) expone: "Que el Estado uruguayo haya ratificado las Convenciones de 1958 y de 1975, y que persista en mantener el criterio de que nada ha cambiado en el derecho internacional privado nacional, significa un razonamiento deletéreo sobre el arbitraje comercial internacional que provocará que lo consagrado en el derecho positivo supranacional sea letra muerta. La convención de 1958 concedió a las partes la facultad de disponer de la jurisdicción competente -en un sentido amplio de optar por juez o árbitro- para toda la materia de derecho privado, y el ejercicio de ese derecho subjetivo debe ser respetado por todo el derecho internacional privado uruguayo supranacional y

nacional, debido a la característica de ser una Convención abierta tomando en cuenta que Uruguay no utilizó la reserva del art. 1.3 basada en la reciprocidad. Los únicos límites de ese derecho subjetivo lo constituyen -en este momento- la arbitrabilidad de la controversia y el orden público internacional. La determinación del derecho de fondo queda fuera de la Convención, porque ésta no se pronunció sobre el tema.

En el caso de la Convención de 1975 -en la materia comercial y en este momento- la situación se vuelve aún más radical: se consagra el derecho subjetivo de las partes no ya a elegir juez (art. 1) sino también de elegir el derecho de fondo que regule directamente a la relación. Y ello se debe a que el art. 3 de la Convención se remite "a falta de algún acuerdo" al Reglamento de Procedimiento de la CIAC, cuyo art. 33 reconoce explícitamente este derecho. Esta situación plantea en el ordenamiento jurídico uruguayo un problema delicado: si ya es un inconveniente -propio por otra parte, de nuestra ciencia- que existan normas de derecho internacional privado de distinta fuente nacional y supranacional, igualmente es de lamentar que las normas de nuestra materia sean de un carácter tan dispar respecto del presente tema."

Esta Sala ha tenido pronunciamientos de vanguardia respecto de la aplicación de normas de DIP de fuente internacional como la Convención de Nueva York en pronunciamientos de fecha 19 de setiembre de 1988 (LJU c. 11454) y 1 de abril de 1992 (LJU c. 12202) admitiendo a validez de acuerdos de arbitraje insertos en contratos de transporte internacional. En igual sentido, doctrina y jurisprudencia que mencionada Fresnedo (en: La Convención Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras... en RUDIP N° 3 p. 141 y ss.)

Debe reconocerse en suma, el principio de la autonomía de la voluntad para determinar qué normativa rige la validez del acuerdo de arbitraje y concluirse en la inexistencia de vicio alguno ya que se procedió de consuno con lo acordado por las partes interesadas.

Son enteramente trasladables los certeros conceptos de Vivien Matteo (Arbitraje Internacional y Autonomía de la Voluntad, Rev. Der. Com. y de la Emp. N° 31-32 jul-dic/84 p. 30 y ss): "Reposando la convención arbitral principalmente en la voluntad de las partes, es a ellas a quienes corresponde establecer su régimen de procedimiento y de fondo. La ley de la autonomía es la indiscutida ley del arbitraje internacional comercial en todo el mundo. Este principio general sin embargo presenta algunas dificultades de armonización en los escasos países -en que como el nuestro- la autonomía de la voluntad "amplia" y la prórroga de jurisdicción no se admiten en el sistema conflictual. Sin embargo, las Convenciones ratificadas por Uruguay en la materia, nos colocan en una situación sin duda receptiva y favorable al instituto. En dos momentos fundamentalmente se manifiesta la autonomía de la voluntad en el arbitraje comercial internacional. a) en la formación de la convención arbitral; b) en la elección del derecho adjetivo o de fondo. En cuanto a la formación del acto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso arbitral) las Convenciones, jurisprudencia y doctrina se pronuncian del modo más

amplio en favor de la ley de la autonomía de las partes. Esta ley además es propia de la convención arbitral y suele independizarse de la ley del contrato principal."

En tal tesitura, el art. II de la Convención requiere únicamente el reconocimiento por los Estados de un acuerdo por escrito que es exigible en dos momentos: a) como requisito de eficacia (procesal) del acuerdo arbitral en el supuesto del art. II.3 y b) como requisito de eficacia de la sentencia arbitral en el supuesto de los arts. IV.1.b) y V.1.a). Y la definición de la forma escrita del acuerdo que se da en el artículo II.1 constituye una regla material que prevalece sobre los ordenamientos nacionales, en el supuesto de aplicación.

