
EL ACUERDO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DEL MERCOSUR

*SOLEDAD DÍAZ
JULIE ROTHSCHILD
MARIELA RUANOVA*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN. III. LA CONVENCIÓN ARBITRAL.
IV. KOMPETENZ-KOMPETENZ Y AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA. V. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA DISPUTA.
VI. MEDIDAS CAUTELARES. VII. EL LAUDO. REQUISITOS, NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Los cuatro miembros originales del Mercosur están vinculados por las Convenciones de Panamá de 1975¹, Nueva York de 1958² sobre arbitraje. También los cuatro son parte de la Convención Interamericana de 1979³ y el Protocolo de Las Leñas que regulan el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales conjuntamente con las sentencias. Entonces, previo a la aparición del Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur en 1998, se encontraba reconocida la facultad de los particulares de arbitrar sus controversias y garantizada la circulación internacional de los laudos que obtuvieran.

No obstante, en julio de 1998, se aprobó el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur⁴. Si bien su base fundamental es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) también tuvieron incidencia en él dos de los acuerdos mencionados: la Convención de Panamá de 1975 y la Interamericana de 1979.

En Septiembre de 2004, Uruguay ratificó el Acuerdo por ley 17.834, pese a que previamente había planteado discrepancias. En la medida en que los cuatro países miembro pertenecían, con otros Estados, a la Convención Interamericana, Uruguay no creía conveniente la aprobación de un nuevo texto que se superpondría a los anteriores. Brasil, por el contrario, hizo hincapié en que la regulación de estos textos era demasiado escueta, limitándose casi exclusivamente al reconocimiento del laudo arbitral⁵.

Más allá de las discusiones, es importante reconocer que el Acuerdo del Mercosur regula de manera más detallada que las convenciones existentes diversos aspectos del arbitraje internacional. Y consagra una serie de soluciones que, si bien pueden inferirse de los textos anteriores, no están establecidas a texto expreso. Un ejemplo de ello es la consagración del principio de “kompetenz-kompetenz” o la posibilidad de los árbitros de disponer medidas cautelares.

1. Se trata de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada en Panamá durante el transcurso de la 1ª Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I).
2. Se trata de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 10 de junio de 1958.
3. Se trata de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.
4. También se aprobó otro Acuerdo sobre arbitraje, de idéntico texto que vincula a los países del MERCOSUR con Bolivia y Chile.
5. FRESNEDO, C., “Los acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4/98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 287.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conforme con lo establecido en los artículos 1 y 3, el Acuerdo se aplica únicamente a controversias surgidas de *contratos comerciales internacionales*, celebrados entre *personas de derecho privado*, con algún punto de conexión (de los establecidos en el acuerdo) que lo vincula a los Estados Partes. Quiere decir que el Acuerdo del Mercosur tiene un ámbito de aplicación subjetivo, material y espacial más restringido que las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

Siendo los miembros originales del Mercosur, parte en estas tres Convenciones, resulta trascendente determinar en forma precisa cuál es el ámbito de aplicación de cada uno de ellos. Pero dicha trascendencia debe ser relativizada en la medida en que las soluciones de los textos son coincidentes prácticamente en todos los asuntos.

A) Ámbito subjetivo de aplicación

El Acuerdo tiene un ámbito de aplicación más acotado que el de las Convenciones ya existentes. Excluye expresamente al Estado como parte interviniente en el acuerdo arbitral.

Lo hace cuando delimita su ámbito de aplicación, y también en la cláusula de Definiciones. Señala que el Acuerdo es solo aplicable a personas de "derecho privado". y que refiere a controversias entre "particulares" (Artículo 2 lit. b).

Y en su preámbulo, se refiere a la necesidad de proporcionar al "*sector privado*" métodos alternativos para solucionar sus controversias derivadas de "contratos comerciales internacionales concluidos entre *personas físicas o jurídicas de derecho privado*".

