

Arbitraje internacional en el nuevo macro-orden transnacional.

International Arbitration in the new transnational macro-order¹

Martín Rearte²

07-10-2009

RESUMEN: El objeto de este trabajo es reflexionar sobre la presentación positiva e histórica del arbitraje internacional, en forma paralela a su representación normativa y teórica. Igualmente, observar la construcción normativa regional y nacional del instituto y su relación con la evolución transnacional de la *lex mercatoria*. Además, exponer acerca de las consecuencias y alcances positivos en cada uno de estos órdenes, evidenciando el entramado discursivo y normativo construido.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – INTERNACIONAL- LEX MERCATORIA- ORDEN JURÍDICO- TRANSNACIONAL

ABSTRAC: The purpose of this paper is to rethink about the positive historical presentation of international arbitration, in line with its normative representation. Besides, to show the regional and national normative construction, and its relationship with the transnational evolution of *lex mercatoria*. Finally, to expose about the positives reaches and consequences in each order, showing the normative and discursive construction behind them.

KEYWORDS: INTERNATIONAL – ARBITRATION - LEX MERCATORIA- LAW SYSTEM- TRANSNACIONAL

I. El arbitraje en el orden nacional y el macro-orden transnacional.

Dentro de las categorías integrativistas, la nueva *lex mercatoria* puede ser conceptualizada como un macro-orden transnacional de repartos, que busca seguir una estructura horizontal dada por la *ejemplaridad* de la costumbre y la jurisprudencia y por la *autonomía* de los tratados, aunque sin por esto desvincularse de los aspectos autoritarios propios de los órdenes verticales³. En ambos sentidos, su funcionamiento

¹ Parte de este trabajo fue presentado en el XXI Congreso AADI (Asociación Argentina de Derecho Internacional), en la ciudad de Córdoba, durante los días 1 a 3 de octubre de 2009.

² Abogado. Doctorando en la carrera de Derecho, mención en Derecho Internacional, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Estudios de posgrado en la Universidad Nacional de Buenos Aires, Freie Universität de Berlin y The Hague Academy of International Law, entre otros. Profesor Adscripto Cátedra Derecho Internacional Público, Universidad Nacional de Cuyo, 2005-2007, 2009. Investigador Becario CONICET Argentina (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas) desde 2006. reartemartin@hotmail.com

³ Sobre las corrientes integrativistas trialistas, puede verse Goldschmidt Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6 ed., De Palma, Buenos Aires, 1996; Ciuro Caldani Miguel Ángel, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, 1 ed., Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000. Sobre el concepto de nueva *lex mercatoria* puede verse Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel, Goldman Berthold, *International Commercial Arbitration*, 1 ed., Kluwer Law International, The Hague, 1999, 1443 y ss; Goldman Berthold, "Frontieres du droit et *lex mercatoria*", *IX Archives de philosophie du droit*, 1964, 177-192, 177; Goldman Berthold,

requiere de las tareas de reconocimiento, asunción y ejecución de cada reparto, desarrolladas en última instancia por repartidores para-autónomos arbitrales, quienes deben a su vez coordinar esas tareas con repartidores autoritarios judiciales dentro de cada orden nacional⁴. Tanto unos como otros comparten fines en sus tareas, es decir, las orientan hacia la búsqueda de una adjudicación *valiosa o justificada*, además de procurar no caer en un reparto *frustrado*. Los árbitros actuarán con el mismo objetivo con que lo hacen los jueces estatales: esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes⁵. En este sentido, todo repartidor en ejercicio de la función jurisdiccional, ya sea autoritario o para-autónomo, realiza las tareas de reconocimiento, asunción y ejecución valorativa con el mismo objetivo que todo repartidor supremo: alcanzar una adjudicación valiosa y realizable.

El arbitraje internacional se presenta así como el medio de reparto que mejor realiza los valores propios de la horizontalidad. Si bien existen casos excepcionales donde es impuesto en forma vertical, el reparto para-autónomo arbitral nace en la mayoría de los casos de la voluntad de las partes. Ya sea mediante la firma de una cláusula compromisoria en el acuerdo original, o de un compromiso arbitral posterior – formalizada una vez que ha surgido el conflicto-, y una vez notificadas las partes de la aceptación de los árbitros, el procedimiento arbitral sustrae el reparto del poder inherente al repartidor autoritario judicial. **Pero el último no abandona el litigio**, dado que en el estado evolutivo actual de la *lex mercatoria*, será necesaria su intervención para ejecutar las decisiones arbitrales, tanto las correspondientes a medidas precautorias como las que integren el reparto definitivo⁶. En este sentido, los órdenes nacionales conservan aún su papel como instrumentos de ejecución, al cual debe recurrir el agraviado en aquellos casos que sea necesario el auxilio de la orden judicial, observándose una relación de **coadyuvancia vertical inter ordinal en ambos sentidos**. En el primero, si entendemos válida la posibilidad de que un reparto para-autónomo declare la inconstitucionalidad de uno autoritario, el primero deberá necesariamente apoyarse luego en uno posterior de autoridad⁷. En el segundo, si admitimos la revisión autoritaria judicial del reparto para-

“La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realite et perspective”, 106 *Journal Droit International*, 475 (1979); Gaillard Emmanuel, “Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, 10 *ICSID Review*, 208-231, 208 (1995); F. Dasser, *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria, Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion uber ein nichtstaatliches Handelsrecht*, 40 (Freie Universitat, Berlin, 1989). Dentro de la *lex mercatoria* consideramos comprendido el Derecho Internacional en materia de *inversiones* –Convenios multilaterales y bilaterales para la protección de inversiones- y el Derecho Internacional comercial –WTO, GATT y GATS-. A los efectos de este trabajo nos concentraremos en el primero.

⁴ Miguel Ángel Ciuro Caldani, op cit., 81.

⁵ Gaillard Emmanuel, *Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*, 27-30 (1 ed., Academie de Droit International-ADI-Poche, Leiden-Boston, 2008).

⁶ Art. 22 inc. 4 Reglamento de la CCI, permite a los árbitros solicitar medidas cautelares al Poder Judicial nacional. Ello concuerda con el art. 17 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL. El art. 23 convalida este principio: los árbitros pueden ordenar cualquier medida preliminar o conservatoria que juzgaren apropiadas, aunque no podrían revocar la medida cautelar ordenada judicialmente. Aunque este punto es discutido en doctrina, dado que la naturaleza precaria de las medidas cautelares permitiría a los árbitros rever decisiones judiciales. Puede verse Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel, Goldman Berthold, op. cit., 1443. Si bien en el caso argentino el art. 753 CPCC prohíbe expresamente a los árbitros decretar medidas compulsorias y de ejecución –asimiladas a las medidas cautelares-, la doctrina reconoce la jurisdicción arbitral para dictar medidas cautelares, aunque carezcan de imperio para ejecutarlas con el auxilio de la fuerza pública. Cuando la fuerza no sea necesaria, parte de la doctrina le reconoce al árbitro esa facultad. Puede verse Arazi Roland, “Arbitraje nacional e internacional”, *LA LEY*-2005, 1343 (2005).

⁷ Arazi Roland, op. cit., 1344. Para la doctrina que entiende que los árbitros no cumplen una función jurisdiccional, no pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas, acto de última ratio del ordenamiento jurídico, facultad

autónomo arbitral. Dentro de cada orden nacional, sin embargo, la parte agraviada no podría recurrir al repartidor judicial en el caso que haya renunciado a ese recurso, salvo en caso de *nulidad* por falta esencial del procedimiento, o en caso de haber fallado los árbitros fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos; supuestos en que es irrenunciable⁸. En este sentido, los repartidores judiciales han aceptado la posibilidad de revisión de un laudo arbitral interno, expresando que la renuncia a apelar una decisión arbitral no puede extenderse a supuestos en que los términos de su decisión contraríen el orden público, o sean “inconstitucionales, ilegales o irrazonables”, por afectar “la igualdad de trato entre las partes o el adecuado ejercicio del derecho de defensa”⁹. Como vemos, la **independencia del repartidor arbitral con respecto al judicial no es total en la actualidad dentro de los órdenes nacionales**, como tampoco lo ha sido a lo largo de la historia con respecto al arbitraje internacional.

