

Legislación extranjera

La reforma de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: una mirada imprescindible para los legisladores argentinos

Sara Lidia FELDSTEIN DE CÁRDENAS

Catedrática de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

Sumario: I. Planteamiento. II. Intervención de los tribunales estatales. III. La Ley modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985. IV. Reforma de la ley modelo. V. Artículos modificados o adicionados. VI. Ámbito de aplicación espacial. VII. Reglas de interpretación. VIII. Definición y forma del acuerdo de arbitraje. IX. Otorgamiento de medidas cautelares y órdenes preliminares. X. Recomendación sobre la interpretación de la Convención de Nueva York. XI. Conclusiones.

I. Planteamiento

No en vano se ha dicho que “colocados frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccione vivamente, a favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del Derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos más que dogmáticos, sobre lo que el Derecho verdaderamente deba ser”¹.

El contexto actual en mi país, se encuentra caracterizado por una sensible incorporación de agentes no tradicionales al arbitraje comercial internacional, y simétricamente una notable expansión de las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Entre estas materias figuran las cuestiones relacionadas con los recursos naturales, las inversiones extranjeras, oferta de títulos valores, patentes, marcas, propiedad intelectual, transporte marítimo de mercaderías, hasta las relacionadas con el derecho de la competencia y las quiebras. Se encuentra en una etapa de superación de los resquemores arcaicos que inmovilizaron el desarrollo del arbitraje comercial internacional basado en el mito de la imposibilidad de los árbitros de entender en cuestio-

¹ J. Guasp Delgado, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, pp. 53, 1956.

nes donde se encuentran tan íntimamente involucrados los más caros intereses públicos².

La fuerza del arbitraje, sobre todo en el escenario internacional, radica en la amalgama de circunstancias, entre las que destacan, su naturaleza consensual, su adaptación a las necesidades de las partes, el acatamiento espontáneo por quienes recurren a él, a la ejecutabilidad de las decisiones arbitrales, entre otros. Precisamente porque el arbitraje ofrece confianza, especialidad, confidencialidad, calidad, imparcialidad y rigor de los árbitros, hace que estas características coadyuven para alcanzar resultados de seguridad, de transparencia jurídica, y que ellas sean las razones de su despliegue, de su consolidación. Pero ello no basta, hace falta además contar con una jurisdicción estatal de la sede arbitral eficaz, que acompañe el desarrollo del proceso, lo asista sin interferencias, lo supervise cuando sea necesario, sin ahogos.

Si bien muchas veces se ha dicho que el arbitraje será el mecanismo del futuro para la solución de conflictos, estoy persuadida sin hacer prospectiva, que en la esfera del comercio internacional sigue siendo el método por antonomasia para la solución de disputas del presente. Ello se debe a que las decisiones arbitrales en casos internacionales se encuentran marcadamente imbuidas de un enfoque pragmático, inmersas en la realidad de las transacciones internacionales, desprendidas de las meras formalidades, alejadas de concepciones abstractas y fundamentalmente encaminadas a entender, a atender las legítimas expectativas de las partes³.

Va de suyo que la jurisdicción, en sus tres momentos jurisdiccionales, conocimiento, juzgamiento y ejecución, se radica fundamentalmente en los tribunales judiciales estatales establecidos por la ley. Sin embargo, el propio Derecho estadual no puede desconocer a los justiciables las posibilidades que tienen de disponer en el área de su libre disponibilidad de sus derechos y en su caso, si así lo prefieren someterlos a los árbitros, a la llamada justicia privada. La expresión lingüística justicia privada pone nerviosa a unos y desconcierta a otros. Pero el alcance semántico implica que es justicia privada porque nace de un contrato que tiene como presupuesto el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y por detrás se encuentra, básicamente un principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de la voluntad contractual. El arbitraje como justicia privada lo es en el amplio espectro de la creación de las normas, pero tan sujeta a los principios jurídicos constitucionales como sujeta a la justicia del Estado. Por último, merece la pena mencionarse que aquellos que califican al arbitraje como justicia privada otorgándole a tal expresión un sesgo decadente o peyorativo, suelen sostener doctrinas que endiosan al Estado. Desde esa mira están en lo cierto. Si el Estado es el buen padre que debe conocer todo, aconsejar sobre todo, dirigir todo y resolver

² Vid. H. Grigera Naón, "Arbitraje Comercial Internacional en el Mundo Actual". Publicado en Doctrina 1996—III—701—709.

³ Vid. P. Alwin Azócar, *El Juicio Arbitral*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Colección de Estudios Jurídicos y Sociales (Vol. XXXIV), Editorial Jurídica de Chile, 1958.

todo, el arbitraje viola tan noble fin, como lo viola el contrato, el testamento, la libertad de cultos y la libertad de enseñanza. Mas para no caer en extremos, el propio Estado paternalista, puede admitir algunas variables por él mismo establecidas.

Afirmar que el arbitraje es un procedimiento de arreglo de diferencias al margen del sistema judicial, resulta muchas veces una aseveración apresurada. El arbitraje se encuentra ampliamente vinculado con los sistemas judiciales, ya que de su asistencia depende darle fuerza ejecutiva a las decisiones de los árbitros, en materia de medidas cautelares, de prueba, de ejecución de laudos. Por tal razón, el arbitraje no puede ser entendido como una justicia descolgada, desprendida de los tribunales estatales. Todo lo contrario.

Las partes, los árbitros, deben saber que los tribunales estatales cumplen con un papel insustituible de apoyo al arbitraje y que para prestar acabadamente el servicio de justicia, deben contar con una legislación adecuada. La actividad arbitral se encuentra estrechamente vinculada con los derechos estaduales, desde la perspectiva legislativa cuanto jurisprudencial; de tal manera que existe un delicado maridaje entre el ordenamiento jurídico estatal y el decurso del procedimiento arbitral. Y ello no constituye un tema baladí, dado que frecuentemente cuando las partes eligen la sede del arbitraje, toman seriamente en consideración que se trate de sedes favorecedoras, seguras para el desarrollo del arbitraje en las que la intervención de los tribunales estatales se encuentren limitadas en su acción a las labores de apoyo eficaz, de control acotado. Si mi país no es elegido es porque aún carga con el estigma de una legislación inapropiada y con jueces desconfiados hacia el arbitraje comercial internacional.

En la República Argentina, la jurisprudencia del más Alto Tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante preferentemente CSJN) ha sostenido con buena lógica que “es necesaria una coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la jurisdicción arbitral que permita la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, respetando la voluntad de las partes para la solución de sus controversias con sujeción al orden jurídico que la Constitución Nacional y sus normas derivadas establecen”⁴.

II. Intervención de los tribunales estatales

En todos los Estados, el derecho positivo acuerda a los tribunales ordinarios un derecho de ingerencia en el procedimiento arbitral, que sólo pueden ejercer cuando la ley que lo regula así lo determine. Aunque desde una perspectiva práctica, no siempre en los arbitrajes se hace necesario solicitar la intervención judicial, cabe recordar que el principio rector en materia de

⁴ Sentencia de la CSJN 11 de julio de 1996 in re *Energomachexport S.A. / Establecimientos Mirón S.A.* y nota de R. Caivano, “Un nuevo respaldo de la Corte al Arbitraje”, *Revista Jurídica La Ley* (Buenos Aires), 1197-A-7.

intervención de los tribunales estatales es la excepcionalidad, los que no deberían intervenir salvo en los casos expresa y taxativamente dispuestos por la ley.

Sin embargo, más veces que las necesarias se observa la inclinación de los derechos estatales a supervisar el arbitraje, intervención que si no resulta entorpecedora, es además de útil, absolutamente legítima, sobre todo cuando de lo que se trata es de corregir los excesos de autoridad en que puedan incurrir los tribunales arbitrales. En ésta, como en otras múltiples ocasiones, el juez de la sede del arbitraje es quien podrá ser llamado para servir de apoyo al arbitraje, y en tales casos aplicará su *lex arbitrii*, su derecho procesal arbitral; esto último, en cuestiones tales como la validez del acuerdo arbitral, la materia arbitrable, la constitución y la competencia del tribunal arbitral, la sustanciación del procedimiento, el contenido del laudo, las causales de nulidad del laudo, las causales de denegación del pedido de reconocimiento o ejecución de los laudos, así como también el otorgamiento de medidas cautelares o de las llamadas órdenes preliminares.

La mirada del tribunal estatal, tiene suficiente virtualidad como para que los árbitros prefieran cuidarse de dictar laudos potencialmente inviables, susceptibles de anulación, inejecutables. No obstante, la actuación de los jueces respecto del arbitraje es distinta según la intensidad en que se encuentran comprometidos por los pronunciamientos arbitrales, por cuanto la justicia estatal no se manifiesta de la misma manera cuando se trata de apreciar la validez extrínseca del acuerdo arbitral o la eficacia formal del proceso arbitral o bien, en la hipótesis de juzgar sobre la arbitrabilidad de la materia objeto de la diferencia o bien, de la adecuación del laudo con el orden público internacional. De lo expuesto cabe extraer la siguiente deducción, que la justicia arbitral no pretende agredir el sacrosanto monopolio estatal en materia de jurisdicción, y menos aún no pretende suplantar ni debilitar a la justicia del Estado. Un delicado pero necesario proceso de realimentación es el que se desenvuelve entre ambas formas de solucionar conflictos. La una no crece en detrimento de la otra⁵.