Por ende, es claro que ningún Estado puede recurrir a un arbitraje regulado por este Acuerdo, ya sea para solucionar una controversia con otros Estados o con particulares. En el ámbito del Mercosur, las controversias entre Estados partes y entre Estados con particulares, quedan regidas actualmente por el Protocolo de Olivos sobre solución de controversias (en vigencia desde el 1 de enero de 2004) y por los procedimientos de Consultas y Reclamaciones. De todas formas, cabe destacar que el mecanismo para la solución de controversias de particulares con Estados es "indirecto" y todavía bastante insuficiente.

B) Ámbito material de aplicación

Tal como adelantamos, el Acuerdo tiene también un ámbito material de aplicación más restringido que las Convenciones de Panamá y de Nueva York. Se aplica únicamente a las controversias que cumplen con la triple condición de haber nacido de "contratos" "comerciales" "internacionales", como lo establece el artículo 1 del Acuerdo. Esta idea se ve reafirmada en la cláusula de definiciones, según la cual el acuerdo arbitral es aquél "...por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de *relaciones contractuales*".

Es que, como explica DREYZIN DE KLOR, este instrumento nació para "...responder al insistente reclamo del sector privado que venía bregando por una normativa que facilitara la solución de diferencias que se plantean en virtud de los contratos comerciales internacionales...", "...para contribuir a la expansión del comercio regional..."⁶. Entonces, el Acuerdo se aparta claramente en este punto de la solución dada por la ley modelo del CNUDMI: "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".

La Convención de Panamá de 1975 es similar a la ley modelo del CNUDMI. Su fórmula es que la Convención se aplica a las controversias surgidas de los "negocios mercantiles". El concepto de "negocio" mercantil, es más amplio que el de contrato comercial⁷. Comprende también a los cuasicontratos, a las obligaciones emergentes de los efectos de comercio⁸ y aún a las declaraciones unilaterales de voluntad.

6. DREYZIN DE KLOR, A., "El acuerdo sobre arbitraje comercial internacional. Nuevo Instrumento jurídico del MERCOSUR" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 19 (1999), pág. 462 y 464.

7. Las relaciones de índole comercial comprenden, como explica DREYZIN DE KLOR, operaciones de suministro o intercambio de bienes y servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, factoring, leasing, construcción de obra, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercaderías o de pasajeros por cualquier vía, entre otras. (Ob. Cit. pág. 471).

8. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4/98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 288.

Por el contrario, la Convención de Nueva York, es mucho más abarcativa que todas ellas. Rige cualquier tipo de diferendo, sin importar si la relación de base es o no contractual ni cuál es su materia. Cualquier materia puede ser arbitrada bajo esta Convención.

C) Ámbito espacial de Aplicación:

El acuerdo se aplica en diversas hipótesis.

a) La primera situación es cuando las partes tienen su “*residencia habitual; centro principal de sus negocios; sucursales, establecimientos o agencias en más de un Estado parte*”. Conforme con la evolución del DIPr, plasmada en los modernos textos del sistema interamericano y universal⁹, se objetiva el punto de conexión eliminando la referencia al ánimo, a través de la sustitución del domicilio por la residencia habitual.

En esta primera hipótesis, la voluntad de las partes es irrelevante. No interesa si acuerdan o no someter su contrato a este Acuerdo. Desde su vigencia, todo acuerdo de arbitraje cuyo contrato base se celebra entre dos personas—físicas o jurídicas—con residencia, centro principal de sus negocios, sedes o agencias en dos estados del Mercosur, queda regida por este Acuerdo de arbitraje.

Esta situación presenta un campo bastante amplio de aplicación para el Acuerdo. Será aplicable cada vez que los contratantes tenga una agencia o establecimiento en un Estado del Mercosur. Por ello, abarcará a empresas con sedes en otros países siempre que tengan sucursales o agencias en el territorio de algún Estado del Mercosur, que contraten con personas físicas o jurídicas con residencia o algún establecimiento en otro Estado del Mercosur¹⁰.