II. Presentación positiva del arbitraje internacional

La presentación positiva del árbitro como supremo repartidor no ha sido uniforme históricamente, oscilando desde una posición privilegiada a una relegada dentro del *mundo jurídico*. En sus orígenes, el arbitraje nacido de la voluntad de las partes gozaba de una consideración especial como medio de realización de la solidaridad horizontal, por lo que era concebido como “el más sagrado de todos los tribunales”¹⁰. Como expresión del acto que tuvieron en miras las partes al prever el mecanismo de solución de sus conflictos, el instituto evoluciona históricamente con una alta consideración jurídica, es decir, como un medio de reparto *valioso*. En la época medieval eran numerosos los arbitrajes donde importantes personalidades actuaban como repartidores para-autónomos, no sólo reglando cuestiones políticas y territoriales sino también domésticas, especialmente las comerciales¹¹. Como señala la doctrina, esta tendencia continuó hasta el siglo XVIII, mientras “no existía o era mínima regulación de normas nacionales con respecto al arbitraje internacional. La comunidad comercial había sido dejada a una estructura libre, que usaba el arbitraje porque se amoldaba a sus

inherente a la función judicial. Para otros, los árbitros de derecho deben resolver las cuestiones que le someten las partes de acuerdo al derecho vigente, en cuya cúspide se encuentra la Constitución.

⁸ Arazi Roland, op. cit., 1351. el autor cita CSJN *Garber y otro c. titular del Juzgado Comercial N° 9*, 26/08/2003, JA, 2003-IV-838, donde la Corte entendió que el recurso extraordinario sólo es admisible contra **sentencias definitivas dictadas por los superiores tribunales de justicia**; no procede contra decisiones de un organismo que no pertenece al Poder Judicial y no se podría recurrir a dicho tribunal para impugnar un laudo arbitral. El procedimiento es disponible y la renuncia al recurso de apelación y de nulidad implica necesariamente la imposibilidad de revisión por la Corte **salvo** que, habiéndose renunciado a interponer los recursos de apelación y de nulidad, se pidiera la **nulidad del laudo** -por los motivos en que este recurso es irrenunciable- y, planteándose la cuestión federal, se recurra a la Corte contra la decisión del superior tribunal de justicia que entendió en la nulidad. El autor agrega que pese a que los criterios de nulidad son meramente formales, muchas veces son ampliados interpretativamente a cuestiones del contenido de la decisión. En este sentido cita *Entel e YPF c/ Sargo* de 1974, donde se admitió el recurso de nulidad para analizar el objeto mismo del laudo, es decir, en su contenido

⁹ CSJN, *José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.; Entidad Binacional Yacyretá c. Eriday y otros*, Fallos: 292:223

¹⁰ Gordillo Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, II, XVII-6 (5 ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002). El autor cita a Platón, quien expresaba en *Las leyes*: “el más sagrado de todos los tribunales debe ser el que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo” ese debe ser el primer modo de resolución de conflictos, y si las partes por desacuerdo deben recurrir a la justicia, “la pena será mayor para el que pierda”.

¹¹ Puig Juan Carlos, *Derecho de la Comunidad Internacional*, I, 46 (1 ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974).

necesidades. Las primeras formas existían sin la bendición de los mecanismos judiciales y leyes nacionales de los Estados donde se operaba”¹².

En ese período histórico, el arbitraje se consolida como elemento fundacional de la clásica *lex mercatoria*, en su papel de forma de reparto *transnacional*. Para resolver las disputas entre comerciantes pertenecientes a distintos Estados, los repartidores para-autónomos aplicaban la “costumbre nacida de la visión y necesidad propia de los comerciantes, además de las reglas legales y demás estándares, sobre los cuales se determinaban los derechos y obligaciones de las partes, a veces nutrido de técnicas y sustancias de la ley local. Este era un derecho comercial internacional aplicable a estas transacciones internacionales: la *lex mercatoria* de esos tiempos”¹³. Sin embargo, la consolidación del instituto sufre distintos altibajos históricos, sobre todo como forma de reparto *internacional*, es decir, entre los Estados europeos. En el siglo XIX reaparece su función central, “pero sobre la base del consentimiento de las partes en el conflicto. Esto tiene su explicación. En un primer momento, los Estados nacionales, muy celosos de su soberanía, no aceptaban que un ajeno pudiera arbitrar en sus disputas”¹⁴. Acompañando los procesos industriales, comerciales y financieros, el instituto continúa su desarrollo hasta mediados del siglo XX, con fuerte presencia de los nuevos actores internacionales: inversores y empresas transnacionales. Sin embargo, y como expresamos, los órdenes nacionales “asumieron el control de muchos aspectos del arbitraje a través de sus leyes nacionales e intervenciones judiciales. En este período fue que el arbitraje se volvió más formal con el desarrollo y adopción de legislación arbitral específica”¹⁵.

En forma paralela a la expansión de la verticalidad nacional, observada en el último período de su evolución, los repartidores judiciales comienzan a objetar al arbitraje como un mecanismo válido para la resolución de disputas, ya sean sobre asuntos internos o internacionales. Aunque las partes provinieran de jurisdicciones distintas, o el arbitraje tuviera lugar en un tercer Estado, el instituto se mantenía como una cuestión doméstica: siempre sujeto a la norma y al control del repartidor nacional. Si el arbitraje no era nacional, era entonces extranjero, por lo que se lo consideraba sujeto a otro orden nacional. En este caso, el Derecho Internacional Privado a través de sus reglas de conflicto de normas, establecía cuál prevalecía para una cuestión determinada¹⁶. A mediados del siglo XX comienza un proceso de internacionalización del instituto, dentro del macro-orden internacional de repartos, apoyado discursivamente en las teorías de la nueva *lex mercatoria* y en la “incorporación de las necesidades del mundo comercial y los deseos soberanos de asegurar una base de imparcialidad”¹⁷. Las diferencias con otros momentos históricos en la evolución paralela del arbitraje-*lex mercatoria* eran claras: el poder económico central se había trasladado de Europa a Estados Unidos, en pleno proceso de guerra fría con la Unión Soviética, además del incipiente proceso de descolonización en África y Asia y del aceleramiento comercial

¹² Lew Julian, “Achieving the dream: autonomous arbitration”, 22 *Arbitration International, Journal of The London Court of International Arbitration*, Nro. 2, 183 (2006).

¹³ Lew Julian, op. cit., 184.

¹⁴ Puig Juan Carlos, op. cit., 52.

¹⁵ Lew Julian, op. cit., 184. El autor cita como ejemplos la *English Arbitration Act* de 1698, la Ley Francesa de arbitraje incorporada en el CPCC de 1806 y el CPCC Alemán de 1879.

¹⁶ F. Mann, “Lex Facit Arbitrum”, *International Arbitration, Liber Amicorum* Nro. 15, 157-183, 158 (1967).

¹⁷ F. Mann, op. cit., 161. El autor utiliza el término *fairness*, el cual puede ser interpretado tanto restrictivamente como *imparcialidad* o ampliamente como *justicia*.

producto de la reconstrucción de posguerra¹⁸. En este marco, el flujo del comercio internacional se asentaba ahora en el esquema periferia-centro, lo que llevaba a acentuar la desconfianza recíproca: de los Estados desarrollados con respecto a los repartidores nacionales; y de los Estados en desarrollo con respecto a los órdenes normativos de los exportadores de capital. El proceso de internacionalización en estos términos se confirma y profundiza a partir de la década de 1960, con la bilateralización de tratados de protección de inversiones internacionales, proceso que se acentúa hasta la década de 1990, aún ante la persistencia de las diferencias originales.