Por ello fácil es colegir que si un Estado cuenta con una legislación inspirada en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en lo sucesivo la LMU) y, que haya ratificado la Convención de Nueva York de 1958 (en lo sucesivo la CNY) se encuentra en óptimas condiciones de ofrecer la prestación de un servicio seguro, previsible, eficiente, que por presentarse atractivo para los operadores de los negocios internacionales, su territorio podrá ser elegido como sede del procedimiento arbitral. Sobre esta base, un laudo arbitral que satisfaga, por ejemplo las condiciones del último de los nombrados instrumentos jurídicos internacionales, lleva un sello de calidad; es portador de un pasaporte mundial, ya que resulta potencialmente ejecuta-

⁵ Vid. S.L. Feldstein de Cárdenas y H. Leonardi de Herbón, *El Arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

ble en alrededor de ciento cuarenta Estados contratantes⁶. Esta cuestión no es para nada menor, si se repara que una sentencia dictada en cualquier Estado no goza de idénticas ventajas, por no existir hasta la fecha en vigor una convención multilateral que haya alcanzado tan exitosa adhesión por parte de los Estados.

Ya en este punto advertimos que corresponde atribuir a la determinación por las partes de la sede arbitral como lugar desde donde o en el que se conducirá el arbitraje, un rol de especial relevancia y delicadeza, ya que constituye el nexo para la determinación del marco jurídico del arbitraje así como de las autoridades judiciales con competencia para intervenir sea positivamente cuando deban asistir a los árbitros, o negativamente cuando actúen en materia de anulación de los laudos.

En este último sentido, no se puede soslayar lo que ha sostenido la jurisprudencia en cuanto a la renuncia de recurrir los laudos arbitrales, como por ejemplo la Corte de Apelaciones de París en el caso *Lebar* (1980), que llegó a condenar por procedimiento abusivo a aquella parte que había interpuesto un recurso de apelación en contra de un laudo de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), basado en el hecho de que, de conformidad con el Reglamento del centro de arbitraje, el apelante había renunciado al derecho de recurrir⁷. En igual sentido, en el caso *Gotaverken*, en el que se hizo lugar al pedido de exequátur en Suecia de un laudo arbitral CCI pronunciado en París, a pesar de que se encontraba pendiente de resolución un juicio de nulidad en Francia. Atinadamente dijo el Tribunal:

“Por medio de la cláusula de arbitraje de los contratos de construcción de navíos, las partes acordaron cumplir con el laudo como definitivamente y obligatorio y ejecutable en las materias sometidas a árbitros. Aún más, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, bajo el cual se llevó a cabo el procedimiento, contiene una provisión (art. 28.6, Reglamento de 1998), de que el laudo será definitivo. Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, debe considerarse que el presente laudo arbitral se ha convertido en obligatorio y ejecutable para las partes en Francia, bajo el significado que el Acta (Sueca) sobre Laudos y Acuerdos Arbitrales pretende, desde el momento y en virtud del propio hecho por el que fue realizada. El hecho de que el comprador haya atacado el laudo en Francia por oposición además no tiene ningún efecto respecto a esto”⁸.

La ingerencia judicial no reconoce siempre la misma intensidad en las legislaciones comparadas, dado que pueden presentarse distintas modalidades tales como el modelo del *escrutinio limitado*, que solamente admite por parte de los tribunales estatales un recurso o acción de anulación por motivos tasados, pero no una revisión de carácter general sobre el fondo (art. 41 de la

⁶ En Latinoamérica Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, son parte de la Convención de Nueva York.

⁷ *Víctor Lebar / Société Atlas Werk AG, Cour d'appel de Paris*, 22 de abril de 1980, *Rev. arb.*, 1981, p. 171.

⁸ *General nacional Maritime Transport Co. /Götaverken Arendal Aktiebolag*, Suprema Corte Sueca, 13 de agosto de 1979, *Virginia Journal of International Law*, pp. 211, 21.

LMU). A su turno, el Estado puede orientarse hacia un modelo de *no control*, ciertamente el más liberal de todos, que impide toda discusión acerca de la validez del laudo ante las autoridades judiciales, como es el ejemplo sancionado por el legislador belga que eliminó la acción de anulación de laudos en Bélgica en arbitrajes internacionales cuando ninguna de las partes fuera belga. Finalmente, los Derechos estaduales se alinean dentro del esquema del *escrutinio amplio*, indudablemente el menos favorecer de la vía arbitral dado que se admiten recursos sobre el fondo ante los tribunales de justicia (es el caso del legislador portugués donde cabe la apelación judicial del laudo, a menos que las partes lo excluyan) y de algunas decisiones de la jurisprudencia argentina, tal como se verá en párrafos ulteriores.

Visto el marco normativo, cabe mencionar que por ejemplo el recurso de nulidad, por su propia naturaleza no está de modo alguno previsto para solucionar cuestiones relacionadas con la sustancia, el fondo del laudo arbitral, sino antes bien, para atender a los errores, excesos procesales, fundamentalmente para dejar a salvo las garantías básicas del debido proceso y derecho de defensa en juicio. Por ello, si bien el derecho argentino prevé la impugnación del laudo por vía de su anulación, ello no implica la revisión del fondo, remedio, que por otra parte, tal como señala la doctrina más autorizada, difiere sustancialmente de la apelación. Ello por varios motivos:

En primer lugar, porque se limita a atribuir jurisdicción a un tribunal diferente del que dictó el laudo, al solo efecto de verificar si se cumplieron las condiciones de validez a que la ley los somete. Su objeto no es corregir eventuales errores *in iudicando*, sino invalidar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone, de suerte que suscita un control limitado que impide al tribunal de alzada entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión⁹. El fin de la anulación por este motivo, “es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias y omisiones, sin posibilidad por tanto de discutir el mayor o menor fundamento de los resuelto reduciéndose a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional traspasando los límites objetivos del compromiso, no atendiéndose para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias sino procurando inducir la voluntad de las partes”¹⁰.

En segundo lugar porque, a diferencia de la apelación –que, cuando existe, es un recurso– la nulidad debe plantearse por vía de recurso o de acción, según la naturaleza del laudo. Para los laudos de derecho, el art. 760 CPCCN dispone un recurso de nulidad, del que conocerá el tribunal jerárquicamente

⁹ Vid., entre muchos otros fallos, CSJN, 1891, *in re El Capitán del vapor Camila / El Patrón de la Lancha Feliz del Plata*, Rev. Fallos 45:78; CNCom., sala C, 3/06/2003, *in re Calles, Ricardo y otros / General Motors Corporation*, Rev. ED 203–491; CNCom., sala C, 24/10/2003, *in re Biomédica Argentina S.A. / RTC Argentina S.A.*, Rev. JA, 7/4/2004; CNCom., sala C, 21/12/2001, *in re Cortesfilms Argentina S.A. / Seb Argentina S.A.*, Rev. ED 196–620; CNCom., Sala D, 19/12/2002, *in re Hasbro International Inc. / Top Toys Argentina S.A.*, Rev. El Dial.com, 16/05/2003; CNCom., Sala D, 12/07/2002, *in re Total Austral S.A. / Saiz, Francisco Santiago*, Rev. JA 2003–II–77.

¹⁰ S. Barona Vilar, “El Recurso de Anulación del Laudo Arbitral”, RCEA, vol. V, 1988–1989 p. 125.

superior al juez a quien habría correspondido entender en la cuestión de fondo resuelta por los árbitros si el pleito no hubiese sido sometido a arbitraje. Para la nulidad de los laudos de amigables componedores el mismo Código establece un régimen diferente, al establecer que “si se hubiese pronunciado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de cinco días de notificado” (art. 771, CPCCN). Por lo que, en este caso, el planteo de nulidad no tramita como recurso sino como acción autónoma, ante el juez de primera instancia que hubiese sido competente para resolver el pleito de no haber mediado sujeción a arbitraje.

En tercer lugar, “porque el recurso de apelación es intrínsecamente disponible, mientras la revisión de la validez de los laudos es irrenunciable”¹¹.

Respecto al recurso extraordinario se puede agregar que: “como principio, el recurso extraordinario es inadmisibles en casos relacionados con decisiones arbitrales. El Máximo Tribunal se ha negado reiteradamente a intervenir argumentando que el voluntario sometimiento de las partes a arbitraje importa una renuncia del proceso judicial, incluyendo el recurso extraordinario, y que, si las partes resignaron la vía judicial, esa renuncia proyecta consecuencias en todas las instancias, de las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la última. De lo dicho se desprende que esta doctrina, aunque por principio considera que el recurso extraordinario no es admisible cuando se pretende acceder a ella para procurar la revisión de laudos arbitrales o de sentencias judiciales dictadas a consecuencia de los recursos habilitados contra ellos, se reserva la atribución de aceptar su intervención en supuestos de excepción, cuando estuviera en tela de juicio un derecho o principio constitucional.