Podrán ser objeto de este acuerdo, por ejemplo, controversias surgidas de un contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre un banco suizo (que tiene una sucursal en Uruguay) y una empresa alemana de comunicaciones (que tiene una agencia en Brasil).

b) También se aplica sin necesidad de estipulación cuando “*el contrato tuviere algún contacto objetivo-jurídico o económico- con más de un Estado Parte del MERCOSUR*”.

Es bastante complejo determinar el alcance de la expresión “contactos objetivos”¹¹.

En primer lugar, debemos tener presente que la norma exige que el contacto (jurídico o económico) sea *objetivo*, lo que debe entenderse como un vínculo real o una conexión razonable¹².

Es indudable que un contrato tiene vínculos objetivos con un país, cuando este es su lugar de cumplimiento o el de su celebración. Quedaría comprendido en el Acuerdo, el contrato que se celebra en un Estado parte para cumplirse en otro. También el de tracto sucesivo que debe cumplirse en el territorio de al menos dos estados parte del MERCOSUR¹³.

Refiriéndose a la expresión “*vínculos objetivos*”, HERBERT señala que un contrato puede tener contacto con más de un Estado aunque al celebrase ambas partes tengan su residencia en un mismo Estado, si se trata de un contrato “instrumental y tiene por finalidad insertarse en una operación propia de la corriente comercial internacional”¹⁴.

SANTOS BELANDRO, señala que por este numeral, el Acuerdo sería aplicable cuando las partes-facultadas por las normas de DIPr-, eligen como derecho para regular el Acuerdo el de un Estado de MERCOSUR¹⁵. Señala este autor, que esta norma tendría como defecto permitir internacionalizar un arbitraje interno. Ello ocurriría por ejemplo, si en un contrato celebrado por dos personas con residencia en Argentina, cuyo lugar de cumplimiento fuera Argentina, se eligiera como ley aplicable la uruguaya. En este caso, el contrato tendría vínculos jurídicos con más de un Estado parte, aunque ello se debiera solo al ejercicio de

9. Este punto de conexión es utilizado, entre otros textos por la Convención Interamericana sobre domicilio de las personas en el DIPr, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia Contractual, Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de Viena; etc.

10. FRESNEDO, C., “Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4 /98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 289.

11. ARCAGNI, J.C., “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *La Ley*, T. 1995. D. Secc. Doctrina, pág. 1439.

12. DREYZIN DE KLOR, A., SARACHO CORNET, T.N., “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *La Ley*, T. 1995. D. Secc. Doctrina, página 1041.

13. DREYZIN DE KLOR, A., SARACHO CORNET, T.N., “Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *La Ley*, T. 1995. D. Secc. Doctrina, página 1041.

14. HERBERT, R., “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año I N° 1, Ed. FCU, Mdeo, págs. 49 y 50.

15. SANTOS BELANDRO, R., *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (Interno e Internacional)*, AEU, Mdeo, 1991, pág. 16.

la autonomía de la voluntad. En nuestra opinión, la voluntad de las partes no es suficiente para internacionalizar un arbitraje interno. El Acuerdo es claro cuando exige “vínculos objetivos” y la voluntad de las partes no es suficiente.

c) La tercera hipótesis es aquella en que el contrato tiene *algún contacto objetivo* con *un* Estado parte y el tribunal tenga su sede en *un* Estado parte, siempre que las partes no expresen su voluntad en contrario.

SANTOS BELANDRO¹⁶ señala que este literal debe entenderse en el sentido de el contrato *no* tenga ningún vínculo y las partes no excluyan su aplicación, siempre que la Sede sea un Estado parte. Según este autor, de otra forma este numeral sería una repetición del anterior.

Consideramos que esta interpretación no es correcta. Contradice la letra del artículo y encuentra una reiteración que no existe. En el literal B se requiere que el contrato tenga vínculos con *más* de un estado parte. Nada más. Y no requiere que las partes lo pacten. Es el caso de un contrato celebrado en Uruguay para cumplirse en Argentina.