Dentro de este proceso histórico de internacionalización del arbitraje, los cambios positivos experimentados en su dirección y estructura, tanto intra como inter ordinales, ponen énfasis en reflejar la convergencia del pensamiento moderno en materia comercial transnacional, apoyado discursivamente en las teorías de la nueva *lex mercatoria*. Pero estas percepciones no son uniformes para todos los Estados involucrados en los procesos arbitrales internacionales, manifestado en distintas divergencias culturales. Así, la percepción histórica del arbitraje internacional en América Latina, como medio horizontal alternativo de resolución de conflictos, no lo presenta como un instituto jurídico arraigado a la tradición de sus órdenes nacionales. Es más, hasta mediados de la década de 1970, los órdenes latinoamericanos mantenían una tradición normativa muy arraigada en contra del instituto. En este sentido, el proceso para-autónomo que admitiera al Estado como parte constituía *más la excepción que la regla*, demostrando que la cultura jurídica tradicional de la región se oponía e imponía positivamente sobre el incipiente macro-orden transnacional¹⁹. Sin embargo, la evolución histórica del instituto en la región da un giro en forma paralela a la consolidación del macro-orden transnacional, a mediados de la década siguiente. Entonces, la postura original sostenida en los órdenes nacionales fue dejada de lado, “cuando la región reconoció la necesidad de proveer mayor protección al inversor extranjero, quien se veía cauto de comprometer mayor capital dado el temor ante disputas resueltas en tribunales locales, o árbitros internacionales cuyos laudos serían de dudosa ejecutoriedad”²⁰. Sin embargo, la doctrina reconoce aún a la región como territorio hostil para la consolidación del instituto²¹.

¹⁸ Orellana Marcos, “Science, Risk and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disciplines”, en *New Aspects of International Investment Law*, 756-757 (Philippe Kahn, Thomas Walde, Ed., Kluwer Law International, 2004).

¹⁹ Gordillo Agustín, op. cit., XVII-13. Este era el criterio en las Constituciones Nacionales de Honduras y Venezuela; así como en el Código de Inversiones Extranjeras del Pacto Andino (el art. 51 expresamente prohibía introducir en un instrumento aplicable a los inversores extranjeros alguna cláusula que establezca un mecanismo internacional de diferendos en materia de inversiones), y en el Protocolo de Cartagena de Indias que reforma la Carta de la Organización de Estados Americanos (art. 35 recuerda expresamente que las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores).

²⁰ Blackaby Nigel, Noury Sylvia, “International Arbitration in Latin America”, 4 *Freshfields Bruckhaus Deringer International Arbitration Group*, 19-21 (2002). Para los autores, los primeros pasos fueron dados por el cap. X del NAFTA (que preveía el arbitraje luego de haber intentado resolver la disputa a través de consultas o negociaciones), la Decisión 220/1987 del Pacto Andino (que permitía a cada uno de sus miembros elegir, bajo su legislación nacional, los mecanismos de solución de controversias aplicables a los contratos de inversiones extranjeras) y la suscripción de los primeros BIT en la región.

²¹ Blackaby Nigel, Noury Sylvia, op. cit., 21-23. Los autores citan los casos *Companhia Paranaense de Energia (COPEL) v UEG Araucaria Ltda.*, junio de 2003; *AFA Consultores y Constructores SA v Empresa Electrificadora de la Costa Atlántica, Electrocosta SA ESP*, septiembre de 2004. A ellos podríamos sumar el citado fallo *Cartellone*, de la Corte argentina

En nuestro país la evolución histórica del arbitraje internacional no se identificó en sus orígenes con la tradición hostil latinoamericana. En este sentido, el orden nacional comenzó en el siglo XIX admitiendo abiertamente el instituto, para todas las controversias de cualquier naturaleza, salvo aspectos estrictamente constitucionales. En la misma dirección, un siglo después el mismo orden admite el mecanismo para el reparto de cuestiones patrimoniales, proceso que se acentúa con la adhesión a los primeros tratados multilaterales –tanto regionales como universales– para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros²². Sin embargo, con respecto al arbitraje doméstico, la doctrina señala innumerables ejemplos normativos nacionales que hacen al menos una consideración “menor” del instituto, lo que demuestra que la tradición jurídica argentina no ha internalizado al arbitraje como una forma valiosa de reparto, como mecanismo de resolución horizontal y solidario²³. Este razonamiento opera en el fondo de la resistencia local actual al instituto, materializada tanto en la oposición inicial a la prórroga jurisdiccional, como a los distintos obstáculos interpuestos al momento de constitución del tribunal, y luego a la ejecución del reparto. Así, la percepción del arbitraje internacional dentro del orden nacional opera históricamente como un fuerte límite cultural a su funcionamiento, presentándolo como un fenómeno jurídico menor, debajo o en las *fronteras* del Derecho. Desde ese punto, el repartidor para-autónomo internacional no sólo deberá resolver el conflicto en forma imparcial, sino además “convencer a las eventuales jurisdicciones de ejecución o revisión que se hallan ante una pieza jurisdiccional sólida”²⁴. A partir del proceso de internacionalización observado a mediados del siglo pasado, esta reticencia original con respecto al instituto de acrecienta dentro del orden nacional. Aún con su consagración normativa internacional, el arbitraje sigue siendo considerado positivamente en las *fronteras* del orden nacional, como una excepción sólo aceptado ante “cuestiones que puedan ser objeto de transacción”, es decir, cuestiones financieras que versen sobre derechos disponibles derivados de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. Pero no sobre cuestiones que afecten el ejercicio de prerrogativas de la administración pública o de funciones esenciales del Estado.

III. Representación normativa del arbitraje internacional

²² Art. 7 de la ley 20.548 –modificatoria de la ley permanente de presupuesto 11.672– autorizó expresamente al Poder Ejecutivo en el año 1973 a “someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya”; *Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional*, acordada en el marco de la OEA en 1975. La República Argentina la ratificó mediante ley 24.322 del 5-01-1995; *Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, abierta a la firma el 10-06-1958, ha sido ratificada por 128 países. La República Argentina la ratificó mediante Ley 23.619 del 28-09-1988.

²³ Gordillo Agustín, op. cit., XVII-4-5. El autor cita distintas soluciones codificadas en el orden nacional, las cuales indican “que no se ve al arbitraje como un modo objetivo y normal de resolver controversias, sino tan sólo de negociar. En suma, la tradición jurídica argentina no es internamente proclive al arbitraje, como forma de resolución de conflictos”.

²⁴ Gordillo Agustín, op. cit., XVII-8. El autor agrega: “debe ser y parecer razonable, más allá de toda sospecha, indubitable en su seriedad (...) Debe satisfacer también el test de la opinión pública y de las jurisdicciones a las cuales haya luego que pedir su ejecución, pues de lo contrario se ganará un arbitraje pero no un sistema arbitral, y hasta se puede perder en los hechos lo que se ganó en la sentencia arbitral”.