Esta postura “aperturista” no es novedosa en nuestro Alto Tribunal, que desde antiguo ha resuelto que “el elenco de causales que habilitan el recurso extraordinario no se limita estrictamente a las establecidas en la ley, sino que comprende igualmente otras no escritas, como por ejemplo la comprobación de la arbitrariedad de la sentencia que se recurre”¹².

¹¹ Vid. R. Caivano, “Arbitraje y Recurso Extraordinario”. Comentario al “Cacchione” de la Corte Suprema de la Nación, 24/08/06, *in re Cacchione, Ricardo Constantino / Urbaser Argentina S.A. s/Recurso de Hecho*. Publicado en *Rev. J.A.*, 23 de diciembre del 2007, a quien agradezco su generosidad por facilitarme su trabajo.

¹² CSJN, 1986, *in re Di Nitto*, Juan, *Rev. Fallos* 308: 116. En igual sentido, CSJN, 1957, *in re Gutiérrez, Rafael c. Editorial Kapelusz S.R.L.*, *Rev. Fallos* 237: 392; CSJN, 1961, *in re Genisetto de Giacomone, Dominga c. Giacomone, Aldo Juan*, *Rev. Fallos* 250: 408; CSJN, 1962, *in re Servente y Magliola*, *Rev. Fallos* 252: 109; CSJN, 1963, *in re Pedraza, Fausto René c. Pedraza de Molina, Fanny Esther*, *Rev. Fallos* 255: 13; CSJN, 1963, *in re Asociación de Viajantes de Comercio de la República Argentina c. Bromberg y Cía. S.A.*, *Rev. Fallos* 257: 136; CSJN, 1965, *in re Kinbaum Ferrobeton S.A. c. Administración General de Obras Sanitarias de la Nación*, *Rev. Fallos* 261: 27; CSJN, 28/08/1969, *in re De Caro, Antonio c. R.J.R. Caputo S.A.*, *Rev. Fallos* 274: 323; CSJN, 4/11/1980, *in re Moral, César Ricardo c. Cotax Cooperativa de Provisión*, *Rev. Fallos* 302: 1280; CSJN, 30/07/1974, *in re Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina -Sección Formosa*, *Rev. Fallos* 289: 158; CSJN, 26/10/1976, *in re Icer S.A. c. Molinos Florencia S.A.*, *Rev. Fallos* 296: 230; CSJN, 24/07/1979, *in re Boncaglia, Fran-*

Si se repara en algunos pronunciamientos ha mostrado una marcada tendencia que lo enrola dentro del llamado sistema del escrutinio amplio, versión *a la argentina* que habilita el recurso extraordinario por inconstitucionalidad del laudo arbitral, el que a veces suele introducirse por vía del recurso de nulidad¹³.

El análisis de la evolución jurisprudencial en este aspecto, una suerte de movimiento cambiante, casi pendular, pleno de idas y vueltas. Se aduce en ocasiones en algunos fallos, que si el arbitraje implica una renuncia a la jurisdicción en cuya cúspide se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta inadmisibile el recurso extraordinario deducido contra el laudo arbitral, salvo en el caso de arbitraje obligatorio, o el cuestionamiento de la legalidad de éste¹⁴, posición que se ve atenuada en cuanto en una variante la doctrina acepta acceder al Alto Tribunal contra la sentencia judicial dictada con motivo de un limitado recurso de nulidad, cuya deducción es irrenunciable¹⁵.

Por ello, no se puede soslayar la mención del pronunciamiento que abrió las compuertas a la concepción que sostiene la potestad de la justicia estatal de revisar los laudos arbitrales vía recurso extraordinario cuando se configurasen supuestos de "irrazonabilidad"¹⁶. A un tiempo se fueron agregando a la nómina otras expresiones no menos vagas, de peligrosa latitud, tales como "ilegalidad", "inconstitucionalidad". En ese último sentido, por ejemplo se dijo "que los árbitros incurrieron en un exceso jurisdiccional al decidir más allá de lo pedido ya que la renuncia a la revisión judicial no puede extenderse a supuestos en los que los términos del laudo que se dicte contrarien el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia, con ese contenido, que los árbitros adopten una decisión que incurra en aquel vicio, por lo que en definitiva, la apelabilidad dependerá de que los árbitros apliquen correctamente el Derecho y no cuando su decisión sea inconstitucional, ilegal o irrazonable".

Realmente esta decisión resulta sorprendente sobre todo si se repara, que fue tomada a pesar que las partes habían pactado que cualquier divergencia en la ejecución del contrato debía ser sometida, previo reclamo administrativo, a juicio arbitral y que el laudo sería definitivo e inapelable, de conformidad con el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁷.

cisco c. Empresaria S.C.A., Rev. Fallos 301: 594; CSJN, 1984, *in re* Echenique y Sánchez Galarce S.A. c. Tietar S.A., Rev. Fallos 306: 455; CSJN, 9/03/1999, *in re* Pirelli Cables c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Rev. Fallos 322: 298.

¹³ La República Argentina se encuentra involucrada como demandada en numerosos arbitrajes ante el CIADI, y de dictarse laudos adversos alguna jurisprudencia de la CSJN, si bien de modo alguno uniforme, podría impulsar al Estado Argentino a cuestionar el eventual pedido de reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral.

¹⁴ Fallos 255:13; 274:323; 298:230; 305:1365, entre otros.

¹⁵ L.E. Palacio, "Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad", *La Ley*, 2004.

¹⁶ Fallo de CSJN *in re* Aion S.A. y Natelco S.A. c/ENTEL.

¹⁷ "Jorge Cartellone Empresa Constructora S: A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/Proceso de conocimiento", del 1 de junio de 2004. *Vid.* Bidart Campos, Germán, "El control

Con anterioridad la justicia estatal argentina se movía dentro de una tendencia más moderada, tal como por ejemplo el caso Meller en el que la mayoría de la Corte adscribiéndose a la doctrina *contractualista* rechaza la revisión de un laudo arbitral; mientras que la minoría optó por la doctrina *jurisdiccionalista* sosteniendo que los tribunales arbitrales deben ajustar sus procedimientos y sus decisiones a los principios del debido proceso, pues “el laudo, en ningún caso puede violentar las más elementales reglas de justicia y estas conclusiones son inexcusables, porque el derecho a la revisión judicial constituye un imperativo de orden constitucional del que, en definitiva, depende la supervivencia misma del Estado del Derecho”¹⁸.

A mi modo de ver, los criterios expuestos respecto a la extensión de la intervención judicial en materia de arbitraje adquieren un peculiar relieve si tal como es sabido el Estado argentino se encuentra adherido a numerosos Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones (TPIs), en base a los cuales ha sido demandado por ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI, ICSID o CIRDI siglas en castellano, inglés y francés que se usan indistintamente)¹⁹. Si bien es cierto que con arreglo a las convenciones internacionales mencionadas el laudo tiene carácter vinculante²⁰, no es menos cierto que ante el eventual incumplimiento por

constitucional y el arbitraje” en La Ley Suplemento de Derecho Constitucional del 23 de agosto del 2004, p. 24/26; Morello, Augusto. “El arbitraje en la encrucijada”, J. A. Fasc. 7 del 18 de agosto del 2004, III, p. 14 y siguientes; Bosch, Juan. “Apuntes sobre el control judicial del arbitraje a propósito de la sentencia Cartellone c/Hidronor, en El Derecho 2004, Tomo 209, P. 693/702; Gil Domínguez, Andrés. “El caso Cartellone. La Corte Suprema establece un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales”, en La Ley 2004, E, P. 419/422; Martín Marchesini, Gualtiero. “Arbitraje y recurso extraordinario”, La Ley 2004, E, p. 948/950; Méndez Héctor O. “Impugnación judicial de los laudos arbitrales. El caso Cartellone: Un lamentable retroceso” en J.A. 2005—I—p. 1310; Palacio, Lino Enrique “Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario”, en El Derecho 2004, Tomo 208, P. 988; Richard, Efraín Hugo “Arbitraje de Derecho”, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, en <http://www.acader.unc.edu.ar/artarbitrajedederecho>.

¹⁸ Vid. J.P. Colerio, “La revisión del laudo arbitral por el recurso extraordinario”, con nota al caso *Meller Comunicaciones S.A. UTE/ ENTEL*, del 5 de noviembre del 2002. En este pronunciamiento se establece que el laudo no es revisable directamente por vía de recurso extraordinario sin que medie declaración judicial de nulidad. En el considerando 12 sin embargo, se señala que la revisión podría tener lugar cuando el laudo afecte el orden público, a pedido de parte o de oficio.