En este literal, en cambio, lo que se exige es: 1) que el contrato tenga contacto objetivo con *un* Estado parte (no con dos como en el literal anterior); 2) que la sede pactada para el arbitraje sea un Estado parte; y 3) que los contratantes no hayan estipulado excluir el acuerdo.

Además, esta interpretación se contradice con el último literal. En este caso (literal e), como no hay ningún contacto objetivo, y la única conexión con el MERCOSUR viene de su elección como sede, se exige que *expresamente* se acuerde su aplicación.

d) También se aplica cuando el contrato tuviere “*algún contacto objetivo-jurídico o económico- con un Estado Parte y el tribunal arbitral no tuviere su sede en ningún Estado Parte del MERCOSUR, si las partes declaran expresamente su voluntad*” de que se aplique.

En este caso, no se requiere más que algún contacto con un estado del MERCOSUR, siempre que se estipule expresamente el sometimiento al Acuerdo.

Por ejemplo, puede ser el caso de un contrato celebrado en Uruguay, por personas domiciliadas una en España y otra en Colombia, que establecen someter las disputas que surjan a arbitraje bajo este Acuerdo y que la sede será Miami.

e) La última hipótesis se da cuando la Sede *es un Estado parte y las partes pactan someterse al Acuerdo*. En este caso, la aplicación queda enteramente librada a la autonomía de la voluntad. Podría regir contratos sin ningún vínculo con ninguno de los estados del MERCOSUR, más que la simple elección de uno de ellos como Sede. Sería el caso de un contrato a cumplirse en España, entre una empresa inglesa y otra americana, que pactan un arbitraje con sede en Buenos Aires y se someten expresamente a este Acuerdo.

III. LA CONVENCIÓN ARBITRAL:

La Convención arbitral es la base fundamental de todo el instituto pues recoge la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje. Su validez determina la eficacia del arbitraje. Solo cuando la cláusula es válida las partes se ven obligadas a someter a arbitraje sus controversias y los tribunales impedidos de conocer sobre ella. Por eso es fundamental tener en cuenta el derecho aplicable a la validez (intrínseca y extrínseca) de la cláusula.

A) Derecho aplicable a la validez extrínseca (formal) de la cláusula

Mediante una norma material, el artículo 6 del Acuerdo establece que la cláusula arbitral deberá constar por escrito. Como explica DREYZIN DE KLOR, esta exigencia se impone para evitar un litigio relativo a la existencia misma del acuerdo. La idea es que quede plasmada la voluntad consciente de las partes de recurrir a arbitraje, sin importar si la misma lo está en un único instrumento o que su redacción esté en distintos textos.

Al respecto, creemos que es posible pactar cláusulas por referencia a contratos celebrados en diferentes documentos. Si el texto pactado está escrito y hace una referencia clara y expresa a otra cláusula que cumpla con los requisitos del Acuerdo, es indiscutible que debe reconocerse su validez.

Una innovación importante es que el Acuerdo deja claro que es perfectamente posible pactar una cláusula arbitral en un contrato de adhesión. Las únicas precisiones que hace el Acuerdo a este respecto es que la misma sea legible y esté en un lugar destacado del contrato. Es decir que no se puede descartar la validez de

16. SANTOS BELANDRO, R., *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (Interno e Internacional)*, AEU, Mdeo, 1991, pág. 16.

una cláusula arbitral incluida en un contrato de adhesión, si cumple con las exigencias de los artículos 4 y 6 del Acuerdo¹⁷.

La validez formal de la cláusula estará regida por la ley del lugar en que ella se celebró (*"locus regit actum"*). Sin perjuicio de ello, aún cuando no se hubieran cumplido los requisitos de validez formal exigidos por la ley del lugar de celebración, el Acuerdo permite considerar válida la cláusula si se cumplen los requisitos formales establecidos por la ley de algún Estado Parte con el que el contrato tuviese contactos objetivos.