La evolución de la presentación positiva, intra ordinal e histórica, opera como muestra de las distintas representaciones normativas que se han tenido sobre el arbitraje como medio de reparto *horizontal* y *solidario*. Así, más allá de su origen como “el más sagrado de todos los tribunales”, el instituto en algunos momentos “fue colocado como medio preferido para la solución de conflictos privados frente a la justicia ordinaria, en otros fue colocado en un mismo pie de igualdad de ésta última y en ciertas oportunidades en un lugar oscuro, considerado como algo decadente y obsoleto”²⁵. Estas representaciones normativas podían coincidir puntualmente en un mismo momento histórico, o disentir transversalmente por distintas escuelas de pensamiento. En el primer caso, como ilustran los ejemplos de la *Constitución Francesa* –“donde el arbitraje era el medio más razonable para terminar un litigio, aplicando el derecho natural y al abrigo de todo lo atentado por parte del legislador”-, diferenciándose de lo dispuesto por el *Código de Procedimiento Civil Francés* –“donde se relegó al arbitraje a un modo de liquidación de litigios, de conciliación o de amigable composición entre parientes, vecinos o amigos”-²⁶. En el segundo caso, como demuestran las representaciones del arbitraje como “componente de un orden nacional dado”, o bien “derivado de una pluralidad de órdenes nacionales indeterminados” o finalmente como un “orden autónomo”²⁷. A estas tres posturas se han referido teóricos *positivistas estatales* kelsenianos, *iusnaturalistas*, y una suerte de nuevos *positivistas transnacionales*, quienes invocan la fuente de juridicidad del instituto respectivamente en el orden nacional, en la pluralidad de ellos o en un nuevo macro-orden transnacional²⁸.

Al observar las distintas representaciones del arbitraje como medio de reparto horizontal y su relación con las escuelas históricas de pensamiento de sus teóricos, podríamos decir en primer lugar que sus diferencias parten de la *representación* normativa que se tenga del *Derecho*, de sus fuentes y de su función. Así como para los juristas del siglo XX “el *Derecho* es el derecho estatal”, esta concepción es relativamente “reciente y no la dominante ni ha sido universalmente admitida como siendo la mejor”²⁹. Lo mismo ocurre con las concepciones opuestas: “el *Derecho* es el derecho natural”, o es “la representación de la práctica transnacional de sus actores”. En este sentido, para una concepción *estatal* del *Derecho*, el método *para-autónomo* de solución de conflictos del arbitraje merecería una consideración, a lo sumo, menor. Ello hace que “el arbitraje no sea considerado un fenómeno jurídico, no en las mismas condiciones que el derecho estatal”, o como expresamos, parte de un fenómeno que actúa debajo o en las *fronteras* del *Derecho*³⁰. Si aceptamos este razonamiento como

²⁵ Belandro R., *Arbitraje Comercial Internacional*, 1-XXXIII (1 ed., Pereznieta Ed., México, 1997); Goldman Berthold, “Frontieres du droit...”, 186.

²⁶ Belandro R., op. cit., 1-XXXIII. El autor cita los ejemplos de René David, *L'arbitrage dans le comerce international*, 126 (Económica, Paris, 1982); *Arbitrage du XXe siecle*, 219 (Melanges Savatier, Paris, 1965) respectivamente.

²⁷ Gaillard Emmanuel, *Aspects philosophiques...*, 34.

²⁸ Gaillard Emmanuel, *Aspects philosophiques...*, 46-60. Para la primera postura, “localista”, el arbitraje internacional no es sino una de las tantas jurisdicciones que el Estado acepta. Por ello prefieren el término *Lex Arbitrii* en lugar de *arbitraje internacional*, la que será siempre determinada por la *lex fori*. La segunda posición parte de un punto “multilocal”, donde el arbitraje internacional es el punto de contacto de los órdenes jurídicos nacionales, por lo que su validez derivará del carácter que ellos le asignen. Por último, la tercera es la que identificamos con las teorías de la nueva *lex mercatoria*.

²⁹ Belandro R., op. cit., 1-XXXIV.

³⁰ Belandro R., op. cit., 1-XXXV; Goldman Berthold, “Frontieres du droit...”, 178. El primero cita a René David, *Arbitrage et droit compare*, RIDC, 12 (1959), quien expresa que “el Arbitraje en esencia no es derecho, es otra cosa”.

válido, y entendemos normativamente que el instituto no constituye un fenómeno esencialmente jurídico, entonces no es de extrañar que se lo considere positivamente un fenómeno jurídico menor, o que “cuando se habla de arbitraje, se está siempre o casi siempre antes del Derecho o al lado del Derecho”³¹. En cambio, para una concepción normativa *iusnaturalista* o *transnacional* del *Derecho*, el instituto será considerado positivamente con mayor facilidad como parte integrante del mundo jurídico.

Como expresamos, las divergencias normativas apuntadas no son asépticas positivamente, dado que en definitiva de la *representación* normativa que se adopte derivarán una serie de consecuencias positivas, tanto con respecto al reparto aislado como al orden de repartos. En el primer caso, las consecuencias recaerán en el poder reconocido a los repartidores arbitrales -en la posibilidad de oponer la excepción de litispendencia con la jurisdicción judicial estatal-, a las partes -para la elección de las reglas a aplicar- y al efecto mismo del reparto -si el laudo se encuentra sobre o debajo del orden nacional-³². En el segundo caso, las consecuencias positivas derivarían en la misma conformación del orden o macro-orden de repartos. Así, en el marco de una concepción *estatal* del *Derecho*, la regulación del arbitraje como medio de reparto *privado* -y por tanto considerado en un plano menor- permitiría dejarlo a la voluntad de los mismos operadores del comercio y de los organismos internacionales que los aglutinan. A su vez, estos agentes internacionales podrían realizar intentos en la regulación normativa del comercio internacional, además de constituir distintos foros jurisdiccionales. Finalmente, podrían encarar la construcción de una teoría común: la nueva *lex mercatoria*. Así, las mismas diferencias normativas que impedían “hablar del arbitraje como un fenómeno jurídico”, e incluso lo catalogaban de un instituto ubicado “antes o al lado del Derecho”, dejan positivamente el terreno propicio para la elaboración de estas doctrinas y foros sobre la cuestión. Por otro lado, desde una concepción normativa *iusnaturalista* o *transnacional* del *Derecho*, el arbitraje no se integra “como un modo privado de solucionar diferendos, sino por su capacidad para producir otras normas distintas a las de los órdenes jurídicos estatales”³³. En este sentido, la representación teórica de la *lex mercatoria* y la presentación positiva de los foros jurisdiccionales no pretende equiparar el repartidor para-autónomo arbitral al autoritario estatal, consientes de la amplitud de materias a ser consideradas en el primero y a la diferencia del apego restricto a la legalidad del segundo. Pero sí intentan dotar de base jurídica a la misión del repartidor arbitral, que hasta ese momento se valía de la equidad para resolver el caso³⁴.

IV. Presentación y representación en el reparto aislado

Teniendo en cuenta las distintas *presentaciones* positivas y *representaciones* normativas apuntadas sobre el instituto del arbitraje como medio de reparto horizontal,

³¹ R. Belandro, op. cit., 1-XXXV, cita a René David, *Arbitrage...*, 12.

³² Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques...*, 92.

³³ Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques...*, 22.

³⁴ Berthold Goldman, “Frontières du droit...”, 186. Para el autor, la **lex mercatoria como base jurídica del arbitraje se valió de un conjunto de reglas de derecho**, es decir, prescripciones generales formuladas con una precisión suficiente como para que los interesados puedan conocerla antes de actuar. Dentro de esta definición se incluían ciertas cláusulas contractuales, y ciertos principios codificados, los cuales eran **generales, precisos y conocidos**. Pero sin duda no es extensible a todo lo que se entiende actualmente por *lex mercatoria*.

podemos hacer en primer lugar algunas distinciones sobre los repartidores y el objeto a adjudicar dentro del reparto aislado, donde ambas dimensiones –presentación y representación- coadyuvan verticalmente. En un primer momento, como observamos, el instituto se incorpora positivamente al mundo jurídico restringiendo a sus repartidores al ámbito *contractual privado*, en el campo de las controversias susceptibles de transacción³⁵. Así, en el orden nacional se hace referencia al arbitraje y a otras figuras afines como medio de reparto horizontal apto para las relaciones civiles y comerciales entre repartidores particulares. En este sentido, el principal fundamento del instituto radica en la facultad que tienen las partes de renunciar a un derecho que les asiste, como es el de acudir a la justicia estatal cuando creen vulnerados sus derechos. Esta facultad de renunciar a derechos subjetivos privados, que es admisible dentro de ciertos límites, es el principal fundamento del arbitraje dentro de los órdenes nacionales³⁶. En un segundo momento, el proceso de juridización extiende positivamente el macro-orden transnacional sobre los *contratos privados internacionales*, dada la reticencia natural de una de las partes para litigar ante repartidores nacionales de la otra parte. No sólo por el temor al prejuicio contra el extranjero, el favoritismo o la falta de imparcialidad, sino sobre todo porque “ninguna empresa, ninguna persona dedicada a la actividad comercial internacional puede aceptar ir a litigar a un país extranjero, contra un adversario que es nacional de ese país”³⁷. A partir de allí, el instituto se admite positivamente sobre estas relaciones, siempre que los repartidores autónomos tuvieran *domicilio* en países diferentes; o cuando el *cumplimiento* de las obligaciones se tuviera que llevar a cabo fuera del Estado de una de las partes; o cuando el objeto del contrato verse sobre *comercio internacional*. Sin embargo, la misma noción de arbitraje *internacional* y su distinción del *nacional* -pudiendo referirse al lugar en el cual se desarrolla el proceso, la nacionalidad de las partes, o de los árbitros- es una de las tantas divergencias que presenta y representa el instituto³⁸.

Sobre el objeto a repartir, el aspecto de su *comercialidad* o *mercantilidad* ha merecido distintas presentaciones positivas recientes. La naturaleza *comercial* de la relación objeto de la diferencia acostumbra a ser un criterio delimitador del ámbito de aplicación *ratione materiae* de los repartos para-autónomos internacionales. En este

³⁵ En nuestro derecho no pueden comprometerse en arbitraje, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción (art. 737 CPCC).

³⁶ Marzorati Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 746 (3 ed., Astrea, Buenos Aires, 1993). El autor cita otros fundamentos: derecho que tienen las partes de acudir al juicio de personas a quienes consideran particularmente idóneas en determinada materia o de especial confianza, así como el deseo de obtener resultados más rápidos y menos onerosos que en otros procedimientos.

³⁷ Jiménez de Aréchaga Eduardo, “Solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, 48 *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Nro. 1, 44 (1988). El autor cita el caso *Scherk vs. Culver*, donde la US CJ consideró que “las cláusulas de arbitraje han llegado a ser una garantía esencial, a fin de asegurar el desarrollo del comercio internacional y sirven a las necesidades de los hombres de negocios transnacionales. Son **más indispensables que en los contratos internos porque en los contratos internacionales**, es absolutamente necesario establecer, en caso de disputa, una jurisdicción neutral cuya imparcialidad sea percibida por ambas partes y no pueda ponerse en duda (...). De ahí que las cláusulas arbitrales se han transformado en una **precondición indispensable** para asegurar el orden y la previsibilidad esenciales en la transacción de todo negocio internacional”.

³⁸ La concepción de la Ley Modelo de UNCITRAL difiere, por ejemplo, de la incorporada en la Convención de Nueva York. Para la primera, un laudo es internacional cuando: 1. Las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus **establecimientos, en Estados diferentes**, o 2. **El lugar del arbitraje o del cumplimiento** de una parte substancial de las obligaciones o del litigio se encuentra fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o 3. La **materia controvertida está relacionada con un Estado** diferente a aquél donde se lleva a cabo el arbitraje-. Por su parte, la segunda considera un laudo como internacional cuando ha sido **dictado fuera del lugar en que se pide el reconocimiento y ejecución**.

punto “existe una dificultad de lograr que la generalidad de los Estados se muestre dispuesta en principio a reconocer laudos arbitrales, que solventen litigios de otra naturaleza que la *mercantil*, como los peligros que para la efectiva aplicación de tales convenios supone la adopción de este criterio”³⁹. Dentro del macro-orden internacional, algunas de sus normas –como el Convenio de Nueva York o la Ley Modelo de UNCITRAL- prefieren no entrar en la disquisición de lo que es y lo que no es *mercantil*, por lo cual se remiten a lo que dispongan al efecto los distintos órdenes nacionales. Como señala la doctrina, la idea original de estas normas era extender los alcances del instituto a todo objeto y relación, “fuera ésta o no contractual e independientemente de su carácter *comercial*”⁴⁰. Sin embargo, el desarrollo de los debates previos demostró la reticencia de los Estados a incluir el reconocimiento de repartos arbitrales sobre materias *no mercantiles* en el ámbito de los tratados⁴¹. Como observamos, las divergencias en cuanto al objeto del arbitraje internacional es otra de las que *presenta y representa* la noción del instituto.

Pese a estas divergencias, el instituto presenta luego un proceso de expansión objetiva y subjetiva. Con respecto al primero, el arbitraje internacional ya no se limita positivamente a disputas *comerciales* tradicionales, sino que se incluyen transacciones vinculadas a licencias, franquicias, financiamientos, y cuestiones relacionadas con *inversiones extranjeras*. Con respecto al segundo, el proceso expansivo extiende el campo de aplicación del instituto al ámbito *contractual público*. Como consecuencia del mayor protagonismo estatal en las transacciones comerciales e industriales a mediados del siglo pasado, las relaciones contractuales del Estado y sus entidades con los particulares comienzan a admitirse progresivamente como materia arbitrable. En un primer momento esa arbitralidad se condicionó dentro de los órdenes nacionales a la *materia comercial*, según se estableciera “en el respectivo contrato y de acuerdo con las normas vigentes”⁴². Paralelamente, en este proceso de expansión subjetiva el incipiente macro-orden transnacional se ocupa expresamente del instituto en materia de *contratos públicos*, entre Estados y particulares, en unos casos para regularlo, en otras para autorizarlo y en otras para descartarlo⁴³. Así, los extremos se extienden positivamente a

³⁹ Fernández de Gándara Luis, *Derecho Mercantil Internacional*, 711 (1 ed., Tecnos, Madrid, 1995).

⁴⁰ Fernández de Gándara Luis, op. cit., 715-716. El autor expresa que la Convención de Nueva York proyectaba un cambio respecto de su antecesor, el protocolo de Ginebra de 1923: la extensión a los supuestos *no contractuales* y la inclusión de las cuestiones *no mercantiles*. Además, el autor se remite a la nota del Art. 1 de la Ley Modelo de UNCITRAL: “debe darse una interpretación amplia a la expresión ‘comercial’ para que abarque las cuestiones que se plantean en todas **las relaciones de índole comercial, contractuales o no** (...) el término ‘comercial’ ha quedado sin definir en la ley modelo, como tampoco se define en los convenios sobre arbitraje comercial internacional (...) No se pudo encontrar ninguna (definición clara) que trazase una línea precisa entre las relaciones comerciales y no comerciales. Pese a ello, se consideró que no convenía dejar el asunto en manos de cada Estado en particular”.

⁴¹ De ahí que el inciso final del art. 1.3 de la Convención de Nueva York: “todo Estado podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno”. Siguiendo este razonamiento, otras normas internacionales –como el Tratado de Panamá- expresamente condicionan que las “diferencias” sean con relación a un “negocio mercantil”.

⁴² Marienhoff Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, III-A, 610 (1 ed., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993). Según el autor: el único límite positivo que tiene el Poder Ejecutivo (“Estado”) para transar -sea que actúe en el campo del derecho privado (contratos de derecho “común”) o en el ámbito del derecho público (contratos “administrativos”, propiamente dichos)- es el respeto a las normas y principios de la Constitución Nacional.

⁴³ Orellana Marcos, op. cit., 758-759. En el primer caso, la normativa de la OMC (Ginebra 15-08-95) incluye el entendimiento relativo a las reglas y procedimientos por los que se rige la solución de las diferencias. El procedimiento comprende: consultas, buenos oficios, conciliación y mediación; y resoluciones del Órgano de Solución de Controversias (OSD). Al **arbitraje se puede acogerse libremente** en ejercicio de su soberanía y conforme la CN de cada Estado. En el último caso, en que se descarta expresamente el arbitraje, encontramos los arts.

los *contratos públicos internacionales*, donde la sujeción del repartidor estatal a una jurisdicción *extraña* solo es posible en el caso de convenios internacionales previos donde haya manifestado su voluntad. Aunque el calificativo de *extraño* se refería originalmente al sometimiento del Estado a normas y repartidores de otros Estados en contratos celebrados con personas naturales o jurídicas extranjeras, luego se extiende a la jurisdicción de repartidores para-autónomos pertenecientes a organismos internacionales. Aquí se *presenta y representa* un nuevo proceso de expansión subjetiva del arbitraje, ya no limitado a relaciones entre particulares o entre Estados, sino a relaciones entre Estados y particulares de otro Estado⁴⁴.

V. Presentación y representación en el orden de repartos.

Como expresamos, las mismas *presentaciones* positivas y *representaciones* normativas coadyuvan verticalmente en el orden de repartos. La *representación* teórica de la *lex mercatoria* presenta al arbitraje como parte de un nuevo macro-orden horizontal y vertical de repartos, receptado por el conjunto de las tradiciones jurídicas, y apto para producir normas individuales, distintas a las de los órdenes nacionales. Estas normas individuales adquieren coherencia en base a otras normas, generales pero precisas, conocidas de antemano por los operadores del comercio internacional. Esta tarea o paso de la norma general a la individual, es llevada a cabo por los *foros jurisdiccionales* creados al efecto. A su vez, luego de la expansión subjetiva del arbitraje, en caso de litigio Estado-particular, la *presentación* positiva del macro-orden legitima normativamente un mecanismo jurisdiccional para-autónomo, para dirimir una controversia donde una de las partes es un sujeto público, y donde si bien el objeto del litigio versa sobre aspectos privados o comerciales, sus efectos se extienden de los meramente *contractuales*. Como también observamos dentro de la expansión objetiva del instituto, las decisiones arbitrales con efectos *extracontractuales* o *extramercantiles* marcaron el punto más polémico de su evolución, desde sus primeros pasos en el mundo jurídico. En este caso, la *presentación* positiva del macro-orden legitima normativamente la expansión de sus efectos a aspectos no estrictamente comerciales, subsumiendo relaciones contractuales de Derecho Público en la materia *mercantil* internacional. Con la representación normativa de ambas extensiones, la construcción teórica de la *lex mercatoria* legitima los efectos *extracontractuales* del reparto para-autónomo arbitral.

En este punto, la representación del macro-orden transnacional de repartos adopta una concepción *jurisdiccional* del arbitraje. En este sentido, en caso de partir

33 y 47 del Acuerdo de Cartagena de la Comunidad Andina (Art. 33: dispone que “los Países Miembros **no someterán ninguna controversia** que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, **sistema de arbitraje** o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”. Art. 47: “la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se sujetará a las normas del Tratado que crea el Tribunal de Justicia”).

⁴⁴ Feldstein de Cárdenas S., “Arbitraje e Inversiones Extranjeras”, en *El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, 113-139, 130 (Ed. Jurídica La Ley, Buenos Aires, 2005). La autora cita como **antecedentes** de arbitrajes entre particulares y Estados el laudo dictado por el emperador Barbarossa en 1156, relacionado con un contrato de concesión, así como el emitido por Napoleón III en el conflicto entre Egipto y la Compañía del Canal de Suez, en 1864, entre otros. *Recueil des Arbitrages Internationaux*, II, 1957 y *Recueil des sentences arbitrales*, VIII, 1623-1636.

desde una consideración *contractualista* del instituto, se admitiría que su campo de acción no podrá ir más allá de cuestiones relativas al convenio de arbitraje suscripto por las partes, de naturaleza privada y comercial. En efecto, esta doctrina “sugiere que el rol de los árbitros es privado y contractual: el árbitro es encargado con la misión de resolver una disputa particular entre partes específicas”⁴⁵. Así, una importante cantidad de conflictos *contractuales*, especialmente los que surgen de operaciones de comercio e inversiones internacionales, son sustraídos del repartidor autoritario estatal para ser derivados hacia el arbitraje internacional, eligiendo las partes no sólo al juzgador, sino también los procedimientos aplicables y muchas veces, hasta el monto en que se ejecuta el laudo, pero siempre limitándose a la letra del acuerdo⁴⁶. Si en cambio observamos la institución desde la doctrina *jurisdiccional*, por el que “el arbitraje es, ante todo, un procedimiento cuasi-judicial, ciertamente engendrado por un acuerdo de voluntades, pero en el que lo característico (...) es el laudo arbitral, acto jurídico de terceros parangonable a las decisiones judiciales”, entonces podríamos admitir que sus decisiones excedan del ámbito acordado⁴⁷. Para esta posición, los repartidores para-autónomos podrían decidir sobre temas que excedan los estrictamente *contractuales comerciales*, como lo haría un repartidor judicial⁴⁸.

VI. Funcionamiento exitoso y justificado del reparto y del orden de repartos.

Esta representación normativa del macro-orden transnacional, asentado sobre el mecanismo jurisdiccional para-autónomo del arbitraje y extendiendo potencialmente sus efectos a cuestiones *extracontractuales*; presenta una serie de obstáculos a su funcionamiento como orden *exitoso y justificado*. Desde el aspecto horizontal, el reparto aislado podría verse *frustrado* en tanto no supere las dificultades para la recepción de los postulados normativos de la *lex mercatoria*, especialmente con respecto a la neutralidad formal de la jurisdicción arbitral. Como observamos, desde el proceso de internacionalización de mediados del siglo pasado, el arbitraje se *presenta* positivamente como aliado especial de la nueva *lex mercatoria*, como un nuevo espacio normativo transnacional reservado para las relaciones comerciales o relativas a inversiones. En este

⁴⁵ Balckaby Nigel, “Public Interest and Investment Treaty Arbitration”, 4 *Freshfields Bruckhaus Deringer International Arbitration Group*, a paper delivered at *The Swiss Arbitration Association Conference on Investment Treaties and Arbitration*, Zurich, 16 (2002). El autor agrega: “But international arbitrators have traditionally had an advantage over their judicial colleagues: their decisions are usually not published. They can focus on the case at hand and ignore wider implications on the development of jurisprudence since, absent enforcement measures or an application for setting aside, the decision will be known only to a few”.

⁴⁶ Grigera Naón Horacio, “Arbitraje comercial internacional en el mundo actual”, III *JA*-1996, 701 (1996); Jiménez de Aréchaga Eduardo, op. cit., 43.

⁴⁷ F. Mann, op. cit., 157; Lew Julian, op. cit., 186; Fernández de Gándara Luis, op. cit., 710; Marzorati Osvaldo, op. cit., 746-750. La doctrina también identifica teorías de la naturaleza “híbrida” del arbitraje, y de su naturaleza “autónoma”. Los autores expresan: “el punto esencial en el arbitraje no es el convenio de arbitraje, sino la sentencia arbitral que es de naturaleza judicial. La sentencia arbitral es el acto principal de la institución, el que realiza su fin, a saber: la regulación de la diferencia”. El último autor define al arbitraje como “una **técnica para la solución de conflictos** que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de ese tercero”. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, distingue las doctrinas de su **naturaleza contractual**, encuadrándole generalmente en la figura del mandato; y, por otro lado, las del **carácter jurisdiccional**, aun cuando reconocen que los árbitros carecen de potestad para imponer coactivamente el cumplimiento de sus decisiones.