Así ha sido reconocido por los tribunales de diferentes países: por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal suizo en el asunto Tracomín/Sudano (YB, XII, pág. 93) -c£ Chillón-Merino, op. cit. p. 1038-.

Corolario indiscutible es que la sentencia arbitral recaída en la especie, tuvo como base un convenio arbitral válido y eficaz.

VI.- En esta etapa del desarrollo de la motivación de la decisión, la Sala entiende que debe elucidarse lo relativo al alcance de la estipulación "La decisión del árbitro será inapelable" inserta en la cláusula compromisoria así como la interpretación del art. 28.6 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de la CCI que dice así: "Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vía de recurso a las que puedan renunciar válidamente".

Coordinando ambos supuestos es de concluir que la renuncia válida no refiere a recurso de nulidad (que se funda en supuestos que determinan la invalidez radical -revisión in integrum- sin que prospere ninguna de las pretensiones de fondo esgrimidas) que es totalmente diferenciable de la apelación (donde se pretende la revisión por razones de, fondo, por la injusticia del dispositivo pretendiendo en su caso, solución diversa a la adoptada). Es de dudosa admisibilidad la renuncia a la apelación, pero ello no nos interesa elucidar dado que la acción que luce in folios es de nulidad o de anulación.

Y lo que sin vacilación alguna debe proclamarse es la invalidez de toda renuncia anticipada a esta acción de nulidad porque renunciar por adelantado es parificable a renunciar a prevalecerse o fundarse en supuestos que no son conocidos, a nulidades de una eventual decisión a producirse, lo que colide con elementales principios de razonabilidad, con el sentido común ya que nadie puede renunciar por ejemplo a no reclamar por violaciones que atenten contra su propio derecho de defensa. Es más, el convenio arbitral y sus términos particulares nunca puede implicar renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela efectiva judicial, derecho de raigambre y calificado como fundamental.

Igualmente en intelección relativa a que, en autos se presentó oposición en nulidad esgrimiéndose motivos de anulación como la violación de las garantías del debido proceso, lo que ingresa sin duda en el concepto de orden público

internacional como se relacionará ulteriormente.

VII.- Uruguay ha sido sede neutral y coyuntural de un procedimiento arbitral institucionalizado, realizado por prestigiosa institución internacional (Cámara de Comercio Internacional) y el laudo emitido hoy impugnado no puede surtir efecto alguno (principal o directo) en nuestro ordenamiento jurídico conforme se ha establecido en el curso de este pronunciamiento.

Cabe preguntarse entonces qué otro interés aparte de la defensa de su orden público internacional puede tener nuestro país en controlar. Cuál sería la misión del tribunal estatal en estas condiciones. Nunca, por el cúmulo de argumentos que se exponen, la finalidad "sub análisis" no puede ser la búsqueda de la justicia por sí misma (justicia del caso) ni juzgar las decisiones de los árbitros de mérito por presuntas infracciones procurando exactas observancias o cumplimiento objetivo puro y abstracto de normas ajenas. Antes bien. La eventual anulación del laudo por la autoridad judicial competente del país en que ha sido dictado, conforme el art. V.1.e) de la Convención de Nueva York tiene efectos fundamentales "erga omnes" desde que obtura el reconocimiento y ejecución en cualquier Estado. Salvo tal norma, no se prevé en los Tratados vinculantes examinados el tema de los recursos contra el laudo, razón por la cual debe procederse al uso de técnicas jurídicas adecuadas.

Internamente, el actual marco adjetivo civil, el Código General del Proceso en el Título X denominado Normas Procesales Internacionales no regula la impugnación de sentencia arbitral extranjera. Sólo hay previsión (art. 499 CGP) que refiere únicamente supuestos de nulidad de laudo arbitral doméstico, esto es, interno, no internacional o extranjero como en de autos.