Es decir que el Acuerdo busca la supervivencia de la cláusula arbitral, para lo cual establece conexiones alternativas en pos de su validez. Esto es consistente con las modernas tendencias en Derecho Internacional Privado, que buscan asegurar determinados resultados o fines, y no solo designar una norma nacional aplicable a la relación jurídica.

B) Derecho aplicable a la validez intrínseca de la cláusula arbitral

Tratándose de un acuerdo de voluntades, la cláusula debe cumplir con los requisitos de los contratos. El artículo 7 del Acuerdo establece por qué leyes se regulan los distintos aspectos de la cláusula: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.

Al respecto, se establece un desmembramiento horizontal. Se somete a la ley del domicilio de las partes la determinación de la capacidad y a la de la sede del arbitraje la regulación del consentimiento, objeto y causa. El texto del Acuerdo aparentemente establece un régimen distinto a las Convenciones de Panamá y Nueva York, de las que surgía la posibilidad de las partes de pactar la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral y solo en ausencia de elección se aplicaba la ley de la sede del arbitraje¹⁸.

En este Acuerdo, en cambio, parecería que las partes no pueden elegir directamente la ley aplicable a la cláusula. No obstante, en la medida en que, como señala FRESNEDO, las partes pueden elegir libremente la sede del arbitraje, la autonomía de la voluntad no está totalmente excluida. En función de ello, creemos que debe admitirse la posibilidad de que las partes elijan directamente la ley aplicable a la cláusula arbitral¹⁹.

Otro de los asuntos relativos a la validez intrínseca de la cláusula está dada por la redacción del artículo 7.2. Establece que "[l]a validez de la convención arbitral en cuanto al consentimiento, objeto y causa será regida por el derecho del *Estado Parte sede del tribunal arbitral*".

Parecería que, de acuerdo con esta norma, la ley aplicable sería siempre la de un "Estado Parte". Pero eso genera un problema cuando se elige como sede un Estado no parte del Mercosur. Y como el texto del Acuerdo permite hacerlo, en estos casos habría un vacío normativo.

Una primera interpretación consistiría en sostener que el Acuerdo no permite elegir como sede a un Estado no parte. Sin embargo, esta interpretación es inviable porque:

(a) el artículo 2 al establecer la definición de "sede del tribunal arbitral", no la limitó a los miembros del Mercosur;

(b) el artículo 3 cuando regula la aplicación espacial del Acuerdo, contempla hipótesis en las cuales la sede no es un Estado Parte.

Una segunda interpretación posible es entender que se aplicará la ley de la sede, sea esta un Estado Parte o no.

Creemos que esta última es la solución correcta porque asumimos que el Acuerdo simplemente contiene un error material. Es además consistente con el espíritu general del Acuerdo de garantizar la eficacia de las convenciones arbitrales, salvándolas de posibles nulidades.

IV. KOMPETENZ-KOMPETENZ Y AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA

Se estableció en forma expresa el principio de "kompetenz-kompetenz". El tribunal arbitral está facultado para resolver todas las cuestiones relacionadas con la existencia y validez de la cláusula. Este principio, derivado de la autonomía de la cláusula arbitral, ya podía inferirse sin necesidad de este Acuerdo.

Además, es esencial para asegurar el cumplimiento del acuerdo de arbitraje ante la negativa de una de las partes de someterse a él. Si las partes pudieran evitar el arbitraje invocando la nulidad o inaplicabilidad

17. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4 /98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 288.

18. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4 /98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 290.

19. FRESNEDO, C., "Los acuerdos sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4/98, Ed. FCU, Mdeo, pág. 290.

de la cláusula, sería muy fácil eludir el compromiso arbitral. Por ello, se funda también, en la máxima de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Por ello, si bien este principio es esencial y está implícito en las soluciones anteriores—en caso de entrar en vigencia—será el primer texto que vincule a Uruguay del que surja expresamente.

V. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA DISPUTA.

El Acuerdo de Arbitraje, expresamente permite elegir el derecho aplicable a la disputa. Es la primera norma que Uruguay ratifica que permite elegir la ley aplicable al fondo, aunque establece algunas limitaciones.

En el ámbito del Mercosur, un primer avance en cuanto al reconocimiento de la autonomía de la voluntad fue el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia Contractual. Allí, se permite a las partes elegir un tribunal de alguno de los Estados. Sin embargo, no permitía elegir el derecho aplicable

Si bien, de acuerdo a la Convención de Nueva York y de Panamá, cuando se pactaba arbitraje se podía indirectamente elegir la ley—porque no se podía negar el reconocimiento a un laudo por considerar equivocado el derecho aplicado por el tribunal arbitral—esta es la primera norma expresa que permite a la autonomía de la voluntad elegir el derecho aplicable al fondo de la disputa.

El artículo 10 del Acuerdo establece que “[l]as partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”.

Esto genera dos interrogantes:

(a) ¿Podrían las partes elegir la *lex mercatoria* para solucionar las controversias? La respuesta es bastante clara. Como el artículo 9 del Acuerdo establece que el arbitraje puede ser tanto de derecho como de equidad, podría perfectamente elegirse la *lex mercatoria* como derecho aplicable al fondo de la controversia.

(b) ¿Qué quiere decir el artículo 10 cuando afirma que la elección debe hacerse “en base al derecho internacional privado y sus principios”? El artículo 10 del Acuerdo es una norma material y no de conflicto que establece expresamente la posibilidad de las partes de elegir la ley. Con la intención de no cerrar ninguna opción, menciona algunas de las posibilidades, pero no establece restricciones de ningún tipo. De modo que cualquier elección sería válida bajo este acuerdo.

Otro problema surge cuando “*las partes nada dispusieren en esta materia*” en cuyo caso “... *los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes*”. En este caso, el Acuerdo no brinda a los árbitros directivas claras para la regulación del contrato. Por ello, para garantizar la previsibilidad de la decisión—más aún cuando los árbitros no pertenecen a ninguno de los países del Mercosur—es muy importante que las partes establezcan específicamente cuál será la ley aplicable.

VI. MEDIDAS CAUTELARES

Uruguay no tenía norma que regulara la posibilidad de dictar medidas cautelares por un Tribunal Arbitral.

En los diferentes textos que vinculan a Uruguay, no había norma que estableciera expresamente el deber de los Estados de reconocer y cumplir las medidas cautelares dictadas por Tribunales Arbitrales.

A nivel interno, los arts. 488 y 494 del Código General del Proceso disponen para el arbitraje doméstico, que el tribunal *estatal* que hubiera sido competente en caso de no haberse pactado arbitraje, debe tramitar las medidas cautelares.

Las leyes de Brasil y Argentina también negaban la posibilidad a los árbitros de disponer medidas cautelares. Solo les permitían al Tribunal Arbitral “solicitarlas”, pero debían ser decretadas por jueces estatales.

El art. 19 del Acuerdo del Mercosur consagra por primera vez la posibilidad de que los árbitros establezcan medidas cautelares. Adopta la solución de las legislaciones más modernas en la materia y contenida entre otros textos, en la ley modelo de UNCITRAL y las leyes de España, Bolivia, Colombia y Perú.

Se establece la competencia concurrente de tribunales estatales y arbitrales para decretar las medidas.

Y al respecto, se fija otro principio sumamente importante que es que el recurso a la justicia estatal para la obtención de una medida cautelar, en ninguna medida implica renuncia a la jurisdicción arbitral. En el caso de Uruguay, este principio ya había sido reconocido y aplicado por la jurisprudencia²⁰ sin norma expresa. No obstante, es positivo que el Acuerdo elimine cualquier incertidumbre al respecto.