⁴⁸ Gaillard Emmanuel, *Aspects philosophiques...*, 32, nota 41. El autor señala que, paradójicamente, las posturas *contractualistas* son las que suelen señalarse como partidarias del arbitraje internacional con amplitud de objeto, pese a que destacan su carácter privado.

marco, el instituto se presenta como una institución “adaptable a la dinámica de los negocios internacionales, que reclama soluciones rápidas, menos costosas, dentro de un marco de confianza, intermediación, idoneidad y confidencialidad”⁴⁹. Con este fin, la articulación normativa de las teorías de la *lex mercatoria* se asientan sobre los postulados de neutralidad procedimental arbitraje, por el que los árbitros amplían su competencia a los contratos públicos internacionales, eliminando la acción de los repartidores nacionales en estos casos. Esta representación de la neutralidad no sólo es resistida, como se observó, desde la presentación positiva del instituto en distintas regiones, sino que merece algunas consideraciones desde su mismo uso normativo.

En primer lugar, la neutralidad procedimental del arbitraje fue concebida, y de hecho funciona, cuando su misión es excepcional⁵⁰. En este sentido, su *ordinarización* o extensión a cuestiones ajenas a las consideradas por los Estados al momento de su constitución, podría derivar en consecuencias indeseadas por los mismos repartidores autónomos. Por otro lado, su *generalización*, ante dos repartos contradictorios o incoherentes, donde “el éxito del primer inversor será inversamente proporcional al éxito de los demás”, podría derivar en sendos repartos *frustrados*. En este sentido, conocidas son las críticas en cuanto a las formas del reparto arbitral internacional, sobre la atomización del tratamiento que se les da a las demandas y sobre la proliferación de casos con el mismo objeto contra un único demandado, lo que puede significar en definitiva la pérdida de objetividad en el tratamiento de cada caso por parte del tribunal⁵¹. Finalmente, el orden podría verse frustrado al enfrentar positivamente a los distintos repartidores involucrados en su funcionamiento, tanto el para-autónomo arbitral como el autoritario nacional, en su etapa de ejecución. Ambos no sólo partirán de ideas y conceptos distintos, sino también de doctrinas y autores distintos⁵². En el caso argentino, como observamos, el último interpretará el reparto desde la desconfianza, tomando al laudo como un producto jurídico menor, y apoyando en su formación *dogmática jurídica* lo que el primero escribió desde su *pragmatismo* o desde sus ideas acerca de la *jurisprudencia de intereses*, entre otras escuelas de pensamiento jurídico, pudiendo derivar este enfrentamiento en un reparto *frustrado*.

⁴⁹ Feldstein de Cárdenas S., op. cit., 132.

⁵⁰ Peña F., “El caso argentino en el CIADI”, *Rev. Archivos del Presente*, 4, 31-50, 47 (2005). Para el autor, desde un análisis hermenéutico de los instrumentos constitutivos de los repartidores arbitrales –como el Preámbulo del Convenio CIADI– podemos extraer el carácter **excepcional** con el que fue concebido. Es más, se podría argumentar, en tal sentido, que ellos fueron concebidos como mecanismos de “última instancia”, a ser utilizados en muy pocos casos. El autor señala el párrafo dos del preámbulo, que establece: “teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces (en inglés *from time to time*) surjan diferencias entre Estados contratantes y nacionales de otro Estado contratante en relación con tales inversiones”. Y el párrafo tres agrega: “reconociendo que aún cuando tales diferencias *se someten corrientemente* a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución”.

⁵¹ Rosatti Horacio, “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, *LA LEY*, 2003-F, 1283-1287 (2003). El autor expresa: “Si el arbitraje internacional en temas comerciales no se asume como un *sistema*, vinculándose –por un lado– con otros arbitrajes comerciales planteados contra el mismo Estado soberano y –por otro lado y con el orden normativo nacional, la consecuencia será: el éxito del primer inversor será inversamente proporcional al éxito de los demás, la distorsión de uno de los objetivos básicos invocados en la celebración de los TBIs, como es el de lograr un ‘marco jurídico estable’ y ‘mayores niveles de ‘seguridad jurídica’ para las inversiones extranjeras”.

⁵² Gordillo Agustín, op. cit., XVII- 9. El autor señala que contra el peso de las tradiciones jurídicas –expuesto por Savigny–, autores como Ihering en *el fin del Derecho* intentaban anteponer la concepción práctica frente a la jurídica formal y la filosófica—apriorística. En este sentido cita *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, subtítulo *Ridendo dicere verum*, 43 (Civitas, Madrid, 1987).

Desde el aspecto vertical, el orden podría arribar a repartos *injustificados* en tanto no supere las dificultades para la recepción de los postulados normativos de la *lex mercatoria*, esta vez con respecto a la neutralidad sustancial de la jurisdicción arbitral. En el marco del proceso de internacionalización del instituto, su alianza sustantiva con la *lex mercatoria* lo presentó como un instrumento idóneo ante un mundo complejo y dinámico, a diferencia de los órdenes nacionales, los cuales eran presentados como hostiles o parciales a favor de sus nacionales. Sobre todo, como un instrumento funcional al comercio, con la misión no sólo de determinar la extensión de los derechos y obligaciones de las partes, sino la de superar la controversia más allá de los criterios jurídicos en juego. Con este fin, la articulación normativa de la *lex mercatoria* se asentó sobre la neutralidad sustancial arbitraje, por el que los repartidores para-autónomos decidirían en base a reglas transnacionales con alcances *mercantiles* y *extra mercantiles*, que adquirirían uniformidad a través de la primera. En este sentido, si bien el instituto originalmente se admitió para relaciones de naturaleza *contractual* privada y de objeto comercial, sus alcances se extendieron normativamente a aspectos *extracontractuales* y sobre objetos extra comerciales, como podrían ser las medidas de política económica general o monetaria dentro de los órdenes nacionales. Esta representación de las reglas *sustancialmente* neutras de la *lex mercatoria* también merece distintas consideraciones desde su uso positivo y normativo.

En primer lugar, si bien lograría alejar normativamente al instituto del chauvinismo jurídico de los órdenes nacionales, también podrían acerca sus soluciones a posiciones privatistas; las cuales deberían actuar en un segundo plano al considerar cuestiones *extracontractuales*. Esto se debe sin más a las mismas características de las relaciones del comercio y la inversión internacional, las cuales orientan las tareas de sus repartidores autónomos en base a criterios privatistas. En este sentido no es extraño afirmar que “las partes miran el litigio o la diferencia como una situación puramente transitoria a la que hay que solucionar para continuar teniendo relaciones comerciales provechosas y útiles para ambas”⁵³. En concordancia, el repartidor para-autónomo actúa con el fin de recomponer la armonía entre los intereses de las partes, para que la relación continúe en el futuro, por lo que la transacción y la renuncia de derechos constituyen elementos comunes en la búsqueda del acuerdo por sobre la controversia. En segundo lugar, la dificultad positiva de repartir sobre medidas autoritarias nacionales en foros que responden *sustancialmente* a las reglas neutras de la *lex mercatoria*, radica en “el hecho de que los tribunales están moldeados sobre la base de arbitrajes comerciales originalmente diseñados para entender en cuestiones entre privados”⁵⁴. Esto podría derivar en que distintas medidas públicas adoptadas dentro de los órdenes nacionales sean consideradas bajo estándares privados, y que no se pueda captar en toda su dimensión los macro-órdenes políticos y sociales, más allá de juzgar si han sido adoptadas en contravención a los compromisos asumidos. De esta forma, medidas de política económica general y de política monetaria difícilmente puedan ser juzgadas en su oportunidad en sede extranjera o internacional, por las consecuencias que acarrearía la decisión sobre esas materias de fondo. La falta de referencia a variables socioeconómicas como marco de los compromisos asumidos excluye elementos de

⁵³ Belandro R., op. cit., 1-XXXIV.

⁵⁴ Gualde Andrea, “Las implicancias del arbitraje internacional en el Derecho Internacional y en el derecho interno de los Estados”, II JA-1321 (2004). La autora cita *International Institute for Sustainable Development (IISD), Private rights, public problems: a guide to NAFTA's controversial chapter on investor's rights*, 8, Canadá, Manitoba (2001).

juzgamiento de *lo público*, que configuran el marco en el que producen los repartos impugnados, lo que podría derivar en una solución *injustificada*.

VII. Reflexiones finales

La representación normativa del arbitraje como fenómeno jurídico menor, actuando debajo o al costado del Derecho, obedece a su evolución positiva histórica en ciertas regiones. Del mismo modo, las diferencias parten de la representación normativa que se tenga de la idea misma del *Derecho*, de sus fuentes y de su función, lo que a su vez derivará en una serie de consecuencias positivas con respecto tanto al reparto aislado como al orden de repartos. Así, la concepción menor del instituto deja el terreno libre para la construcción de las teorías de la nueva *lex mercatoria*, o bien como un modo *jurídico* para producir otras normas distintas a las de los órdenes jurídicos estatales.

Desde las distintas presentaciones positivas sobre el instituto del arbitraje internacional, pueden hacerse algunas distinciones dentro de del reparto aislado, con respecto a los repartidores y al objeto de reparto. Con respecto al primero, en el paso subjetivo del ámbito *contractual privado*, al *privado internacional*, y luego al *público* y al *público internacional*. Con respecto al segundo, desde los criterios restrictivos *comercialistas* hasta su expansión objetiva a *litigios no mercantiles*, incluyendo todas las cuestiones relacionadas con inversiones extranjeras.

En sentido normativo, podríamos decir que tanto un reparto como un orden *valioso* deberían contemplar los mecanismos o garantías otorgados dentro del macro-orden transnacional de la *lex mercatoria*, a la par de los factores, riesgos y circunstancias propios de los órdenes nacionales emergentes en los que se invierte. Dentro del orden de repartos, y dada la inobservancia de variables sociales y políticas de juzgamiento y la extensión de efectos *extracontractuales* de sus decisiones, la naturaleza esencialmente *privada* del arbitraje se presenta en principio incompatible con la naturaleza *pública* de ciertas cuestiones involucradas⁵⁵. Por lo tanto, sólo si entendemos que la expansión subjetiva del arbitraje a relaciones contractuales públicas internacionales debe observar su misión excepcional, entonces el macro-orden resultante se constituirá como un orden valioso, con repartos exitosos. Por otro lado, si acordamos que las variables relativas a lo público son abarcativas, exorbitantes y condicionantes de lo privado, y que el repartidor para-autónomo debe contemplarlas a la par del posible desequilibrio contractual, entonces el macro-orden resultante se constituirá como un orden valioso, con repartos justificados.

VIII. Bibliografía

-Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, II (5 ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002).

-Alejandro Pérez Hualde, *Renegociación de Contratos Públicos* (1 ed., Colección Derecho Administrativo, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002).

⁵⁵ Blackaby Nigel, "Public Interest...", 19. El autor expresa: "se dice que los árbitros no son guardianes del interés público y simplemente deben resolver la disputa *inter partes* sin observar el impacto económico o político de los temas en debate"

- Andrea Gualde, *Las implicancias del arbitraje internacional en el Derecho Internacional y en el derecho interno de los Estados*, II JA-1321 (2004).
- Antonio Boggiano, *Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos. Ius inter Iura* (1 ed., La Ley, Buenos Aires, 1997).
- Berthold Goldman, *Frontieres du droit et lex mercatoria*, IX Archives de philosophie du droit, 177-192 (1964)
- Berthold Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: realite et perspectives*, 106 *Journal Droit International* (1979)
- C. Saavedra, *Armando el rompecabezas: la estrategia argentina ante el CIADI*, LA LEY 2005-B, 1435 (2005).
- Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Solución de controversias en materia de inversiones extranjeras*, 48 *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Nro. 1 (1988).
- Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* (1 ed., Academie de Droit International-ADI-Poche, Leiden-Boston, 2008).
- Emmanuel Gaillard, *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules*, 10 *ICSID Review*, (1995)
- Emmanuel Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, (1 ed., Editions A. Pedone, Paris, 2004).
- Emmanuel Gaillard, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?*, *Kluwer Law International*, (1999).
- Eric Loquin, *Ou est la lex mercatoria?*, *Souverainete Etatique et Marches Internationaux*, (Libraires Techniques, Paris, 1998).
- F. Dasser, *Internationale Schiedsgerichte und Lex Mercatoria, Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion uber ein nichtstaatliches Handelsrecht* (Freie Universitat, Berlin, 1989).
- F. Mann, *Lex Facit Arbitrum, International Arbitration, Liber Amicorum* Nro. 15, 157-183 (1967).
- F. Peña, *El caso argentino en el CIADI*, *Rev. Archivos del Presente*, 4, 31-50 (2005).
- H. Cruchaga, *Tratados Bilaterales de Protección de Inversión. Perspectivas de los requerimientos ante la situación de emergencia*, LA LEY, 2004-F, 1342 (2004).
- Horacio Grigera Naón, *Arbitraje comercial internacional en el mundo actual*, III JA-1996, 701 (1996).
- Horacio Rosatti, *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*, LA LEY, 2003-F, 1283-1287 (2003).
- Ignacio Pérez Cortéz, *El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad*, LA LEY 2005-C, 1355 (2005).
- Juan Carlos Puiig, *Derecho de la Comunidad Internacional*, I (1 ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974)
- Julian Lew, *Achieving the dream: autonomous arbitration*, 22 *Arbitration International, Journal of The London Court of International Arbitration*, Nro. 2, (2006).
- Luis Fernández de Gándara, *Derecho Mercantil Internacional* (1 ed., Tecnos, Madrid, 1995).
- Marcos Orellana, *Science, Risk and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disciplines*, en *New Aspects of International Investment Law*, (Philippe Kahn, Thomas Walde, Ed., Kluwer Law International, 2004).
- Miguel Ángel Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, (1 ed., Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2000)
- Miguel Ángel Ciuro Caldani, *Filosofía de la parte especial del Derecho internacional privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)*, en *Investigación y Docencia*, No.26, FIJ, 215 (1996).
- Miguel Ángel Ciuro Caldani, *Aportes del análisis económico del derecho para la Teoría Trialista del Mundo Jurídico (con especial referencia a la formación de un fondo de incentivo para el rescate de la vida nueva)*, en *Investigación y Docencia*, No. 26, (2000).
- Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, III (1 ed., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993).
- Nigel Blackaby, Sylvia Noury, *International Arbitration in Latin America*, 4 *Freshfields Bruckhaus Deringer International Arbitration Group*, 19-21 (2002).
- Nigel Balckaby, *Public Interest and Investment Treaty Arbitration*, 4 *Freshfields Bruckhaus Deringer International Arbitration Group*, a paper delivered at *The Swiss Arbitration Association Conference on Investment Treaties and Arbitration*, Zurich (2002).
- Osvaldo Marzorati, *Derecho de los Negocios Internacionales* (3 ed., Astrea, Buenos Aires, 1993).
- Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *International Commercial Arbitration* (1 ed., Kluwer Law International, The Hague, 1999)
- R. Belandro, *Arbitraje Comercial Internacional* (1 ed., Pereznieta Ed., México, 1997)
- Roland Arazi, *Arbitraje nacional e internacional*, LA LEY-2005, 1343 (2005).
- S. Feldstein de Cárdenas, *Arbitraje e Inversiones Extranjeras*, en *El derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, 113-139 (Ed. Jurídica La Ley, Buenos Aires, 2005).
- Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, (6 ed., De Palma, Buenos Aires, 1996)