¹⁹ El CIADI es un organismo con sede en Washington, creado por la Convención de 1965, con el objeto de proporcionar un foro para la solución de diferencias en materia de inversión extranjera, entre los Estados receptores y los inversores. La Convención de Washington se encuentra vigente para la República Argentina desde el 18 de noviembre de 1994.

²⁰ S.L. Feldstein de Cárdenas, “Arbitraje e Inversiones Extranjeras” en *El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización, Libro Homenaje Al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*, Directores Atilio A. Alterini, Noemí L. NicolaU. Carlos A. Hernández, Coordinador, Editorial La Ley, Septiembre Del 2005, Páginas 571/596; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Scotti, Luciana B. y Bentancurt, María Eugenia, “Arbitraje e inversiones extranjeras: un delicado equilibrio”. Disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro: <http://www.casi.com.ar> y en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 3, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 27 de agosto de 2004; S.L. Feldstein de

parte de nuestro país como Estado receptor de la inversión se abre la posibilidad de ejecución del laudo ante los tribunales estatales. En cualquier caso, sea que se ejecute el laudo ante los tribunales del país del domicilio del inversor, lo cual permitirá al Estado argentino invocar eventualmente la inmunidad soberana para impedir la ejecución de algún bien ubicado en el extranjero, o bien se ejecute ante los tribunales argentinos, en ambas hipótesis la interpretación doctrinaria de la jurisprudencia argentina del más Alto Tribunal en materia de revisión de los laudos arbitrales deberá ser cuidadosamente analizada.

III. La ley modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985²¹

Es prácticamente unánime en la doctrina reconocer que la Convención de Nueva York de 1958 se ha convertido, en uno de los tratados internacionales más exitosos de la historia, y quizá la clave de su aceptación casi universal, radique en su parquedad legislativa, y en la modestia de sus objetivos. Básicamente, ella se dedicó a armonizar legislativamente algunas pocas cuestiones fundamentales en materia de arbitraje tales como la validez y efectos jurídicos del acuerdo arbitral, así como el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. En consecuencia, este convenio conjuntamente con el texto objeto del presente trabajo, merece gran parte del reconocimiento que en el nivel universal ha alcanzado el arbitraje comercial internacional.

A tenor de sus objetivos, este instrumento jurídico internacional dejó conscientemente fuera de su ámbito material de aplicación, cuestiones tales como la calificación del arbitraje, su comercialidad, su internacionalidad, el acuerdo arbitral, así como aquellos principios rectores que informan el procedimiento arbitral tales como la autonomía de la voluntad de las partes, la competencia de la competencia, la separabilidad del acuerdo arbitral, el respeto de las garantías básicas, la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento, la ley aplicable al fondo del litigio, responsabilidad de los árbitros, inmunidad de jurisdicción de los Estados, requisitos de de la decisión arbitral, entre otras²².

Cárdenas y L.B. Scotti, "Inversiones extranjeras y arbitraje: alternativas y desafíos para la República Argentina", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 15, Diario Jurídico el Dial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 28 de octubre de 2005; L.B. Scotti, "Inversiones extranjeras e integración regional: el caso del Mercosur", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 14, Diario Jurídico el Dial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 30 de septiembre de 2005.

²¹ Si bien ha sido adoptada por más de cuarenta Estados, destacan en Latinoamérica Bolivia (1997), Brasil (1996), Colombia (1998), Costa Rica (1997), Chile (2004), Ecuador (1997), El Salvador (2002), Guatemala (1995), Honduras (2000), México (1993), Panamá (2002), Paraguay (2000), Perú (1996) y Venezuela (1998).

²² *Vid.* Nota explicativa de la Secretaría de la Cnudmi con referencia a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. (LMA).

Así es que la Asamblea General de las Naciones Unidas como organismo internacional, por Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966 recomendó el fomento de la progresiva armonización y unificación del derecho comercial internacional, en beneficio de todos los pueblos y para un amplio desarrollo del comercio universal, a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral)²³.

Precisamente, después de casi treinta años de la sanción de la Convención de Nueva York de 1958, por impulso de ciertas instituciones internacionales, Naciones Unidas decidió encargar a la Uncitral, la elaboración de una ley tipo o ley modelo que sirviera de base o de guía para los legisladores nacionales que se decidieran a dictar leyes sobre arbitraje comercial internacional, procurando abordar los temas que no habían sido tocados con anterioridad²⁴.

Con relación a esta monumental obra de armonización legislativa en materia de arbitraje comercial internacional bien se ha dicho que: "Parte del mérito del impresionante desarrollo del arbitraje comercial lo tiene la Ley Modelo sobre Arbitraje comercial, que ha sido adoptada, en todo o en parte, por muchos países alrededor del mundo, desde varios estados latinoamericanos hasta Alemania, como por parte de Rusia y diversas jurisdicciones asiáticas"²⁵, y además que: "El mérito de la labor concienzuda realizada, recogiendo las costumbres, las prácticas del arbitraje comercial internacional, tendiendo un puente para la aproximación de los grandes sistemas jurídicos existentes en el mundo, tiene el mérito indudable de haber hecho aflorar – y tratado en buena técnica jurídica– los problemas y obstáculos que se oponen a un desarrollo armonioso del arbitraje internacional, incorporando notables avances en materia de, por ejemplo, forma del convenio arbitral, régimen de la reciprocidad en su aplicación, autonomía de las partes en la regulación del procedimiento y fondo del litigio, reducción y unificación de vías de recurso, identificación práctica de motivos de denegación de exequátur con los de anulación de la sentencia; ejercicio e impugnación de la competencia de los árbitros; modo de dirimir las controversias en el curso del procedimiento y de elaboración de la sentencia; organización precisa de la colaboración entre

²³ *Vid., op. cit.*, Nota 4.

²⁴ Este modelo, según su naturaleza flexible que admite ser adoptado en su totalidad o en parte y tal cual ha sido elaborado o bien con algunas modificaciones pero manteniendo intactos sus principios inspiradores, cumple el papel de un marco orientador, de guía, de parámetro que permite a cada Estado adoptarlo sin perjuicio de mantener las características propias, peculiares de sus instituciones. Una Convención Internacional, a diferencia de la Ley Modelo que admite o no su adopción, debe ser incorporada a los derechos estatales mediante los procedimientos constitucionales pertinentes, y en algunos supuestos debido a que admiten reservas ello suele conspirar contra el propósito unificador.

²⁵ T.E. Carbonneau, "The Ballad of Transborder Arbitration", *University of Miami Law Review*, vol. 56, 2002, p. 779. Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en más de cuarenta países.

árbitros y tribunales judiciales; libertad en cuanto al régimen de pruebas..."²⁶.

En rigor de verdad, los problemas surgidos de la dispar legislación clamaban por un texto armonizador que diera una respuesta a un número más amplio de cuestiones en materia de arbitraje comercial internacional, que no tuviera un objeto tan limitado como la Convención de Nueva York. Por eso el suceso, la recepción universal por parte de los derechos estatales ante la Ley Modelo, es porque llena las expectativas que se tuvieron en mira al elaborarla, que ha sido la de contribuir a mejorar las legislaciones nacionales en cuanto al arbitraje tanto doméstico cuanto internacional. Dicho en otros términos, se terminó finalmente por comprender con su aprobación, que si un Estado regula satisfactoriamente el arbitraje y convierte en fiable su empleo masivo, contribuye en materia decisiva a convertir a ese Estado en un potencial centro de arbitraje internacional²⁷.

IV. Reforma de la ley modelo

La Comisión asumiendo el desgaste que el paso del tiempo pudiera producir al texto legislativo, por Resolución 40/72 del 11 de diciembre de 1985 recomendó a todos los Estados el examen de sus preceptos y dejó abiertas las puertas para que durante su funcionamiento, se pudiera revisar y modificar sus artículos a la luz de las experiencias que se obtuvieran con posterioridad a la aprobación.

A la vista del balance efectuado, en su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), se consideró que había llegado el momento de evaluar en el foro universal que constituía la propia Comisión, si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para mejorar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. De tal modo, se encomendó esa labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y se decidió que entre las cuestiones prioritarias que se habrían de examinar figuraran la ejecutabilidad de las medidas cautelares y el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, enunciado en el párrafo 2 del art. 7 LMU y en el párrafo 2 del art. II CNY de 1958.

En ejercicio de tales facultades, la Asamblea General de las Naciones Unidas, luego de las deliberaciones pertinentes y de las consultas realizadas con los gobiernos y grupos interesados, aprobó las nuevas disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMU) las que constituyen la primera reforma desde su sanción en 1985²⁸.

²⁶ J.Mª Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 516.