20. Sentencia 155/95 Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Primer Turno, en Anuario de Derecho Comercial, Tomo VII, Ed. FCU, Mdeo, pág. 446.

Es decir que, sobre solicitud y dictado de medidas cautelares, el Acuerdo establece un régimen muy amplio, que garantiza el adecuado acceso a la protección preventiva de los derechos mientras dura el proceso. Así, las partes pueden, antes o durante el proceso, solicitar al tribunal arbitral o a uno estatal, el establecimiento de una medida cautelar.

Cuando se solicita al tribunal arbitral, el Acuerdo establece que será éste quien fije la contracautela.

No obstante, en materia de medidas cautelares internacionales, todos los textos vigentes²¹ (y en particular el Protocolo de Olivos, aplicable entre los Estados del Mercosur y al que este Acuerdo se remite expresamente²²), establecen que la contracautela debe ser fijada por el juez al que se le exhorta el cumplimiento de la medida y de acuerdo a su ley.

Esta es la solución tradicional del Derecho Procesal Internacional. Se funda en que es donde están los bienes objeto de la medida, donde se pueden producir—y por ello evaluar—los perjuicios que pueda causar y que la contracautela tiende a asegurar.

Por lo cual, parecería que la interpretación correcta es entender que los árbitros pueden decretar las medidas cautelares dispuestas a cumplirse en el territorio sede del tribunal arbitral. Cuando se requiera la cooperación judicial internacional para el cumplimiento en otro estado de una medida cautelar, corresponderá al juez exhortado pronunciarse sobre la contracautela.

Las medidas dictadas por los árbitros, se instrumentarán mediante un laudo parcial o interlocutorio. Para su cumplimiento, en la medida en que no se les reconoce a los árbitros poder de coerción, deberán solicitar la cooperación de tribunales estatales.

Si se solicita la cooperación de tribunales de un estado distinto a la Sede del arbitraje, el Acuerdo establece que la solicitud debe ser hecha por un juez estatal. El numeral 4. del artículo 19 señala que: *“las solicitudes de cooperación cautelar internacional dispuestas por el tribunal arbitral de un Estado Parte serán remitidas al juez del Estado de la sede del tribunal arbitral a efectos de que dicho juez la trasmita para su diligenciamiento al juez competente del Estado requerido, por las vías previstas en el Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR”*. Por lo tanto, los árbitros no pueden efectuar directamente un pedido de cooperación al tribunal extranjero, sino que el pedido debe hacerse de tribunal oficial a tribunal oficial.

La única posibilidad de solicitud directa del Tribunal Arbitral es si los Estados declaran expresamente (al ratificar el Acuerdo o luego) que la solicitud podrá ser hecha al juez extranjero directamente por los árbitros a través de Autoridad Central.

VII. EL LAUDO. REQUISITOS, NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

A) Requisitos

El Acuerdo establece una regulación material de los requisitos del laudo. Establece como primera garantía para las partes que deberá ser escrito y fundado. También que será definitivo y obligatorio para las partes. También se establece que deberá decidir todas las cuestiones sujetas a controversia y la determinación de quien deberá soportar las costas del arbitraje²³.

El laudo es definitivo. Admite los recursos de rectificación por errores materiales, aclaración, o ampliación de aspectos comprendidos en la controversia y que omitió resolver.

B) Nulidad

También admite el recurso de nulidad ante la autoridad judicial de la sede del arbitraje. Sobre este punto el Acuerdo establece una regulación material, dejando la nulidad del laudo fuera del alcance de las leyes nacionales de la sede.

Se establece una serie de causales taxativas que deberán ser acreditadas por quien las invoca. El artículo 22 también regula las consecuencias de la declaración de nulidad, que serán diversas según el vicio que la provoque.