VIII.- Los mecanismos integrativos de nuestro derecho internacional privado, siguiendo a Tálce (Interpretación e integración en el derecho internacional privado, RUDI N° 3 1974, p. 115 y ss.) parten de la admisión de la existencia de lagunas dentro del derecho internacional privado nacional que legitiman el procedimiento de integración para colmarlas. Posición que es corolario de la concepción autonómica de derecho internacional privado, porque únicamente dentro de un derecho que no depende de otro sector del mundo jurídico puede funcionar el principio de plenitud hermenéutica del orden jurídico. A falta de norma positiva que regule determinada relación privada con elementos extranjeros relevantes al sistema de derecho internacional privado que se considere, corresponde crear una norma especial ad hoc con los procedimientos de integración (analogía, principios generales del derecho, etc.), que permitan llenar la imprevisión normativa y dotar a la relación de un régimen jurídico adecuado.

Es de aplicación el art. 16 del C Civil que ordena al juez cuando se enfrenta a una laguna, a recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, regla cuya aplicación trasciende el ámbito del derecho civil en que fue formulada, para extenderse a todos los sectores del derecho, y por ende, tiene pleno recibo en del derecho

internacional privado.

Los fundamentos de las normas análogas han de ser las normas convencionales vigentes sobre la temática (Convención de Nueva York y Convención de Panamá citadas), donde el Estado uruguayo flexibilizó su posición en torno a la autonomía de las voluntad de las partes, reforzó la recepción de los usos y costumbres en materia de comercial internacional y se "ha proporcionado al derecho positivo uruguayo una serie de elementos útiles para la integración de algunos vacíos legislativos" (Vivien Matteo: Arbitraje comercial internacional, cit. p. 270). También se ha adoptado por nuestro país en forma indiscutible el principio de la libre circulación del laudo internacional con la sola limitación del orden público internacional.

Y como no puede recurrirse a las normas del CGP por ser inexistentes, tampoco puede acudirse a los Acuerdos Sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (Dec. 3 y 4 de 1998) ya que no son derecho vigente al no haberse cumplido con los mecanismos previstos en el Protocolo de Ouro Preto de 1974; asimismo un Tratado no ratificado no puede considerarse como doctrina más recibida si no refleja una opinión ya consolidada y estas normas del Mercosur no puede decirse que posean tal raigambre (ningún elemento se ha mencionado siquiera que apunte a la adopción de tales criterios por parte de alguna fuente ya sea v.g. legislativa -indirecta o por otras normas- administrativa, doctrinaria, etc.).

En todo caso, podría si considerarse doctrina en vías de recepción la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) -por la naturaleza del órgano, su composición, los estudios realizados- donde en las nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI se consigna respecto de casos parificables al presente: "46. Al tratar a los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional de manera uniforme, cualquiera que sea el país en que se hayan dictado, la Ley Modelo traza una nueva línea demarcatoria entre los laudos "internacionales" y "no internacionales", en lugar de la línea tradicional que distingue entre laudos "extranjeros" y "nacionales". Esta nueva línea se funda en motivos de fondo, más que en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas habida cuenta de la limitada importancia que tiene el lugar del arbitraje en los casos internacionales. A menudo se elige el lugar del arbitraje por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado donde se sustanciaran las actuaciones. En consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos "internacionales", sean "extranjeros" o "nacionales", se regirán por las mismas disposiciones." (Véase: <http://www.uncitral.org>).

IX.- Corolario de lo anterior es que el único control que puede realizar este Tribunal es el de la afectación del orden público internacional (Convención de New York, V, párr. 2.5). Es que como con singular penetración consigna Fouchard (op. cit. p. 341), la idea de justicia por una parte, la idea de civilización jurídica común por otra parte, son suficientes, en efecto, para evitar los excesos eventuales de una autonomía procesal absoluta, controlándose efectivamente el principio general

de respeto a los derechos de defensa, intervención excepcional del orden público internacional. Huys-Keutgen (op. cit. p. 563) citan el concepto de Opertti: "todo lo que tiene relación con los derechos esenciales de la administración de justicia o de la puesta en obra de obligaciones contractuales".

Puede preguntarse, después de la Convención de Nueva York, sobre el rol que le queda a la noción de orden público en materia de procedimiento arbitral. Parece en efecto que ella no concierne directamente al estado de arbitraje, que no refleja más que la autonomía de la voluntad y su correctivo: el respecto al derecho de defensa. Esta interpretación resulta de la combinación de las disposiciones de los literales d) y b) del párrafo 1 del artículo V; el párrafo 2 de ese mismo artículo, dejando intervenir al orden público, no hace más que evidenciar la contradicción de este orden que resultaría del reconocimiento o de la ejecución de la sentencia (Fouchard op. cit. p. 345 -par. sur le respect de l'ordre public international de l'État intéressé-).

Siguiendo al jurista nacional Opertti (Los principios de UNIDROIT: Un Derecho Común De Los Contratos De Las Américas. Actas, Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, Noviembre de 1996. El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano, p. 57-58) quien ha consignado los justos términos del concepto de orden público de esta manera: "La República Oriental del Uruguay manifiesta que ratifica de modo expreso la línea de pensamiento sostenida en Panamá CIDIP-I reafirmando su acendrado espíritu panamericanista y su decisión clara y positiva de contribuir con sus ideas y su voto, al efectivo desenvolvimiento de la comunidad jurídica. Esa línea de pensamiento y conducta ha quedado patentizada en forma indubitable con la ratificación sin reservas por parte del Uruguay de todas las Convenciones de Panamá.

En concordancia con lo que antecede, la República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula del orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado.

En consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado siente su individualidad jurídica". Y es indudable que los principios que fundan el debido proceso y el derecho de defensa forman parte del orden público del Uruguay, se corresponde con el concepto de civilización jurídica común y es esencial a una tutela judicial efectiva.

Es parificable lo que puede denominarse orden público internacional nacional (si

se admite tal conceptualización en la categoría en análisis) con la regla verdaderamente internacional, fijada por texto internacional (Convención de New York -coordinación de los lit. d) y b) del párr. 1 del art. V-), obligatoria por sí misma. Ha violado el respeto de los derechos de la defensa, el debido proceso, provocando indefensión, ha fallado "extrapetita" el Tribunal Arbitral conforme con los motivos de sucumbencia alegados liminarmente ?La negativa se impone.

Se observa por la doctrina nacional, particularmente -sin perjuicio de los criterios precedentemente establecidos y eventuales reiteraciones en esta motivación de la Sala pero así lo impone la necesaria claridad expositiva en tema fundamental- que el principio del respeto al debido proceso se encuentra consagrado en el literal b) del art. V de la Convención de Nueva York, integra un verdadero *ius gentium* y para determinar su observancia no es necesario recurrir a la legislación nacional; por medio de los derechos de defensa se procura que la presentación de cada parte sea expuesta al juez árbitro, y que la verificación (por éste) sea efectiva y legal, al consagrar el derecho de una de ellas; en el derecho de defensa se encuentran fundamentalmente los principios de: *audiatur ed altera pars* (los árbitros no pueden resolver la litis planteada sin haberles dado previamente a los litigantes la posibilidad de presentar sus argumentos) y del contradictorio (que las pruebas y argumentos presentados por una de las partes y sobre los cuales los árbitros van a decidir la controversia, deben haber sido comunicados a la otra, de modo que tenga la posibilidad de formarse una opinión e impugnar los argumentos o pruebas presentadas).

En cuanto a la actuación excesiva de los árbitros (literal c) se señala que los árbitros no pueden actuar fuera de los límites del acuerdo arbitral, deben estar a los "términos de referencia" pero sin perjuicio de ello, algunos países aceptan reconocer o ejecutar los laudos arbitrales que resuelven una diferencia no prevista por las partes si éstas han tenido conocimiento regular de la actividad que estaban desarrollando los árbitros y lo han consentido tácita o presuntamente. Cf. Santos Belandro (op. cit. p. 92-101).

Subsumiendo estos conceptos en la plataforma fáctica procedimental arbitral, se extrae que los árbitros debieron decidir primero si existía o no un plazo determinado de duración del contrato y si entendían que existía, pertenecía a su "parquet" determinarlo concretamente en sus elementos y caracteres. Y la existencia de un plazo contractual implícito vinculado al plazo de la sociedad, fue cuestión -ciertamente- ampliamente debatida como se demuestra en la consulta incorporada por la demandada -fs. 1772-1774- (donde debe recordarse que nuestro derecho procesal en sabia norma del CPC -art. 572- ya indicaba la doctrina correcta: "En caso de duda se reputará comprometido todo punto que haya sido objeto de discusión durante el juicio"). Así, en el párrafo 4.9 ("La vigencia del Contrato") de la demanda de arbitraje (fs. 411-412), se señaló que "el contrato no prevé plazo de vigencia" y que "esto indica claramente que la intención de las partes fue regirse por las disposiciones del contrato durante toda la vida de la sociedad inversora". Extremo que es reconocido por la propia accionante en este proceso a fs. 1608-1608v., no siendo de recibo la afirmación del distinguido

árbitro en disidencia Hughes -en la que hoy se apoyan los demandantes- relativa a que "Como se ve, no hay hasta allí ninguna alusión a la teoría de la "incorporación" del plazo estatutario al contrato, que recién se invocaría en el alegato de los demandantes (página 18), sino una mera afirmación dogmática que se agota por sí misma" (fs. 153 de esta pieza) pretendiendo inficionar la propia existencia del supuesto alegado desde que en sede de teoría procesal (los principios en examen) las expresiones se extienden al todo al que ellas pertenecen, no solamente significan conceptos y juicios, sino que también designan cosas y estados de cosas (Kalinowski: Introducción a la lógica jurídica, p. 43) donde la definición analítica del árbitro discorda refiere al sentido de una expresión jurídica, a la búsqueda de significación, tarea del intérprete en el análisis de fondo o de mérito pero irrelevante para modificar o cambiar el relato, el pedido o el objeto pretendido como objeto y causa del proceso.

Véase que del punto de vista procesal el elemento objetivo de la pretensión es el hecho histórico en sus fundamentos fácticos y jurídicos y lo pedido; dados los términos del contradictorio (contestación y reconvenición donde se pidió rescisión fundada entre otros argumentos en la falta de un plazo de duración determinado en el contrato -fs. 470, 516) recepcionado en los términos de referencia (Acta de Misión -pretensiones del grupo Enersis/Chilectra a fs. 221 y lista de los puntos litigiosos a resolver a fs. 222-) el pronunciamiento del tribunal arbitral, naturalmente, debía versar y versó sobre tal elemento de los contratos.

En suma, no se falló en elemento alguno introducido extemporáneamente ni fuera del contradictorio delimitado en los términos de referencia. Las garantías del debido proceso fueron salvaguardadas, se ejerció amplia defensa por ambas partes, respetándose las reglas del contradictorio y el laudo final fue congruente con los puntos comprometidos.

Tales conclusiones conllevan imperativa y necesariamente a establecer que el orden público internacional del Estado uruguayo (ni la regla verdaderamente internacional fijada en el texto convencional aplicable como oportunamente se relacionó) no fue afectado en grado alguno y menos aún con las características requeridas de grave y manifiesta violación requerida para en su caso amparar la pretensión de nulidad que ocurre a postularse.

Los restantes controles corresponderán -si así se determinare procedente por la jurisdicción competente-, al Estado del exequatur -al cual la situación se vincula- que es ajeno al nuestro, elucidándose en su caso lo relativo al propio principio del control y su objeto (véase al respecto Alexandre: Les Pouvoirs Du Juge De L'Exequatur, p. 157 y ss., Lib. GDJ, París, 1970).

Uruguay como país sede del arbitraje dictado en el marco institucional de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional conceptúa que se ha asegurado la debida defensa de las partes y se ha respetado, sin la más mínima duda, su (el) orden público internacional en el decurso de toda la actividad cumplida.

X.- En lo que dice relación con la responsabilidad de las partes en este proceso, los daños y perjuicios solicitados por la demandada al amparo del art. 61 del CGP, pretensión acumulada fundada en que con argumentos inaceptables y malicia temeraria la demandante ha dilatado el cumplimiento de un laudo que debió haberse concretado en forma inmediata, la misma no es de recibo en concepto de la Sala.

En efecto, y sin que sea necesario elucidar en el ocurrente si esta condena en daños y perjuicios integra o no las sanciones procesales (con las costas y costos) y si se funda en el abuso de derecho o en la trasgresión del principio general de la buena fe, lo concreto es que en la especie, si bien la posición de las demandantes no ha sido compartida por el Tribunal, se reconoce la existencia de algunos puntos opinables, relevándose únicamente que no se ha fundado con actual, moderno y preciso rigor técnico exigible los graves supuestos de anulación alegados, presentándose puntos de vista que, ciertamente, responden a posiciones ampliamente superadas por los estudiosos.

Subsecuentemente no puede hablarse de temeridad ya que tal tacha merece el litigante que se presume que pleitea sabiendo que no tiene razón aunque él pudiera creer lo contrario, siendo suficiente para ello que la falta de fundamento para litigar sea tal que el no verlo baste a constituirlo en culpa tan lata que puede equipararse al dolo (Chiovenda: La condena en costas, p. 409).

Se conceptúa entonces que no ha existido intención de perjudicar y tampoco se ha accionado en forma desaprensiva, negligente sino que se ha ponderado dentro del margen de la razonabilidad el ejercicio del derecho al que se creía asistido con diligencia media -quizás mínima- que no llega a configurar incumplimiento de la obligación legal de comportarse en proceso según la buena fe.

La finalidad del proceso judicial es procurar la realización de valores propios del Derecho como la justicia, la certeza y seguridad, de manera que no puede limitarse directa ni indirectamente salvo desajustes ilícitos a la dignidad de la Justicia y a la lealtad y buena fe, el acceso al proceso y esto último ocurriría si se temiera a condenas en daños y perjuicios cuando se litiga con diligencia aunque ésta sea la mínima exigible pero acorde con la regla moral en el proceso ya que la posición jurídica era admisible y el uso de la misma en el curso de los actos procesales fue correcto ya que no se crearon obstáculos al trámite ni se plantearon cuestiones o artículos dilatorios.

Subsidiariamente es de ver que la parte pretensora de los daños y perjuicios no cumplió con la carga de afirmar y menos aún de probar en autos la existencia del daño por el cual reclama resarcimiento; subsecuentemente es imposible pasar al "quantum debeatur" cuando no existe "an debeatur" (certeza del perjuicio). El proceso de "quantum debeatur" necesita del de "an debeatur" donde se pruebe la existencia del perjuicio, luego, sólo la cuantificación económica del daño previamente determinado es objeto del proceso de "quantum debeatur"

XI.- La distribución de los gastos causídicos en función de la conducta procesal de las partes ab initio tendría su marco en los arts. 688 C. Civil y 56 CGP red. Ley 16699 desde que la remisión del art. 501.2 CGP al procedimiento de los incidentes sólo refiere a tal estructura, no siendo prima facie aplicable el régimen estatuido por el art. 57 del Código respecto de las condenas procesales en los incidentes sino que debería estarse el régimen general (cf. Código General del Proceso Comentado, etc., T. II p. 234, Autores varios, Ed. Ábaco, Mont. 1993).

Ahora bien, tal criterio no puede ser aplicado porque existe una norma específica aplicable al caso que difiere del supuesto antes relacionado.

La fuente de nuestro Código General del Proceso es el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo Para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y en su Libro II Título VIII denominado Proceso Arbitral (arts. 363 a 371) no contiene norma alguna sobre distribución de los gastos en el recurso de nulidad contra el laudo. Pero el art. 497 inc. 3 del Código aprobado dice: "Los gastos de las incidencias surgidas en ocasión del arbitraje, así como los del recurso de nulidad, si fuere desestimado, serán de cargo del vencido en los mismos".

La discusión parlamentaria poco aporta salvo que el legislador Cersósimo señaló a los profesores de derecho procesal invitados a la sesión del día 22/X/87 (Dres. Gelsi Bidart, Véscovi y Torello) al tratarse el artículo preindicado que "Creo que hay puntos que ustedes los establecieron por experiencia"; asimismo Gelsi Bidart señaló concretamente la existencia de disidencias generales sobre el tema, específicamente dijo "No estoy de acuerdo en que el vencido deba soportar, necesariamente, los gastos del juicio. Creo que la solución del art. 688 de...es más racional y lógica" (Cámara de Senadores, Cód. Gen. del Proc., p. 795-796). Con solo esas manifestaciones se aprobó el texto antes reseñado el que impone imperativa y necesariamente la condena en gastos al vencido.

Y debe entenderse por "gastos" las costas y costos del proceso que define el art. 56 del CGP ya que ambos son gastos ocasionados en razón del litigio (hoy en día no se justifica la distinción -que la doctrina tampoco efectuaba como así surge del estudio de Gelsi Bidart en LJU T. 58 p. 21 y ss.- y significan lo mismo desde el punto de vista etimológico y técnico como lo demuestra el propio texto de los arts. 225 y 231 del Código -véase: Cód. Gen. Proc. Comentado, etc, loc. cit. p. 220-221-. La Sala asimismo tiene jurisprudencia en anterior integración que hoy se revalida -referida al caso de desistimiento de la pretensión pero totalmente trasladable en la especie- en el sentido de que "La expresión "...todos los gastos..." contenida en los arts. 231.1 y .2 del CGP puede y debe ser interpretada en su sentido natural y obvio (art. 14 CGP y 18 C. Civil) como comprensiva tanto de las costas como de los costos. Esta conclusión se extrae no sólo de la propia titulación del art. 231, que menciona "Costas y costos en caso de desistimiento", sino del hecho de que el mismo Código en varios otros artículos utiliza la misma expresión "...gastos" como genérica, y que abarca cualquier tipo de desembolso pecuniario que el proceso hace necesario (por ej. véanse arts. 225, 388.2 letras a y b; 389.3 apartado 2, 392.1 y .2, 523" (RUDP 3/97 c. 820).

Resta considerar lo relativo a si en un régimen de responsabilidad subjetivo como el nuestro, puede prescindirse de la valoración que el tribunal (o la propia ley más específicamente en el caso) haga de la conducta asumida por el vencido en el juicio sustituyéndola por lo pactado por las partes (como luce in folios y en base a lo cual la demandante solicita se esté a ese régimen).

No se comparte tal criterio postulado ya que conforme jurisprudencia de relieve: "Es indisponible para las partes cualquier estipulación convencional respecto a los gastos causídicos y por ende cualquier previsión sobre ello en modo alguno puede ser vinculatorio para el juez. La imposición a la parte resulta del carácter punitivo de la condena atento a la conducta procesal del sujeto, elementos de juicio que pautan el criterio para la decisión del magistrado y que hacen irrelevante jurídicamente el voluntarismo de las parte contratantes sobre este punto. Couture sostenía que las condenas accesorias debían ajustarse a los tres grados de la intención: buena fe, culpa y dolo. Elementos subjetivos que sólo pueden ser determinados a posteriori según sea la conducta asumida y que sólo puede ser apreciada y valorada en la imposición por el juez, salvo los casos de condena "objetiva o automática" (RUDP 3/89 c. 954). En igual sentido: "...la imposición de las mismas no puede quedar librada a la voluntad de las partes y que sólo pueden ser decididas e impuestas por precepto legal o por resolución judicial "(RUDP 4/00 c. 1346).

En suma, se asiste a una hipótesis de condena preceptiva, automática por la calidad de vencido en el recurso de nulidad del laudo, indisponible por las partes en forma previa a la existencia de eventuales créditos emergentes y conclusión del juicio (argumento del art. 225 CGP que en caso de autocomposición del litigio cada parte pagará los gastos generados salvo convención en contrario, de donde, se admite el acuerdo de partes únicamente en tal hipótesis especial). Queda excluida de tal condena los gastos contingentados a la pretensión de la demandada que fuera rechazada (daños y perjuicios del art. 61 del CGP) los que deben ser satisfechos por su orden. Por los expresados fundamentos y preceptos que se incluyen, el Tribunal,

RESUELVE:

Desestímase el recurso de nulidad interpuesto así como la pretensión acumulada de condena en daños y perjuicios, con costas y costos de cargo de la accionante conforme fundamento de derecho decimoprimeros precedente. Dejase sin efecto el decreto N° 456 de 11 noviembre 2002 (fs. 1659). Honorarios fictos diez millones de pesos para cada parte. Gírese a la Secretaría del Tribunal a los efectos previstos en el art. 5 de la Ley 16471. Oportunamente, archívese quedando autorizados las exfoliaciones y entregas pertinentes, incorporándose en su lugar reproducción en facsímil.

Chediak - Sassón - Sosa
Esc. Gatti, Sec.