²⁷ S.L. Feldstein de Cárdenas y H. Leonardi de Herbón, *El arbitraje*, op. cit.,

²⁸ Puede verse el texto completo y las discusiones que tuvieron lugar en la sesión plenaria de la Comisión celebrada en junio del 2006 en Nueva York, en el documento A/61/17 Informe de la Comi-

V. Artículos modificados o adicionados

El transcurso de veinte años de aplicación mostró la necesidad de incluir disposiciones en consonancia con las prácticas del comercio internacional y de los medios de celebración de la contratación internacional, fundamentalmente relacionadas con la forma escrita del acuerdo arbitral y el régimen de las medidas cautelares. Asimismo, en la Sesión del 6 de julio de 2006 la Comisión formuló una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del art. II y del párrafo 1 del art. VII de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, del 10 de junio de 1958²⁹.

sión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39° periodo de sesiones, N° 87-17 y anexos I y II, pp. 61 ss. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 44° periodo de sesiones en Nueva York del 23 al 27 de enero de 2006. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Camerún, Canadá, Croacia, China, España, EE UU de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Líbano, Madagascar, México, Nigeria, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Uruguay. Estuvieron presentes también observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Unión Africana, Comunidad Europea, Comité consultivo sobre el art. 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y Corte Permanente de Arbitraje. Asistieron asimismo al periodo de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: American Bar Association, Asia Pacific Association for International Arbitration Group (APRAG), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación de Arbitraje de los EE UU, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (EJICA), Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Chartered Institute of Arbitrators, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Instituto de Derecho Internacional, Regional Centre for Arbitration, Kuala Lumpur (KLRC), School of International Arbitration (Universidad Queen Mary de Londres) y Unión Internacional de Abogados.

²⁹ Puede verse el texto completo y las discusiones que tuvieron lugar en la sesión plenaria de la Comisión celebrada en junio del 2006 en Nueva York, en el documento A/61/17 Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39° periodo de sesiones, N° 87-17 y anexos I y II, pp. 61 ss. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 44° periodo de sesiones en Nueva York del 23 al 27 de enero de 2006. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Camerún, Canadá, Croacia, China, España, EE UU de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Líbano, Madagascar, México, Nigeria, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Uruguay. Estuvieron presentes también observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Unión Africana, Comunidad Europea, Comité consultivo sobre el art. 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y Corte Permanente de Arbitraje. Asistieron asimismo

Fueron alterados: a) El art. 1, párrafo 2, relativo al ámbito de aplicación espacial o territorial de la LMU; b) el art. 2 bis, sobre el origen internacional y principios generales; c) el art. 7, sobre la definición y forma del acuerdo arbitral; d) el Capítulo IV bis, sobre medidas cautelares y órdenes preliminares y e) el art. 35, párrafo 2, sobre reconocimiento y ejecución de laudos pronunciados en otro país, respecto al idioma en que fueron redactados.

En lo próximos apartados de este trabajo, analizaré cada una de estas disposiciones, compararé con el Derecho internacional privado argentino de fuente interna y/o fuente convencional, e intercalaré algunos comentarios puntuales.

VI. Ambito de aplicación espacial

Respecto al inciso a) párrafo 2 del art. 1 (ámbito de aplicación espacial o territorial) se establece que las disposiciones de la LMU se aplican solamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado, salvo lo previsto en ciertos artículos de la misma ley, tales como los arts. 8, 9, 17 h, i, j, 35 y 36 referidos al acuerdo arbitral, a las medidas cautelares, entre las principales. Como se advierte con un simple análisis comparativo con el texto anterior, se han incorporado a la nómina de disposiciones exceptuadas algunos incisos del art. 17³⁰.

Así pues la propia LMU reconoce que ella no es autosuficiente ya que reconoce las excepciones de los artículos precedentemente mencionados, y en los casos allí contemplados será la legislación general de cada Estado la que regule la jurisdicción ante quién pedir la nulidad de la cláusula arbitral o cuestión a arbitrar; medidas cautelares; reconocimiento y ejecución de laudo, así como los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución. Dicho en otros términos, esta regulación demuestra nítidamente la complementariedad, la interacción entre la sede del arbitraje con las reglas establecidas por los derechos estatales.

al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: American Bar Association, Asia Pacific Association for International Arbitration Group (APRAG), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación de Arbitraje de los EE UU, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (EJICA), Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Chartered Institute of Arbitrators, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Instituto de Derecho Internacional, Regional Centre for Arbitration, Kuala Lumpur (KLRCA), School of International Arbitration (Universidad Queen Mary de Londres) y Unión Internacional de Abogados.

³⁰ Cabe señalar que el texto del proyecto de enmienda del párrafo 2 del art. 1 bajo análisis de la LMU que examinaba la Comisión figuraba en el párrafo 23 del documento A/CN.9/605.

VII. Reglas de interpretación

En lo que se refiere al inciso b) del art. 1, siguiendo lo que es una constante en la redacción de instrumentos jurídicos internacionales en la materia por parte de los organismos internacionales, con buen criterio se dispone que en la interpretación de la LMU deberá tenerse en cuenta su origen internacional, así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación como también la observancia de la buena fe. Efectivamente, las cuestiones relacionadas con el ámbito material de aplicación que no estuvieran resueltas expresamente en la Ley Modelo, serán dirimidas con arreglo a los principios generales en que ella se basa. Se trata de reglas de hermenéutica jurídica propias del derecho en general, y del derecho internacional, en especial, por cierto que plenamente útiles.

VIII. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

El acuerdo de arbitraje constituye la pieza fundamental del arbitraje, ya que en él se expresa la voluntad de las partes que deciden convenir la vía arbitral. No en vano, se ha llegado a señalar que “sin un convenio arbitral el arbitraje no existe”³¹.

A pesar de ello, no todas las legislaciones comparadas le otorgan idénticos efectos jurídicos. En este aspecto, por un lado, se observan algunas legislaciones menos evolucionadas, casi obsoletas, que mantienen aún la distinción en cuanto a los efectos jurídicos entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Esta posición sigue la línea que era común en la doctrina francesa de principios del siglo pasado, plasmada en el Código Procesal Civil de 1806³², que distingue por los efectos el convenio arbitral, según el momento que se celebra con relación a la controversia que se somete el arbitraje; la cláusula compromisoria es el contrato preliminar que se celebra antes del estallido de la controversia, el compromiso es el contrato que se celebra después de la aparición de la controversia³³. En una se está pensando que quizá pudieran surgir diferendos y en otro, se sabe cuáles son concretamente porque han aparecido. Tal como suelo decir, durante la celebración de la cláusula compromisoria las partes están celebrando, y ello en todas sus acepciones posibles, un contrato, de modo que están básicamente bien humorados, si bien piensan en eventuales controversias que pudieran surgir, las ven lejanas, casi improbables; en cambio, durante el compromiso arbitral, el

³¹ R. Santos Balandro, *Seis lecciones sobre arbitraje privado (interno e internacional)*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, p. 53.

³² *Vid. L'Alliance c. Prunier*, Court Francesa del 10 de julio de 1843.

³³ *Vid. A. Garro*, “El arbitraje en América Central y la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Nacionales para el Derecho Mercantil Internacional (“Uncitral”). Conferencia sobre Arbitraje Comercial. 13 y 14 de febrero de 1989. Guatemala City. American Bar Association. Section of International Law and Practice, pp. 1–44.

humor de las partes cambia debido a que las diferencias aparecieron efectivamente.

En el otro extremo, formando un colectivo más numeroso, se encuentran aquellos derechos estaduales que con buen criterio siguen la línea marcada por los textos internacionales como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo, que otorgan fuerza vinculatoria, operatividad a la convención de arbitraje sea que se haya celebrado antes o después del nacimiento de la disputa.

Equidistante y tomando características de ambas corrientes, se encuentra el derecho argentino de fuente interna plasmado en el art. 742 CPCCN, que le otorga a la cláusula compromisoria el efecto jurídico que permite a la parte pedir la formalización del compromiso mediante la intervención judicial. Aún cuando la ley arbitral otorgue la facultad de pedir judicialmente la formalización del compromiso, como es el caso argentino, la distinción tradicional entre cláusula compromisoria y compromiso tiene por efecto eliminar o al menos disminuir considerablemente, una de las ventajas fundamentales de arbitraje, esto es, la de evitar el litigio ante los tribunales de justicia.

Por lo tanto, “al otorgarse una categoría inferior a la cláusula compromisoria, se relega la cláusula arbitral al status inferior de contrato preliminar o, para decirlo en términos técnicos, se lo convierte en una promesa bilateral de someter eventuales disputas al arbitraje, forzándose de esta forma a una de las partes a recurrir a los tribunales para pedir el cumplimiento específico del convenio”³⁴.

Pues bien, el pacto arbitral en sus dos manifestaciones como cláusula compromisoria o compromiso arbitral, tiene una doble eficacia³⁵: una eficacia positiva, que consiste en la obligación de las partes de someter la desavenencia en la hipótesis que ella surgiera, a la decisión de los árbitros y una eficacia negativa, que implica la sustracción de la controversia del conocimiento de los tribunales estatales. La eficacia negativa “comporta la exclusión de la intervención de los tribunales de justicia para entender en el mismo tema que ha sido sometido al arbitraje”. En este último aspecto, cabe resaltar que la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales en la materia, se hacen cargo de la eficacia negativa del pacto arbitral ordenando a

³⁴ Vid. A. Garro, “El arbitraje en América Central y la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Nacionales para el Derecho Mercantil Internacional (“Uncitral”). Conferencia sobre Arbitraje Comercial. 13 y 14 de febrero de 1989, Guatemala City. American Bar Association. Section of International Law and Practice, pp. 1/44. Este autor señala en este que: “Cabe observar, igualmente, que en el derecho francés de donde se importó esta distinción, hace años que se ha otorgado a la cláusula compromisoria igual eficacia jurídica que el compromiso”.

³⁵ La expresión acuerdo de arbitraje es una denominación reciente ya que aparece y de allí incorporada a los instrumentos jurídicos en el art. II CNY, cuya idea subyacente fue equiparar el tratamiento jurídico desde el punto de vista de su operatividad, entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Vid. R. Santos Balandro, *La formalidad del acuerdo de arbitraje en los derechos latinoamericanos*, Ed. Albremática, 2005.

los tribunales estatales a “referir, remitir a las partes a arbitraje”³⁶. Esta asimilación acorde con las tendencias modernas, de otorgamiento de eficacia procesal al acuerdo arbitral, es la que ha sido seguida por la jurisprudencia argentina³⁷.

Un resabio de la noción clásica se encuentra representada por algunos derechos estaduales que aún se resisten, por sentir socavada la soberanía estatal a aceptar que se sustraigan las disputas de su jurisdicción. Y esta sensación de menoscabo muchas veces se ve reflejada en los requisitos solemnes que en materia de forma suelen imponer en la instrumentación del acuerdo arbitral, tales como escritura pública, instrumento público, homologación judicial, entre otras. Esta es por ejemplo, la posición asumida en 1989 por el legislador uruguayo en el Código General del Proceso, que distingue la formalidad de la cláusula compromisoria – que debe celebrarse por escrito, bajo pena de nulidad– y la del compromiso –que debe acordarse en acta o escrito judicial o en escritura pública, también bajo pena de nulidad–³⁸.

A su turno, otras legislaciones más avanzadas ven en el arbitraje una vía de solución de controversias, que lejos de atentar contra la soberanía estatal la refuerza, la realimenta, una institución que coadyuva al restablecimiento de la paz social, por lo que atenúan, morigeran el rigor formal del acuerdo arbitral. Dentro de es línea, se encuentran el art. 7.2° de la *Loi sur l'arbitrage commercial* de 1986 de Canadá; el art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación N° 14/97 de Ecuador; el art. 9 del Decreto Ley N°5/99 de Panamá; el art. 38 del Decreto 161/2000 de Honduras, todas las cuales exigen certeza del consentimiento o conocimiento de las partes; o el art. 10 de la Ley de Arbitraje de Guatemala; art. 23 de la Ley 772/97 de Costa Rica; entre otros numerosos textos legales.

En todo caso, tal como se advierte “los ordenamientos jurídicos contemporáneos muestran una tendencia a aligerar el convenio arbitral de requisitos formales. Se intenta conciliar la seguridad jurídica con la rapidez y masificación de las transacciones comerciales internacionales de nuestros días ante la evidencia de que la protección de las partes, perfectamente defendible en el plano interno, resulta más difícil de justificar en el comercio internacional, donde los agentes económicos que intervienen son conscientes de los riesgos de su actividad empresarial y poseen una mayor experiencia”³⁹.

³⁶ Convención de Nueva York, Art. II.3° y Protocolo de Ginebra de 1923, art. 4. *Vid.* A. Garro, *op. cit.*, nota 18, p. 4.

³⁷ *Vid.* Autor citado nota 24. *Brave de Schauppe, Irma y otro / Garnier de Brave, Delfin*, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A, 1976; *Lesniewicz, Leonardo c/Lesniewicz, Ladislao*, Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A, 1976. en *La Ley*, vol. XXXVII, p. 939. Tomados del trabajo citado en nota anterior.

³⁸ *Vid.* A. Garro, *op. cit.*, nota 24.

³⁹ A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 65.

Centrándonos específicamente en la reforma del texto bajo análisis relativo a la definición y forma del acuerdo de arbitraje, el inciso c), del art. 7 de la LMU señala lo que debe entenderse por acuerdo escrito, estableciendo que es aquél, “por el que las partes deciden someter a arbitraje cualesquiera controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria (incluida en el contrato) o la forma de un acuerdo independiente. Se considerará que el acuerdo consta por escrito, si queda constancia de sus términos en cualquier forma. Y si, el acuerdo o el contrato se hubieran celebrado en forma verbal se estimará que dicho acuerdo o contrato fueron confirmados mediante la ejecución posterior de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

El precepto dispone además “que el requisito de forma escrita en el acuerdo de arbitraje se cumplirá con una comunicación electrónica, si la información que en ella se consigna es accesible para ulteriores consultas. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos”, se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. Además se entenderá “que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra”.

Este artículo ciertamente extenso, que contiene una definición que no puede ser más amplia, tan abarcativa, mereció un interesante debate en la Comisión en el que se recordó que, a fin de garantizar una interpretación uniforme del requisito de la forma que respondiera a las necesidades del comercio internacional, convenía incluir una modificación, adjuntándole una guía para la incorporación al derecho interno y formular una declaración en la que se abordara una interpretación del párrafo 2) del art. II CNY que reflejara una “visión amplia y liberal del requisito de la forma”. Efectivamente, al revisar el art. 7, en mi forma de ver lo que se pretendió por elevación, es actualizar las leyes internas relativas a la cuestión del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, manteniendo al mismo tiempo la ejecutabilidad de tales acuerdos, tal como prevé la convención precedentemente citada.

Al lector le puede parecer redundante, y quizá le asista la razón, aquello de que un instrumento normativo en materia de arbitraje contenga disposiciones sobre comunicaciones electrónicas, cuando ellas ya figuran en otros instrumentos de la misma Uncitral, concretamente en la Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico y en la más reciente Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales⁴⁰. En efec-

⁴⁰ Vid. S.L. Feldstein de Cárdenas y L.B. Scotti, “La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en

to, la lectura de esta disposición permite rápidamente descubrir que se reproduce el párrafo 2 del art. 9 de la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas, en consonancia con las definiciones enunciadas en los apartados b) y c) de dicho instrumento jurídico internacional. Sin embargo, si nos atenemos a aquello que dice que lo que abunda no daña, se puede apreciar que esta redundancia seguramente termine por ofrecer una útil orientación a los legisladores a la hora de adoptar la LMU⁴¹.

En definitiva, en lo sustancial se trata de una disposición que se compadece ampliamente con la tendencia actual hacia la liberalización del requisito de la forma del acuerdo de arbitraje, lo cual importa brindar a los legisladores nacionales la posibilidad de optar por una solución sumamente atractiva casi tentadora y de cara al futuro. En cualquier caso, y esto es fundamental, recordemos que los tribunales estatales suelen interpretar la Convención de Nueva York a la luz de las disposiciones de la LMU, y que de este modo se estaría indicando a los tribunales estatales en el contexto de una solicitud de ejecución de un laudo arbitral, que si el acuerdo de arbitraje es válido de conformidad con la ley del lugar donde se sustancia el arbitraje, en virtud de la Convención, el laudo sería ejecutable en sus Estados parte. De modo, que el mensaje se presenta a la mirada como absolutamente claro.

La República Argentina aprobó por Ley 25.223 el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, suscriptos en Buenos Aires, Argentina, que en lo atinente a la forma y derecho aplicable a la validez formal de la convención arbitral, en el art. 6 dispone que “la convención arbitral deberá constar por escrito”, así como que “la convención entre ausentes sea instrumentada por el intercambio de cartas o telegramas con recepción confirmada”, y que “las comunicaciones realizadas por telefax, correo electrónico o medio equivalente, deberán ser confirmadas por documento original”.

El legislador del Mercosur indudablemente ha desaprovechado una excelente oportunidad legislativa en un doble sentido, por un lado porque su apego incondicional al soporte escrito sigue trasuntando su solapada desconfianza por la vía arbitral, y por el otro, porque al así hacerlo se opone abier-

materia de contratación electrónica”, *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, vol. XI, N°1, Buenos Aires, Otoño 2007.

⁴¹ Vid. S.L. Feldstein de Cárdenas, “La jurisdicción internacional en el comercio electrónico”, *Anuario Departamento de Derecho Privado*. Separata de la Revista del Notariado. Editorial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001, pp. 207–221; S.L. Feldstein de Cárdenas, “Arbitraje Electrónico: Una mirada al futuro”. Capítulo en la obra *Estudios de Arbitraje*. Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. Coordinador Académico Eduardo Picando Albónico. Editorial Jurídica de Chile. P. 567/583. 2006. “Acuerdos de elección de foro arbitral en el comercio electrónico” en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico el Dial: www.el-dial.com. Editorial Albremática. 29 de julio de 2005. “Arbitraje Electrónico: Una solución para y por Internet”, *Revista de Derecho Comercial, Temas y Actualidades. DeCita.*, 2004.

tamente a las tendencias contemporáneas en el ámbito internacional de liberalización de las formas en la materia. Sigamos analizando este artículo.

Según el párrafo 3 del art. 7, se entenderá “que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”. Desde ya considero que esta regulación puede llamar a confusión por constituir una deformación de lo que se entiende por escrito, ya que hay que distinguir la forma escrita de lo que se considera escrito, pero ello nunca incluye la forma oral. Una cosa es lo que es, otra es lo que se considera como si fuera, y otra es la que no es.

En lo que respecta a la cuestión de la firma de un acuerdo arbitral se presentan dos líneas interpretativas del art. II CNY, una que entiende que la firma del acuerdo arbitral es una *conditio sine qua non* para su validez, y otra que considera precisamente que no lo es⁴². Esta última opinión, es la predominante en la doctrina en tanto entiende que la firma sólo se requiere *ad probationem*⁴³. Y a ella adhiero categóricamente.

Llegado este punto, ya sin ningún juego de palabras, sencillamente cabe propiciar una interpretación que permita aplicar en materia de validez del acuerdo arbitral el derecho interno más favorable o la ley aplicable más favorable determinada por las reglas de conflicto del Estado ante quien se requiere el exequátur⁴⁴.

IX. Otorgamiento de medidas cautelares y órdenes preliminares

Los árbitros al impartir justicia tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*. A mi juicio, una interpretación errónea de estas atribuciones jurisdiccionales, han llevado a la equivocación de pensar que no se encuentran facultados para dictar medidas cautelares. Si bien se observa una tendencia francamente expansiva, aún quedan Estados recalcitrantes, que aferrados a prácticas superadas no sólo restringen el ámbito de la tutela judicial en el arbitraje, sino que se niegan a reconocer a los árbitros la facultad de decretar medidas cautelares. Ello evidencia claramente, la reticencia que muestran los jueces y tribunales en ciertos sistemas para ad-

⁴² *AGP Industries S.A. (Perú)*, US District Massachussets, 20 de septiembre de 2007, a favor de la primera interpretación, y *Sphere Drake Insurance PLC /Marine Towing Inc.*, de la segunda, *Int'l Arb. Rev.*, 8,1994.

⁴³ P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

⁴⁴ *Vid. Seaboard Corp. / Grindrod Ltda.*, N° WD67628, 2008, WL 123887, 15 de enero del 2008. En este caso la Corte de Apelaciones de Missouri sostuvo: “...Article II of the New York Convention, which requires an arbitration agreement to be “in writing.” This means in a contract or an arbitration agreement signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams”.

mitir que los árbitros lleguen a tener protagonismo en el establecimiento de medidas cautelares, sin distinguir claramente, entre la decisión de la procedencia de la medida y la ejecución de la misma.

La fundamentación de esta conclusión se basa en que el procedimiento ante la justicia estatal como ante la justicia arbitral suelen enfrentarse a idénticas vicisitudes, que obligan bajo ciertas circunstancias a plantear, impetrar el otorgamiento de medidas cautelares y órdenes preliminares. Así pues, en esta instancia hace su ingreso triunfal en el escenario procesal la justicia cautelar, que desempeña un papel de especial delicadeza y relevancia en cualquier procedimiento de solución de disputas, dado que cumple un doble cometido, por un lado, proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y por el otro, asegurar la ejecutabilidad de la decisión final. Esta tesis no resulta desdeñable, porque de esta forma las partes al lograrlas disuaden, evitan que la contraparte se encuentre tentada de provocar la destrucción de documentos, la desaparición de pruebas, entre otras posibles⁴⁵.

En la República Argentina la jurisprudencia tiene admitido aunque no uniformemente que "...los tribunales arbitrales dicten medidas cautelares, a los fines de dotarlos de instrumentos necesarios para alcanzar una mejor y eficaz solución de los conflictos y constituirse, de tal modo, en una opción real para los litigantes al margen de la solución jurisdiccional"⁴⁶.

En este punto se impone pues señalar, como lo hace la doctrina más calificada, que una interpretación correcta de la medida cautelar permite detectar dos elementos que la conforman, la toma de la decisión y la ejecución, que son esencialmente distintas, separables⁴⁷. Con buen criterio suele afirmarse que "...la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar y el dictado de la misma son propias y exclusivas de la competencia del árbitro y la ejecución como propia del juez, investido de *imperium*, que el árbitro no tiene..."⁴⁸.

⁴⁵ Vid. J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y Justicia Cautelar. Arbitration and Interim Justice", *RCEA*, 2007, y ejemplo tomado del autor, la Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de diciembre de 2003 (*TIM Internacional N.V*) que declaró la improcedencia de unas medidas cautelares pre-arbitrales en un arbitraje CCI que había establecido la sede en el extranjero entendiendo la ausencia de jurisdicción para decretarlas.

⁴⁶ *In re Pestaña, Odilio Alberto /Guerini, Oscar s/Inscripción de medidas cautelares*, Cámara de Apelaciones en lo Civil de Mar del Plata, Sala I, diciembre 2 de 1999, con comentario R. J. Caivano, "Medidas cautelares en el Arbitraje; una saludable rectificación de la justicia marplatense", *J.A.*, t. 187, p. 338.

⁴⁷ Vid. O.A. Gozaini, "Medidas cautelares y arbitraje", *J.A.*, 1992, IV, pp. 878/883.

⁴⁸ Vid. *Sasso, Nicolás /Neyra, Osbelia, J.A.*, 1998-IV, p. 46), acompañado con un interesante comentario realizado por Roque Caivano. En esta sentencia la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, confirma un fallo de Primera Instancia sosteniendo que: "nuestra legislación procesal, adscripta a que la función jurisdiccional sea exclusivamente ejercida por el Poder Judicial, impide que los árbitros la decreten. La medida cautelar preventiva no puede ser decre-

En este último aspecto, la Ley Modelo de 1985 contempla la posibilidad de la adopción de medidas cautelares por los tribunales arbitrales, a quienes faculta, salvo acuerdo en contrario de las partes y a petición de una de ellas, a ordenar a cualquiera de ellas que adopte medidas provisionales o cautelares respecto del objeto del litigio. Así lo dispone el art. 9 cuando establece que:

“No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones judiciales o durante su transcurso, solicite de una tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas”.

Sobre este punto, el derecho argentino tiene establecido en el art. 753 CPCCN que: “Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”. Respecto al alcance que corresponde asignarle a la disposición transcrita, los tribunales argentinos no deberían tener dudas sobre este aspecto, ya que del propio tenor del texto se desprende semánticamente la correcta interpretación. Efectivamente, el vocablo compulsión significa “apremio, fuerza que se hace para compeler a alguien a que ejecute una cosa” y compeler es “obligar a alguien, con fuerza o autoridad, a que haga lo que no quiere”. Del tenor literal se sigue, que lo que les estaría vedado a los árbitros es forzar, ejecutar las medidas cautelares, no disponerlas. Aunque claro, este es mi pensamiento, no de la jurisprudencia argentina.

Volviendo a la LMU cabe señalar que el art. 17 dedicado a las medidas cautelares, consta de 5 secciones y 11 apartados, y el cual dispone que “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”. Este precepto, tal como se ve, marca la regla según la cual los árbitros pueden, salvo la voluntad de las partes, disponer medidas cautelares. Seguidamente, aunque no de menos importancia, es la introducción de una definición, una calificación autárquica de medida cautelar, entendida como toda medida temporal otorgada en forma o no de laudo, por la que el tribunal arbitral ordene a una de las partes:

- a) mantenga el “*status quo*” antes de que se dirima la controversia;
- b) adopte medidas para impedir daños inminentes al procedimiento arbitral o menoscabo del mismo;
- c) proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar el laudo; y
- d) preserve ciertos elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia.

tada por un Tribunal Arbitral y, por ende, no es posible efectivizarla mediante una rogatoria a un Juzgado o Tribunal de Justicia Provincial u ordinario que no la ha decretado previamente”.

A continuación la disposición enumera los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares, en el caso de que el tribunal estatal esté convencido de que dicha denegación se justifica, así como cuando el propio foro resuelva que dichas medidas sean incompatibles con sus facultades, o existan algunos de los motivos de denegación previstos en el art. 36 LMU para la ejecución de laudos arbitrales.

El Grupo de Trabajo elevó una “Propuesta sobre la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo” (Propuesta Uncitral), con arreglo a la que se convino en la necesidad de insertar un Capítulo IV *bis* (“Medidas cautelares y órdenes preliminares”), poniendo especial atención a las potestades del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, a las condiciones para su otorgamiento, modificación, suspensión y revocación y al reconocimiento y ejecución de las mismas.

Conforme al art. 17 *undecies*, se dispuso que “El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional”.

“Cualquier parte podrá solicitar una *orden preliminar* del tribunal arbitral, cuando se intente adoptar una medida cautelar sin dar aviso a la otra parte y le pida (al tribunal) que ordene a la otra parte que no frustre la finalidad de aquella”. Y sigue diciendo que “después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de *orden preliminar* el tribunal arbitral deberá notificar a todas las partes la solicitud respectiva, en caso de haberla otorgado, así como de todas las comunicaciones al respecto; simultáneamente concederá a la parte afectada por la orden preliminar la oportunidad de hacer valer sus derechos”.

“Las órdenes preliminares son vinculantes para las partes, pero no son susceptibles de ejecución judicial; tampoco constituyen un laudo. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, así como exigir al solicitante de una medida cautelar que otorgue una garantía adecuada; asimismo, podrá exigirla al peticionario de una orden preliminar, si lo considera apropiado. Los solicitantes y peticionarios de una medida cautelar o de órdenes preliminares serán responsables de las costas y de los daños y perjuicios que una y otras puedan ocasionar a la parte contra las que sean aplicables”.

De la simple lectura de la disposición transcrita, surge con meridiana claridad que la inclusión de las denominadas órdenes preliminares o medidas preliminares *in audita parte* o *ex parte*, constituye una significativa como sustancial alteración legislativa, que obviamente se debió introducir después de un arduo debate, entre las defensas con fundamento en el nivel de con-

fianza que ha alcanzado el arbitraje para los operadores de los negocios internacionales o quines las cuestionaban, porque pensaban que su aceptación atentaría contra la convivencia respetuosa entre los tribunales arbitrales y estatales.

Pero sin lugar a dudas, lo que más polémica produjo fue la cuestión de la ejecutoriedad de las medidas cautelares, y sobre todo, la posibilidad de su otorgamiento sin audiencia de la contraparte. Se escucharon argumentos que adujeron desde razones de inequidad procesal, ineficiencia práctica hasta la alteración del sistema de cooperación entre tribunales arbitrales y estatales. Veamos.

En primer lugar se temía que las *órdenes preliminares* atentaran contra el principio de imparcialidad procesal al permitir el contacto de una de las partes con el tribunal arbitral. Se adujo que al ser el mismo órgano el que estaría obligado a intervenir en la solicitud de las medidas cautelares y en la decisión del fondo de la controversia, se produjera la inclinación de la balanza a favor de una de las partes, disminuyendo hasta anular la bilateralidad del proceso.

El segundo argumento sostuvo que, desde el punto de vista práctico, no existe necesidad de solicitar medidas preliminares, pues ellas resultan ineficaces, ya que aún obtenidas requieren de la intervención de los tribunales estatales.

El último argumento, más conservador, señalaba que si el crecimiento del arbitraje fue posible con el monopolio de los tribunales estatales en materia de medidas cautelares *ex parte*, no hacía falta innovar en este aspecto. Aunque como respuesta a este planteo, se adujo que si las partes optan por el arbitraje mantener esta facultad refuerza la inicial voluntad de las partes de sustraer las controversias de la esfera de los tribunales estatales.

Como resultado de este debate, el art. 17 bis acaba por conceder fuerza ejecutoria a las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral, aunque reservando este alcance para las medidas cautelares *inter partes*, equiparándose a los laudos.

Para culminar este apartado, cabe resaltar que el inciso e) del Capítulo II, está relacionado con la última de las modificaciones aprobada por la Uncitral al texto de la LMU, y referida a su art. 35, segundo párrafo. Este precepto en su versión original disponía que para el reconocimiento y ejecución de los laudos, la parte que la solicite deberá suministrar el laudo original o una copia certificada del mismo, así como del acuerdo original de arbitraje. La versión reformada elimina la referencia al "acuerdo original de arbitraje" conservando sólo el requisito de presentar una traducción del laudo al idioma oficial del Estado en que se presenta la solicitud de ejecución, en caso de no estar redactado en dicho idioma.

X. Recomendación sobre la interpretación de la Convención de Nueva York

La Comisión como colofón de su labor legislativa, elaboró el texto de recomendación acerca de la interpretación que debe darse al párrafo (2) del art. II y al párrafo (1) del art. VII CNY, considerando que al llevar a cabo dicha interpretación “debe de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, así como el asegurar la aplicación uniforme de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional”.

Durante la sesión del mes de julio del 2006, se resolvió que teniendo en cuenta la existencia de ciertos instrumentos jurídicos internacionales, como la LMU (y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al art. 7), la Ley Modelo de la Uncitral sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la misma Comisión sobre Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; así como que en los últimos años se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige a) los acuerdos de arbitraje, b) los procedimientos arbitrales y c) la ejecución de las sentencias arbitrales, mismas que han dado origen a una amplia jurisprudencia, recomienda:

Que el párrafo 2) del art. II CNY se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, y

Que el párrafo 1) del art. VII de la citada Convención, se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de las leyes o tratados del país en donde se invoque el acuerdo de arbitraje, a fin de obtener el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo.

XI. Conclusiones

1^a.- El arbitraje como método de solución de las disputas por antonomasia en la esfera de los negocios internacionales, no pretende reemplazar, ni desplazar a la justicia estatal, ni conmovier las bases del sacrosanto monopolio jurisdiccional de los Estados. Antes bien, la justicia estatal y la justicia arbitral serán más eficaces si aprenden a interactuar, ya que ambas participan en la noble labor de administrar justicia, aunque los árbitros al no poseer atribuciones de hacer ejecutar lo juzgado, agotan su función con el pronunciamiento del laudo. Por eso son árbitros, sino serían jueces. No hay en modo alguno superposición, confrontación de ámbitos, sino que ambas “justicias” se necesitan mutuamente y se complementan cuando por un lado, los tribu-

nales arbitrales son llamados para entender en aquellas materias disponibles para las partes, dejando que las otras cuestiones las resuelvan los jueces y cuando los tribunales estatales son requeridos para asistir a la justicia arbitral en materia de medidas cautelares, de órdenes preliminares y de reconocimiento y ejecución de los laudos, entre otras. Los árbitros deben ser conscientes que encuentran acotada su actividad jurisdiccional al acuerdo de arbitraje, en el que fueron designados en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, que es su sustrato. Los jueces deben ser conscientes que encuentran agotada su intervención cuando son requeridos en casos excepcionales.

2^a.- La elección de la sede como derivación de la voluntad de las partes, no es una decisión indiferente para la suerte del arbitraje, ya que ella desencadenará el nexo, el contacto territorial necesario como lugar desde donde o en el que se conducirá el arbitraje, para erigirse en un punto de inflexión en la determinación del marco jurídico del arbitraje así como de las autoridades judiciales con competencia para intervenir sea positivamente cuando deban asistir a los árbitros, o negativamente cuando actúen en materia de anulación o inejecución de los laudos.

3^a.- El lugar donde se conduce el arbitraje adquiere una relevancia inusitada en tanto proyecta singulares y decisivos efectos, razón por la cual las partes en los arbitrajes comerciales internacionales se encuentran inclinadas a elegir como sede aquellos Estados que además de brindar una regulación que proporcione seguridad jurídica, prometan no interferir más allá de lo estrictamente necesario en el desarrollo del arbitraje.

4^a.- Un Estado que regula satisfactoriamente el arbitraje y convierte en fiable su empleo masivo, contribuye en materia decisiva a convertirse en un potencial centro de arbitraje internacional. Las vías y las modalidades en que un laudo puede ser atacado depende de la regulación que de tales aspectos efectúe la ley conforme con la cual se efectuará la revisión judicial, es decir, la ley del país de la sede del arbitraje. La medida, la extensión del control judicial se encuentra generalmente ligada al alcance de la autonomía de la voluntad de partes.

5^a.- Las nuevas disposiciones de la LMU se encuentran destinadas a regular temas de fundamental relevancia y delicadeza en materia de arbitraje, tales como el régimen de las medidas cautelares o la forma escrita del convenio arbitral, así como las recomendaciones relacionada con la interpretación de determinados preceptos de la CNY. Las soluciones propuestas apuntan, sino a eliminar, a atenuar los peligros que encierra una ley nacional, cuyas previsiones no se encuentren adecuadas a los parámetros internacionales en los que resalta como valor fundamental el respeto de la autonomía de la voluntad acordada por las partes en el acuerdo de arbitraje.

6^a.- Se encuentra en pleno desarrollo en el mundo, y de ello no debería escapar la República Argentina, la tendencia a imponer limitaciones a la revisibilidad judicial de los laudos basada en la sólida convicción de que la materia de estas controversias constituye un asunto propio de los árbitros y no le está dado al juez pronunciarse sobre el acierto o error de lo que ellos han decidido en torno a la específica relación negocial que originó el litigio⁴⁹.

7^a.- La trascendencia práctica que ha adquirido el arbitraje comercial internacional, justifica la creciente atención que el legislador nacional e internacional prestan a la institución, que inexorablemente deben traducirse en el diseño de un régimen flexible, apropiado, adaptado a las realidad imperante. Por ello, la República Argentina clama para que sus jueces estimulen los arbitrajes comerciales internacionales y, que sus legisladores pongan al día la legislación nacional, para lo cual contemplarán en su mirada la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional.

⁴⁹ P. Fouchard, "L'arbitrage comercial et le législateur", *Etudes dédiées a René Rablot*, París, 1984, p. 75.