21. La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares en el Extranjero, en su artículo 3º dispone que *“la ejecución de la medida, así como la contracautela o garantía serán resueltas por los jueces del lugar donde se solicita su cumplimiento conforme a las leyes de ese mismo lugar”*. Lo mismo dispone el art. 530.2 del Código General del Proceso.
22. El artículo 6 del Protocolo de Olivos establece que *“[l]a ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantía respectiva serán resueltas por los Jueces o Tribunales del Estado requerido, según sus leyes”*.
23. De acuerdo con el artículo 20 el laudo será firmado por los árbitros y contendrá: a) fecha y lugar donde se dictó; b) fundamentos; c) decisión sobre todas las cuestiones sometidas a arbitraje; d) las costas del arbitraje. Si uno de los árbitros no firma el laudo, se dejará constancia de el motivo, lo que deberá ser certificado por el presidente.

El recurso de nulidad procede cuando la convención arbitral haya sido nula, el Tribunal se haya constituido de modo irregular, el laudo haya sido dictado por una persona incapaz para ser árbitro o se hayan violado los principios del debido proceso. En estos cuatro casos, la sentencia declarará la nulidad absoluta del laudo.

También procede el recurso cuando que el procedimiento haya estado viciado, cuando el laudo se pronuncie sobre una controversia no prevista en la cláusula arbitral o haya decidido aspectos no previstos. En el primer caso, la sentencia podrá declarar la validez del procedimiento en la parte no viciada y dispondrá que los árbitros dicten un laudo complementario. En los dos últimos casos (que son a su vez, difíciles de distinguir en los hechos), se dictará una nueva sentencia.

C) Reconocimiento y Ejecución

El laudo adquiere la calidad de cosa juzgada y puede ser ejecutado coactivamente.

Como contrapartida del reconocimiento del arbitraje como medio de solución de controversias, se debe reconocer y garantizar ejecución del laudo. La mayor amenaza para el arbitraje se encuentra cuando el Estado en que el condenado tiene bienes y por ello donde deberá tramitarse el reconocimiento y la ejecución, le niega eficacia.

Para el reconocimiento y ejecución de los laudos, el Acuerdo del Mercosur, remite al Protocolo de las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, a la Convención Interamericana de Panamá de 1975 y a la Convención Interamericana de Montevideo de 1979, sobre reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos.

De todos estos textos surge que la ejecución se solicitará y tramitará ante el Estado donde se pretenda hacer valer, de acuerdo a sus normas de derecho procesal nacional. Será la ley de este Estado la que determine si corresponde exigir el trámite de "exequátur" y cuál es el órgano competente, así como el procedimiento. También será por esta ley que se regulará el proceso de ejecución, qué bienes pueden embargarse y rematarse y cualquier otro aspecto.

No obstante, los textos convencionales vigentes excluyen de la voluntad del Estado al que se pide el reconocimiento, la posibilidad de negarlo. Establecen una serie de hipótesis taxativas para eliminar este riesgo ²⁴.

VIII. CONCLUSIÓN

La aprobación de este acuerdo resulta favorable y está alineada con las más modernas tendencias en materia de arbitraje. Plantea soluciones que no estaban desarrolladas a texto expreso en las Convenciones vigentes para la región.

Sin perjuicio de ello, tiene algunos vacíos que pueden generar problemas a la hora de su aplicación. Por ejemplo, es lo que ocurre con la posibilidad de elegir el derecho aplicable a la cláusula directamente o de que se le aplique un derecho de un Estado no parte. Pero, a pesar de ello, el propio Acuerdo sienta algunos principios que permiten solucionarlos. Es claro que de todo su texto, surge la voluntad expresa de fomentar el arbitraje, garantizando el respeto tanto de la cláusula como del laudo. Esto se concreta en las diferentes soluciones que buscan asegurar la validez de la cláusula ante posibles nulidades, o su eficacia ante posibles objeciones (kompetenz- kompetenz). También en la regulación sobre reconocimiento de laudos y las causales y efectos del recurso de nulidad.

24. Las Convenciones de Panamá y Nueva York establecen en forma coincidente que:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o
 - b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c. Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o
 - e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.
2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:
 - a. Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
 - b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado.