

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MERCOSUR (EL SISTEMA ADOPTADO POR EL PROTOCOLO DE OLIVOS)

Por el Dr. Ricardo A. Alagia

1) Presentación

El tema de la resolución de los conflictos en un sistema de Integración es complejo y debería ser detallado. El MERCOSUR no podía hacer excepción y para estudiar con provecho el Protocolo de Olivos, en adelante el PO, último instrumento modificatorio del sistema vigente, debemos considerar sus antecedentes, sus concordantes y el derecho intertemporal que se va a producir a sus efectos.¹

Razones de límite de espacio decidido por los organizadores del Congreso, nos obliga a dar por supuesto que el lector conoce los sistemas instaurados por el Tratado de Asunción, en adelante el TA, por el Protocolo de Brasilia, en adelante el PB, juntamente con su RI, y por las sucesivas normas que establecen criterios paralelos de recurrencia ante la Comisión de Comercio, que motivan, por sí solas, un sistema de resolución de conflictos, menor, pero no por ello carente de importancia práctica.²

Por otro lado, están los sistemas alternativos a los que pueden recurrir las partes, ya sea en su condición de miembro de la OMC o de otro sistema preferencial de comercio, o ante aquellas jurisdicciones que, “motu proprio”, hayan decidido someter sus diferendos. Motivos organizativos apuntados anteriormente, nos impiden, también, tratar estos interesantes temas, máxime en éstos momentos, en que la Argentina está siendo requerida ante tribunales extranjeros.

El PO atiende expresamente la “cuestión de la elección del foro”, en forma indubitable, aunque parcial. Sienta el criterio clásico procesal que corresponde a la parte demandante, en caso de opción, elegir el ámbito de actuación, aunque en mérito a la concordia integrativa, deja que las partes, de común acuerdo, puedan convenir el foro pertinente. Sin embargo, existen otros sistemas alternativo que se rigen por normas expresas y que no han sido mencionados por el PO. Nos estamos refiriendo a la situación jurídica de los

¹ La inter temporalidad mentada se refiere a que las causas en trámite y las comprometidas, en vías de iniciar la etapa arbitral, se sustanciarán y finalizarán de acuerdo a la normativa que el PO deroga expresamente, es decir el PB y su RI y todas las normas complementarias y concordantes. Por otra parte, demás esta aclarar que todo el sistema instaurado por aquellas normas que permiten los recurso ante la CCM, continúan vigentes. No obstante los términos perentorios establecido en el artículo 55, inciso 1, del PO, respecto de la derogación del sistema resolutivo controversial instaurado por el PB, éste y sus normas reglamentarias y complementarias, continuarán aplicándose, en caso que los Estados Partes no den cumplimiento a las designaciones de los nuevos magistrados que habrán de cubrir los cargos ante los organismos que se crean o aquellos existentes, en que se modifican el número de integrantes, todo ello de acuerdo al artículo 55, inciso 2, del PO.

² Nosotros hemos desarrollado éstos y otros temas mercosurianos, en nuestra página Web www.dipublico.com.ar. Contactos con el autor : alasoc@infovia.com.ar

Estado Asociados, Chile, Bolivia y de seguro deberá contar con su norma el Perú, que ostentan sistemas específicos para la resolución de los conflictos con algún miembro pleno del MERCOSUR.

Después de las reformas introducidas por el PO, pensamos que hay que rever los sistemas especiales de resolución de conflictos vigentes con los Estado Asociados al MERCOSUR, habida cuenta que de sus términos, ni tampoco del PO, no surgiría la posibilidad que pudiesen acudir al Tribunal Permanente de Revisión, en adelante el TPR, en instancia única o por apelación, privando al sistema concebido por la norma de Olivos, de lograr una cierta uniformidad jurisprudencial en los decisorios arbitrales.

2) El Protocolo de Olivos 3

El 18 de febrero de 2002, fue firmado el texto que contiene normas que reforman el sistema de solución de controversias contenido en el PB. Reforma casi total y, que en lo formal, procede a derogar al sistema anterior, así como a su RI contenido en la Decisión N° 17/98, todo ello a partir de la entrada en vigencia del llamado Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR y, en cuyo caso, dentro de los 60 días posteriores a dicha circunstancia, el CMC, mediante Decisión, aprobará el nuevo y pertinente RI, según queda establecido en el artículo 47 del PO.

Con motivo de la finalización de la XXII° Reunión del CMC, realizada en Buenos Aires durante los días 4 y 5 de julio de 2002, los Presidentes mercosureños declaraban que la firma del citado Protocolo, constituía un instrumento mas que idóneo para el tratamiento de las controversias comunitarias, cuyas previsiones brindan “predictibilidad institucional”, permitiendo avanzar hacia “una interpretación uniforme del conjunto normativo”.

Esto resulta ser el colofón de largos años de estudios, encuentros y acuerdos técnicos y políticos, tratando de adaptar, mejorar y modernizar el sistema de solución de controversias pergeñado en el TA y plasmado, provisoriamente, en el PB, sus normas complementarias y reglamentarias.

A la hora de plantearse las reformas del Bloque, en el año 2000, después de haber sufrido los embates políticos y económico-financieros durante todo el año 1999, quedaron fijados los puntos de acción, por medio de las orientaciones programáticas contenidas en la Decisión N° 25/00, que declaraba que los Estados parte habían concordado incluir dentro de los temas del “Relanzamiento del MERCOSUR”, el perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias.

Así, el CMC instruía al GMC para que, por intermedio del, entonces, Grupo Ad Hoc “Asuntos Institucionales”, realizara un análisis y entregara las conclusiones, hacia

3 Granillo Fernández, M. “El sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR: Protocolo de Olivos”, Revistas de Derecho Internacional y del MERCOSUR, página 41 y ss. Año 7 N° 5, Buenos Aires, octubre de 2003. También en la misma publicación, Martín, Viviana G. “MERCOSUR: un nuevo tribunal, dos modelos alternativos a seguir, página 71 y ss.

diciembre de 2000, referente a una propuesta concreta e integral relativa al perfeccionamiento del PB y sus normas concordantes y derivadas. Por imperio de la Decisión N° 65/00, dicha manda temporal fue prorrogada hacia fines de 2001.⁴

Dichos trabajos deberían estar imantados por los siguientes temas, en forma no taxativa:

- Efectos incidentes posteriores al dictado del laudo arbitral para posibilitar su ejecución, incluido un eficaz y leal cumplimiento, como, así mismo, el alcance y límite de las medidas compensatorias.
- Criterios prácticos y jurídicos a cumplimentar por los EP y por los órganos burocráticos comunitarios para las tareas de designación, convocatoria, conformación y elección de las listas de árbitros y expertos.
- Condiciones de estabilidad, permanencia y/o remoción o reemplazo de los árbitros.
- Instrumentalización al través de mecanismos idóneos, prácticos y jurídicos, para asegurar una interpretación uniforme de la normativa mercosuriana.
- Evaluación respecto del cumplimiento de los procedimientos existentes, creación de métodos de agilización y posibilidad de implementar procedimientos sumarios para casos específicos.

2.1) Los objetivos buscados

Sabida son las vicisitudes y sinsabores que el proceso de integración acarreó a los miembros, en varios frentes, al través de los primeros diez años de experiencias. En lo institucional, y dentro de ello, respecto del sistema de solución de controversias, tanto algunos de los miembros, como los agentes económicos, públicos y privados, incidentes e interesados, como la gran mayoría de la doctrina, pugnaban por encarar una reforma que vigorizara y reinstalara el interés de las partes por usar un verdadero sistema de solución de controversias realmente útil, eficaz y expeditivo.

Varias fueron las iniciativas, tanto aquellas políticas como instrumentales, hasta que finalmente el producto, que tantas expectativas había creado, fue concertado sobre la base de la concreción de tres principios básicos: a) perfeccionamiento del sistema controversial; b) garantía de la uniformidad en la aplicación, interpretación y cumplimiento del Derecho Comunitario; y, c) apuntalamiento de la seguridad jurídica en el esquema mercosureño. ⁵

Veamos las consecuencias.

⁴ Hacia diciembre de 2001 y con motivo de la Reunión XXI° del CMC, estuvo en el orden del día la propuesta de reforma al sistema de solución de controversias. Sin embargo, la crisis argentina y la renuncia del Presidente De la Rúa, frustró dicho acontecimiento. Motivo por el cual, el CMC se reunió en Buenos Aires recién en febrero de 2002 y, ya con el Presidente interino Duhalde en ejercicio del poder constitucional otorgado por el Congreso argentino, pudieron, los miembros mercosureños, cumplir la transmisión del mando ejecutivo “pro tempore”, que le correspondía a la Argentina, y la aprobación del paquete normativo contenido en la agenda de trabajo, entre ellos el Protocolo de Olivos.

⁵ La República Argentina aprueba el Protocolo por medio de la ley N° 25.663.

2.2) Los resultados obtenidos

2.2.1) Sistemática.

La norma en cuestión consta de 56 artículos divididos en los siguientes capítulos:

- Capítulo I, Controversias entre los EP
- Capítulo II, Mecanismos relativos a aspectos técnicos
- Capítulo III, Opiniones consultivas
- Capítulo IV, Negociaciones directas
- Capítulo V, Intervención del Grupo Mercado Común
- Capítulo VI, Procedimiento arbitral ad hoc
- Capítulo VII, Procedimiento de revisión
- Capítulo VIII, Laudos arbitrales
- Capítulo IX, Medidas compensatorias
- Capítulo X, Disposiciones comunes a los capítulos VI y VII
- Capítulo XI, Reclamos de particulares
- Capítulo XII, Disposiciones Generales
- Capítulo XIII, Disposiciones transitorias
- Capítulo XIV, Disposiciones finales

Todas estas normas ordenadas sistemáticamente, están imantadas, entre otros, por dos principio liminares, a nuestro entender, destacables: el principio procesal de contradicción y el general de autonomía de la voluntad, que marcan una sana afirmación del ideario integrativo que posibilita ir construyendo la experiencia mercosuriana con equilibrio, flexibilidad y mutua concertación.

Aquellos dos principios los encontramos consagrados, el primero, en el artículo 51 inciso 3 cuando establece que todas las reglas procedimentales garantizarán que cada una de las partes en la controversia tenga la plena y expedita oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos. El segundo, cuando pese a que la norma de Olivos orienta, establece, concluye y ordena una determinada cuestión, siempre lo es, y será, salvo común acuerdo entre parte o decisión de los EP, (vgr. artículos 1 (2); 6 (2); 18 (3.4); 20 (3); 48(2); etc.)

2.2.2.) Ámbito de aplicación

Establece el PO el ámbito de aplicación normativa y su alcance. Su operatividad se refiere: 1°) a la interpretación; 2°) a la aplicación y 3°) al cumplimiento, o al incumplimiento, del derecho originario y derivado, según se trate del sujeto pretensor o del sujeto pretendido.

Sin modificar el sistema establecido en el PB, el derecho aplicable surge de las normas contenidas en las esferas de máxima constitucionalidad (TA, POP y Protocolos y Acuerdos celebrados al espejo de esas normas) o en la zona del derecho derivado (Decisiones, Resoluciones y Directivas). Es el mismo nivel genérico, ya en la subsunción concreta de un caso específico, que los tribunales habrán de tener en cuenta para fundamentar sus

decisorios, según establece el artículo 34 del PO; por supuesto, ello es en defecto de que las partes hayan decidido someter el caso “ex aequo et bono”, en cuya circunstancia, no solamente tienen vedado el recurso de revisión, en el caso de haber recurrido a un Tribunal Ad hoc, sino, también, por el hecho de haber acudido, directamente, al Tribunal Permanente de Revisión, en única instancia, anula cualquier cuestionamiento posterior respecto de la medida y amplitud del derecho e interpretación aplicada por los árbitros, a las normas adjetivas.

Frente a la posibilidad, mas que real y posible, que las partes en conflicto, además de su membresía al MERCOSUR, sean partícipes de otra Organización multilateral, que también les fije y posibilite una jurisdicción, son los términos contenidos en el inciso 2 del artículo 1° del PO. Allí se establece que, si la controversia puede ser sometida, alternativamente, a la OMC o a otros esquemas preferenciales de comercio, de que sean parte, individualmente, los EP mercosureños, en tanto Estados Nacionales, podrán, de común acuerdo, elegir el foro o la parte demandante lo podrá hacer, “motu proprio”, al momento de presentar la demanda, siendo esta elección irreversible e irrenunciable. Razón por la cual el sistema jurisdiccional planteado en el PO se resume en las siguientes consideraciones:

- Libre elección del foro, en tanto el mismo resulte común, habida cuenta de la membresía de las partes a una misma Organización. En este caso el sistema mercosuriano prevé la posibilidad de un acuerdo mutuo.
- Unilateralmente, la parte demandante realiza la opción, sin acuerdo y sin posibilidad de oposición de la parte demandada, habida cuenta que ésta está sujeta, obligatoriamente, al sistema de solución de controversia que, previamente declaró válido, al adherir a la Organización Mundial de Comercio o a algún otro esquema preferencial de comercio, por caso.
- Elegido el foro, éste marca las vicisitudes procedimentales futuras, y aún el derecho aplicable, sin posibilidad de retrotraer el caso para ser planteado en otra jurisdicción, jurídicamente posible. Razones de economía procesal, seguridad y seriedad jurídica, justifican las limitaciones y condicionan las conductas futuras de las partes. No obstante la preclusión considerada, el PO deja abierta la posibilidad de atender las variables técnicas y prácticas que fueren menester y establece que el CMC, al momento de reglamentar la norma general, atenderá las particularidades respecto de la “elección del foro” (PO artículo 1, última parte)⁶

⁶ Sería oportuno pensar la posibilidad de una “elección de foro interno”, que en realidad sería elección de judicante interno. Sabemos que, ahora, el sistema del PO permite “sortear” la instancia ante el GMC y acudir directamente al sistema arbitral “ad hoc” o, en caso de mutuo acuerdo, al TPR, considerando a ésta instancia como única e inapelable. Pero, elegida la vía arbitral “ad hoc” por las partes, ¿pueden éstas “renunciar” anticipadamente al dictado del Laudo y someter la controversia directamente al TPR? Pensamos que por una cuestión de celeridad, seriedad, economía procesal y seguridad jurídica, no lo pueden hacer. Además existirían razones jurídicas obstaculizantes: el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 1 del PO podría operar como principio general; el artículo 23 inciso 1, del mismo cuerpo normativo, creemos que marca una oportunidad y conforma un plazo de preclusión y el artículo 17 solo habilita acceder al TPR, cuando previamente se ha optado por la conformación de un Tribunal Arbitral “Ad hoc”, mediante un Laudo definitivo.

Sería bueno que, en forma clara e indubitable, la norma detallara las opciones que las partes pueden ejercer, respecto del foro de actuación. Aunque, tal “liberalidad” la tienen, lo prevea o no el PO, por el juego armónico de las normas implicadas y la aplicación de las reglas referentes a la ley posterior, la jurisdicción más específica y el derecho más genérico, abarcativo e idóneo para la resolución de la controversia. Ya el tercer Laudo Arbitral fijó parámetros referenciales, al respecto, cuando justificó la “jurisdicción más específica”, entre otras posibles, para atender el caso controversial. No obstante ello, la nueva norma, al “atribuir” facultades ordenatorias y unificadoras “jurisprudenciales”, al Tribunal Permanente de Revisión, tornan a la “elección del foro”, como un elemento crítico para la resolución de casos puntuales que se planteen, siempre, claro ésta, que al exceder las posibilidades normativas básicas y genéricas, sea el CMC el que recurra en auxilio de la completitud del sistema, con una norma complementaria pertinente.

Otra novedad en lo referente al ámbito de aplicación, lo conforma la experiencia respecto de casos controversiales planteados sólo sobre cuestiones puramente técnicas o, sin existir controversia, las partes están necesitadas de contar con criterios y opiniones certeros, respecto de cuestiones dudosas u opinables. La norma de Olivos le da la posibilidad operacional al CMC para que, en atención de casos urgentes o imprevistos, pueda establecer procedimientos especiales, con el fin de evitar a la partes daños irreparables. Esta permisión, establecida en el artículo 24 del PO, creemos que debería estar imantada por los principios de generalidad, permanencia y amplitud procedimental, para que no se convierta en la vía de escape, puntual y particularizada, para un caso, para unas partes y para una época de actuación determinada. Sea cuales fueren los objetivos buscados, la norma en cuestión sirve de base genérica para considerar dos procedimientos especiales que comparten las características apuntadas por nosotros:

- En caso de considerarlo (creemos que el CMC, el GMC o la CCM, según la competencia) se podrán atender, mediante mecanismo expeditivos y ágiles, los casos que requieran, para su resolución, la definición y puntualización de aspectos técnicos regulados en los instrumentos de política comercial común. Por supuesto, que una vez determinada que la cuestión es solo técnica, los mecanismos y la naturaleza de los procedimientos resolutorios, estarán reservados a la Decisión del órgano político máximo, con el debido criterio de generalidad y amplitud esperados, mediante una norma que instaure un procedimiento especial general y que debería ser referente, y susceptible de aplicación, para situaciones futuras. Con esta inteligencia interpretativa, creemos, se deben enfocar los términos contenidos en el artículo 2 del PO.
- El CMC podrá reglamentar las posibilidades de solicitar al TPR opiniones consultivas sobre cuestiones puntuales, definiendo sus alcances y procedimientos.

Como todo lo relativo al alcance, los procedimientos y los efectos, queda reservado para la reglamentación posterior y el dictado de oportunas normas específicas, notamos una clara intención por allanar y agilizar cuestiones que, en el pasado, obstaculizaron, conflictuaron y burocrataron, innecesariamente, el sistema de solución de controversias previsto en el PB.

2.2.3) Legitimación

Son conocidas las características adoptadas por el PB para atender las posibilidades, activas y pasivas, al momento de legitimar la recurrencia al sistema de solución controversial.

Lamentablemente la norma de Olivos poco o nada modifica en la especie. De los términos consignados, inferimos que, a igual que el sistema consagrado en el PB, los sujetos legitimados, activos y pasivos, por antonomasia, son los EP del proceso de integración mercosureña, ostentando los particulares, una legitimación reducida, a similitud del sistema anterior. Se mantienen vastos sectores y posibilidades desatendidas de una posible cuestión controversial. En efecto, los conflictos que pudieran acontecer entre un EP y el Bloque; entre éste y un EP; entre órganos del Bloque; entre funcionarios y un órgano y viceversa; etcétera, no han sido previstos. ⁷

2.2.4) Sede

Una controversia, más doctrinaria que práctica, se presentó respecto de la sede de los Tribunales Arbitrales. Hemos visto que varias normas derivadas al PB “desautorizaban” la liberalidad genérica contenida en el artículo 15 de la norma Protocolar respecto de la sede posible de actuación y reunión de los Tribunales Arbitrales y nosotros, en correspondencia con la mayoría de la doctrina, interpretamos la superación de aquellas, habida cuenta de la jerarquía normativa de la norma de Brasilia.

El PO viene a poner orden al tema, al establecer que los Tribunales Ad hoc podrán reunirse en cualquier ciudad de los EP del Bloque (con lo que deroga, implícitamente, toda norma derivada que se le oponga) y declara la ciudad de Asunción como la sede física del Tribunal Permanente de Revisión (artículo 38, PO)

2.2.5) Procedimientos

No difieren, sustancialmente, de los existentes y vigentes contenidos en el PB, en sus normas reglamentarias y concordantes. Los mecanismos de solución aplicables por la CCM continuarán operativos y cuando el PO entre en vigencia plena, podrán, y deberán, convivir armónicamente con otras normas, alternativas o complementarias, de solución de conflictos, como está aconteciendo actualmente, en el marco general prodigado por el PB.

⁷ conf. Granillo Fernández, M. op. cit. página 45.

El PO supone las tres instancias tradicionales: a) negociaciones directas (artículos 4 y 5)⁸; b) intervención del GMC (artículos 6 a 8) y c) Procedimiento Arbitral Ad hoc (artículos 9 a 16), con la posibilidad, ahora existente, de que cualquiera de las partes podrá interponer, dentro de los 15 días de notificada la sentencia, ante TPR, que el PO crea, un “recurso de revisión” contra el Laudo Arbitral. Dicho recurso está limitado a las “cuestiones de derecho” y a la “interpretación jurídica” esgrimidas en la controversia, con los efectos consignados en el artículo 22 del PO y en caso de que las partes hayan decidido obtener un pronunciamiento “ex aequo et bono”, por parte el Tribunal Arbitral o por parte del TPR en instancia única, tienen vedada ésta posibilidad recursiva (Conf. artículos 17 inciso 2 y 34 inciso 2, PO).

Otra posibilidad novedosa, es la que permite a las partes “sortear” el estricto nivel de “instancias decisorias” de las etapas previstas en el PB, al través de dos posibilidades. La primera, si las partes consideran superada la etapa negociadora o la solución lograda fuere incompleta, podrán optar, directamente, por el procedimiento arbitral previsto y evitar, así, la instancia previa en el GMC (artículo 6 inciso 1). En éste caso, las partes tienen abierta la vía recursiva autorizada por la norma de Olivos. También están facultadas, después de ver fracasadas la instancia negociadora directa, por mutuo consentimiento, para someter el caso “directa y en instancia única” al TPR, el que actuará con la competencia y alcance de los Tribunales Ad hoc, debiendo las partes soportar los siguientes efectos: 1) el pronunciamiento es obligatorio para las partes; 2) no es admisible recurso alguno de revisión y 3) el decisorio ostenta la calidad de cosa juzgada (artículo 23)

El sistema concebido desgrana un inocultable objetivo de celeridad, contundencia y jerarquización de los decisorios, al través de la concreción y obtención de jurisprudencia “espejo”, habida cuenta de los términos consignado en el PO (Conf. Artículo 22 por interpretación extensiva). Sin embargo, tenemos lógicas y destacables reservas respecto a la “automaticidad” del “espejo” que creemos ver en la tésis de la norma. Varios artículos desmienten nuestro “optimismo”. En efecto, el artículo 17 del PO solo habilita para el recurso de revisión al Laudo definitivo y estará limitado a la “cuestiones de derecho” tratadas en la controversia y a la “interpretaciones jurídicas” desarrolladas en el Laudo Arbitral sometido a revisión. Por otra parte, las posibilidades jurisdiccionales están “tasadas” y limitadas a lo establecido en el inciso 1 del artículo 22 del PO y los efectos consecuentes ostentan una claridad meridiana: el Decisorio del TPR prevalecerá sobre el Laudo del Tribunal Arbitral Ad hoc y nada establece si ello podrá hacerse extensivo a otros u otros, presentes o futuros. Solo un gran esfuerzo interpretativo y una decidida voluntad

⁸ Una puntualización semántica debemos hacer frente al uso gramatical que consideramos erróneo usado por el PO, en el artículo 5 inciso 1 “in fine”. Los plazos de actuación deben contarse a partir de la fecha demostrada, en que una de las partes le comunicó a la otra la decisión de iniciar los procedimientos de solución de controversias, al través de las negociaciones, no de la controversia en sí, como erróneamente establece la norma.

Si leemos el artículo 3 inciso 2 del PB podemos inferir que la elección gramatical es correcta, los quince días se cuentan a partir de la fecha en que uno de los EP planteó al otro la controversia, es decir, el inicio de las negociaciones tendiente a resolverla. En cambio el texto existente en el artículo 5 inciso 1 del PO, carece de sentido cuando establece que los quince días se cuentan a partir de la fecha en que uno de los EP le comunicó al otro de la decisión de iniciar la controversia.

política pro integrativa podrían, en el estado actual de discurso normativo, “conformar jurisprudencia espejo”

Esta posibilidad de “conformar jurisprudencia espejo”, unida a la realidad de contar con un Tribunal “disponible permanentemente” (Conf. artículo 19 del PO), le debería otorgar al sistema consagrado por la norma de Olivos, seguridad, completitud y contundencia jurídico-administrativa, si no fuera por las reservas que nosotros planteamos y que es esperable morigerar con una debida armonización reglamentaria.

2.2.6) Las partes

Los legitimados, activos y pasivos, siguen siendo, prioritariamente, los EP. En segundo lugar, los Particulares y la, ahora, novedosa incorporación de “terceros” que, sin ser parte en la controversia, demuestren que la misma les puede interesar o los decisorios los pueden afectar.

Lamentablemente la redacción y las previsiones posibles mentadas en la norma, dejan mucho que desear desde el punto de vista de la técnica gramatical y de la doctrina procesal.

En primer lugar, la figura está contenida en el inciso 3° del artículo 6 que trata de los procedimientos ante el GMC y prevé que el “tercero”, anoticiado de la controversia entre partes, ejerce su derecho “... al término de las negociaciones directas...” y supone ya iniciado el procedimiento arbitral por parte del Estado demandante. En esta circunstancia el “tercero” puede llevar su “interés” a consideración del GMC, en cuyo caso, no retrotraerá ni interrumpirá en procedimiento arbitral, salvo acuerdo entre los EP en la controversia. Si los EP deciden continuar con los procedimientos arbitrales, sucedería que el GMC abriría una instancia para el “tercero” en su ámbito específico, mientras se estaría sustanciando el principal en otra esfera.

¡Una verdadera entelequia jurídica!

Por otra parte, ¿Qué debemos entender por “tercero”? ¿Es posible concebir que sólo pueda tratarse de un EP, miembro pleno, o puede ser aceptado como “tercero” un miembro Asociado? ¿Es posible reconocer como “tercero” un miembro de la ALADI y aún, un tercero “tercero” ajeno al esquema de integración mercosureño que demuestre que la controversia lo podrá afectar? ¿La intervención es aceptada a modo individual o puede ser reconocida a modo colectivo, en el caso que otro bloque de integración demuestre su interés como “tercero”? Lamentablemente son preguntas que no encuentran solución ni respuesta jurídica inmediata y, creemos, que ni una amplia y generosa reglamentación podrá, en el futuro, suplir tamaña “laguna” legislativa. Además, respecto de la característica procesal de la intervención, ¿El sistema de Olivos, enfoca la simple “intervención de terceros” o se trataría de una verdadera “tercería”? Aquí, pensamos que, por la propia dinámica y lógica del procedimiento previsto, estamos en presencia de la simple figura procesal de la “intervención de terceros”, resultando bastante improbable que algunos de ellos pueda justificar, en su presentación, algún “dominio preferente”, aunque resulta concebible que en mérito de algún acuerdo previo pueda justificar “un mejor derecho”, en cuyo caso el “tercero” tendría otras vía procesales más seguras y expeditivas previstas por

el propio acuerdo, por la legislación internacional o por normas y sistemas propios de otras organizaciones internacionales.

Consideramos un dispendio procesal no prever la “intervención de terceros”, en la etapa inicial de las negociaciones directas. Allí las partes y los terceros podrían obtener un conocimiento de viso de las circunstancias y posibles soluciones del caso. Más aún, los “terceros” podrían ser de gran ayuda, hasta convertirse en virtuales “árbitros” o “amigables compondores”, llegado el caso.

Respecto de los reclamos de particulares, nada se ha innovado en mérito a una intervención plena y actuante, mas aún se ha desmerecido la figura procesal del particular. En efecto, los artículos 27 y 28 del PB prevén y mencionan que los reclamos interpuestos por los particulares, en mérito al ámbito de aplicación mentado en el artículo 25, se canalizarán por ante la Sección Nacional del GMC del EP del reclamante, quién, previa aceptación, lo presentará directamente a consideración del GMC o a la Sección Nacional del EP demandado, siempre en consulta con el particular afectado. Más aún, en caso de retardo en la consideración por parte de la Sección Nacional del EP demandado, el particular tiene un derecho de “impulso procesal”, ante su Sección Nacional, para solicitar que el caso sea elevado, sin más trámite, a consideración del GMC.

En el artículo 41 del PO, la figura del particular denunciante ha perdido capacidad procesal y si bien las facultades que tenía las asume su Sección Nacional, el sistema ha ganado un nivel más en la concepción “estatista” del procedimiento, en desmedro de la capacidad de iniciativa particular, que, cada día, justifica con creces su condición de “convidado de piedra” al sistema.

Y ello es así, a punto tal que, ya lo dijimos, los particulares, personas físicas y/o jurídicas residentes y actuantes en el espacio mercosuriano, tienen una legitimación reducida y limitada al “estatismo” que hace gala el sistema instaurado en el PB y que el PO ha profundizado. Pero no solo los particulares están condicionados, que por lo menos son previstos, sino que los distintos “órganos” funcionales del esquema mercosuriano están supinamente ignorados dentro del sistema controversial previsto.

¿Podría presentarse un conflicto entre un EP y el Director de la SAM, respecto de la lista de árbitros y expertos o a los niveles competenciales asignados, en defecto, al Director para la formación de los tribunales arbitrales? ¿Es concebible una controversia entre el FCES y el GMC, o entre éste y la CCM? Un funcionario, ¿podría demandar al Bloque por la conculcación de sus derecho laborales y/o previsionales? ¿Podría este funcionario demandar al CMC o el GMC? ¿Podría, también el Bloque, demandar a algún EP para exigirle determinada conducta debida? ¿Y aún en un supuesto extremo, podría el MERCOSUR demandar a otro esquema integrativo o exigirle a alguno de sus EP una determinada acción?

Las posibilidades podrían ser muchas más. Razón por la cual, pensamos que en favor de la completitud del sistema controversial, se impone, en una reforma futura, la ampliación de la legitimación, activa y pasiva, en favor del Bloque, de sus órganos constitutivos y de terceros relacionados.

Por supuesto que ello conlleva un replanteo y una redefinición del nivel competencial acordado al Bloque por los EP y el grado y la incidencia de las cuotas autonómicas que estén dispuestos a entregar. Vuelve a plantearse la dicotomía gubernamentalidad-supranacionalidad. Sabemos que un órgano mercosuriano, la SAM, sus funcionarios y sin dudarle la futura ST, con los suyos, gozan de atributos, casi rozando la supranacionalidad. Nada obsta, como no fuere un excesivo prurito de reserva nacional, concebir un GMC, un Parlamento y un Superior Tribunal dotado con los atributos propios de un ente que pueda erigirse, con valor y contundencia, aún enfrentando la voluntad de los Estados que lo componen. La experiencia europea, en la evolución operada, habla de ello, como también lo hace, en este caso negativamente, la experiencia andina, lo que nos está avisando que, por sí sola, “la técnica y la norma” no son garantía de éxito de un programa, sólo una de sus precondiciones fácticas, máxime cuando la burocracia estatal no está acompañada con la dinámica incontenible de la impronta política. Los últimos acontecimientos comunitarios europeos de fines de 2003, presentan manifestaciones claras de los inconvenientes por crear la “nación europea”, cuando hablar de seguridad, finanzas monetarias y política exterior, involucra a Europa como “entidad y realidad” en un mundo “globalizado”, más que como entelequia “continental e histórica”, desde los factores imponderables internos que la condicionan, retardan e inmovilizan.

Decíamos, más arriba, que “las partes” dentro del sistema de solución de controversias instituido en el PO, por antonomasia, son sólo los EP, entendiéndose por tales los miembros plenos, firmantes del TA, del POP y de todo otro instrumento fundacional y/o constitucional posterior. En esta tesitura, los Estados Asociados y aquellos relacionados con el MERCOSUR por otros acuerdos parciales o totales de integración y/o cooperación, deberán acudir a los sistemas de solución de controversias especiales y/o alternativos previstos o a la legislación general internacional que les sea aplicable, en tanto miembros de otros esquemas o asociaciones.

2.2.7) Medidas provisionales, excepcionales y urgentes y compensatorias

Deliberadamente hemos nominado el acápite, mezclando sistemas y posibilidades previstas en varias normas controversiales, para permitirnos hacer la comparación y la crítica.

El artículo 18 del PB autoriza al Tribunal y a solicitud de parte, en medio de la dilucidación de la controversia por medio del sistema arbitral y hasta tanto se llegue a un Laudo, a dictar medidas provisionales, sobre la base de presunciones fundadas, de que el mantenimiento de la “situación”, que motivara la controversia, pudiera ocasionar “daños graves e irreparables” a alguna de las partes. La decisión del Tribunal no admite discusión y las partes “cumplirán” las medidas autorizadas hasta la finalización de la controversia, por medio del Laudo.

Dictado el Laudo, tal como lo dispone el artículo 23 PB, la parte renuente en el cumplimiento, queda a merced de las acciones compensatorias que pudiera ejercer la agraviada, como ser la suspensión de concesiones u otras equivalentes. La característica de

la acción es que es temporaria y supone, según la norma, el eventual cumplimiento del Laudo.

Precisamente uno de los puntos vulnerables del sistema del PB es que no guarda un reaseguro normativo y fáctico, posterior al dictado del Laudo, que garantice el fiel cumplimiento del decisorio y las vicisitudes posibles, frente a las eventuales acciones compensatorias que pudieran ejercerse, su medida, razonabilidad y temporalidad.

Por otra parte los defectos de técnica y de previsión normativa dan pie, como en realidad dieron, a controversias más enojosas que la principal misma. ¿En que momento procesal y hasta cuando una parte está habilitada para solicitar las medidas? ¿Las presunciones y las simples apreciaciones pueden justificar la adopción de medidas provisionales? ¿La amplitud de los términos “graves” e irreparables”, al no estar tasados, dan pie para una gran discrecionalidad de evaluación? ¿Esta discrecionalidad decisoria redundaría en detrimento de la imparcialidad que debe tener el juzgador? Más de una controversia adicional y gratuita se generó con motivo de esta laxitud terminológica y normativa que hizo gala el PB, en la especie.

El PO encara el tema en el artículo 24 y con un muy buen criterio, avalado por la experiencia y las críticas constructivas que se acercaron, declara que el CMC podrá establecer “procedimientos especiales” para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las partes.

Se ha mejorado evidentemente la técnica, el fraseo jurídico y las posibilidades de implementación de la especie, pero mucho más importante, se ha encontrado el responsable justo para adoptar dichas medidas. Será el CMC el que hará el análisis pertinente del caso y asumirá el eventual riesgo decisorio, es decir, resulta ser el ámbito más idóneo para hacerlo, ya que se trata del órgano político máximo y el responsable operacional directo frente a los EP. Allí es donde se evaluarán las motivaciones, los argumentos y se adoptará la resolución final, que, a no dudarlo, estará teñida más de condicionantes políticas, que económicas puntuales. Ya hicimos algunas reservas de la cuestión procedimental. Esperamos que las decisiones que asuma el CMC, adopten un “criterio de generalidad”, aunque reconocemos que la puntualidad de cada caso le imprimirá una cierta característica distintiva al tema. No obstante ello, el CMC podrá, y deberá, ir creando “jurisprudencia” subsumible a casos similares futuros, para no caer en la discriminación y el favoritismo. El CMC tiene la facultad de “acomodar” y “adaptar” esta suerte de “oxígeno” precautorio procesal, pero debe hacerlo con gran prudencia, responsabilidad y criterio comunitario.

Ambas normas, el PB y el PO, prevén medidas “compensatorias” para acelerar o estimular el cumplimiento de los Laudos arbitrales.

En el sistema de Brasilia, el artículo 23 establece que si un EP no cumple el Laudo Arbitral en un plazo de 30 días, y a los efectos de instarlo al cumplimiento, el otro EP (“... los otros EP en la controversia...”, dice la norma) podrá adoptar medidas compensatorias temporales, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes. Ésta es una sanción importante, porque el proyecto integrativo desde el punto de vista económico, se basa en un entramado de normas que posibilitan y propenden la conformación de un

sistema de preferencias, concesiones y estímulos especiales para afirmar y consolidar el intercambio intrazonal. El plazo para tomar esta medida defensiva, sería de treinta días posteriores a que el Laudo fuere notificado y quedare firme. Sin embargo, la norma nada establece para el caso del seguimiento posterior y la continuación, o no, del Tribunal Arbitral para la atención de esta y otras vicisitudes posteriores.

El PO con mayor criterio y a la luz de la práctica generada, pule y puntualiza una serie de normas técnicas que permite asegurar el sistema controversial en lo atinente a los efectos posteriores al dictado del Laudo. Así, le dedica un Capítulo, el IX, en la sistemática elegida y entre los artículos 31 y 32 (también el 27, 29 y 30) organizan el sistema. Allí determinan, como es lógico, el principio general de la obligatoriedad de los Laudos, los que serán cumplidos dentro del plazo que el Tribunal disponga y, en su defecto, el plazo será de 30 días posteriores a la notificación o al acontecimiento jurídico de la firmeza del mismo. Esta previsión es una notoria mejoría en cuanto a la elasticidad procedimental que la práctica y las circunstancias pueden imponer. Para asegurar la completitud del sistema, dentro del plazo de cumplimiento y pendiente el mismo, la parte obligada le comunicará al GMC, por intermedio de la SAM, dentro de los primeros 15 días, sobre las medidas que adoptará para el cumplimiento del Decisorio arbitral. Si el Estado beneficiado entendiera, o comprobara, que las medidas no dan cumplimiento, o lo hiciera parcialmente, llevará esta novedad a conocimiento del Tribunal Ad Hoc o del TPR, según sea el caso, dentro de los 30 días de conocidas aquellas. En éste caso el Tribunal que dictó el laudo, o el conformado con los suplentes o uno nuevo, en caso de imposibilidad de reunir el originario, dispondrán de 30 días para dirimir la cuestión.

Aún así, y por espacio de un año desde que le fuera notificado el Laudo, el Estado beneficiado podrá entender que el cumplimiento no es total o, en su caso, fuera parcial, tendrá la opción, adicional al procedimiento comentado anteriormente, de aplicar medidas compensatorias temporarias contra el Estado renuente, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, bajo las siguientes circunstancias:

- Las medidas compensatorias, antes de ser adoptadas, deberán ser comunicadas por el Estado aplicante, al Estado deudor del cumplimiento del Laudo, con una antelación de 15 días.
- El EP beneficiado procurará aplicar las medidas compensatorias y otras obligaciones equivalentes, en el mismo sector o sectores afectados. Si lo hace sobre otros sectores, por imposibilidad, impracticabilidad o ineficacia, deberá justificar las razones que fundamentan su decisión. La norma nada establece ante quién el Estado deberá comunicar esta situación, ¿Al Estado deudor? ¿Al GMC por intermedio de la SAM? ¿Al Tribunal que dictó el Laudo? Queda el tema para ser definido en la Reglamentación.

¿Que recursos y defensas tiene el Estado obligado al cumplimiento del Laudo?

Varían de acuerdo a que el Estado deudor considere que las acciones precautorias prometidas se contradicen con un cumplimiento ponderado o resulten excesivas o desproporcionadas.

El propio PO supone la situación que el Estado deudor considere que ha cumplido, o está cumpliendo, lo ordenado. Dentro de los 15 días posteriores a la comunicación que hubiere realizado el Estado aplicante del anuncio del inicio de las suspensiones, el Estado eventualmente perjudicado por tales medidas, puede recurrir en consideración al Tribunal Arbitral que dictó el Laudo o al TPR, según el caso, el cual tendrá 30 días para resolver la cuestión.

También puede darse el caso de que el Estado deudor resulte incumplidor sin atenuantes, pero considere que las medidas compensatorias elegidas, así como su magnitud y/o temporalidad, resulten excesivas o desproporcionadas. En éste caso, el Estado perjudicado por la aplicación de las mismas, puede recurrir al Tribunal Arbitral o al TPR, según el caso, para que se expida sobre la pertinencia, fundamentación y razonabilidad de las mismas, así como por su proporcionalidad. En éste último caso, el Tribunal considerará, entre otros supuestos, “... el volumen y/o el valor del comercio en el sector afectado, así como todo otro perjuicio o factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias.”

Notamos un mayor casuismo, muy positivo, y una serie de previsiones muy serias y acertadas, contenidas en las normas que marcan el nivel y la medida de resguardo que, cada una de las partes, puede esgrimir en defensa de sus derechos conculcados por inacción, inactividad y, por que no decirlo, mala fe en el cumplimiento o, desde otra perspectiva, en la elección abusiva de un derecho consagrado en la norma. Sin olvidarnos un principio general contenido en el PO y que toda parte en una controversia debe tener siempre en cuenta: la adopción de medidas compensatorias no exime al EP de su obligación de cumplir el Laudo (artículo 27, “in fine”)

2.2.8) El Tribunal Permanente de Revisión

La especie consignada resulta ser la modificación más novedosa e impactante del sistema controversial mercosureño y es un verdadero avance, técnico y político.

El Tribunal opera desde dos perspectivas: como tribunal con jurisdicción originaria o como segunda instancia, en apelación.

Las partes en controversia, y con una inocultable intención de lograr economía material y procesal, finalizada las “negociaciones directas” insatisfactoriamente para alguna de ellas, no solo pueden sortear la “instancia” procedimental ante el GMC y solicitar la formación del Tribunal Arbitral Ad hoc, sino que pueden obviar la recurrencia ante éste y someter el caso, directamente y en instancia única, ante el Tribunal Permanente de Revisión.

La otra posibilidad de actuación, es en el caso de apelación. Dictado el Laudo por el Tribunal Arbitral Ad hoc, las partes pueden recurrir ante el TPR para dirimir las cuestiones de derecho implicadas y las interpretaciones jurídicas desarrolladas. La labor del Tribunal se limitará a confirmar, modificar o revocar los fundamentos y las decisiones del “a quo”.

Varias cuestiones nos llaman la atención.

La primera, que no se trata, como lo manifiesta enfáticamente la norma, de un recurso de “revisión”, salvo que los redactores hayan usado el término en el sentido semántico de “revisar lo actuado” y no de “rever lo actuado”. En éste sentido más no inclinamos a pensar que se trata de un verdadero recurso de apelación que de revisión, habida cuenta que las competencias que tiene el Tribunal son: confirmar, modificar o revocar, propiamente dicho, el Laudo Arbitral.

En segundo lugar, no todas las controversias fundamentadas al través de un Laudo Arbitral son susceptibles de apelación. Aquellas que las partes hayan decidido, y otorgado competencias expresas al Tribunal Arbitral, de que la cuestión sea dirimida “ex aequo et bono”, no son pasibles de ser apeladas.

En tercer lugar, las decisiones adoptadas por el TPR serán definitivas y prevalecerán sobre el Laudo apelado. Y nos surge una gran pregunta: ¿También sobre otros Laudos, habilitando a otras “partes” a citar la pertinente doctrina judicial, como recurso consecuente y habilitante, para aplicarlo a casos similares y futuros? La respuesta no la podemos esperar de la reglamentación. El tema requiere de una norma superior que posibilite la decisión jurídica, amplia o restringida, pero siempre con la indubitable fórmula gramatical que consagre expresamente esas, u otras, competencias en cabeza del Tribunal.

En cuarto lugar, asistimos a una previsión interesante y con importantes proyecciones prácticas. La reforma proyectada trata de superar la “existencia” precaria de los Tribunales Arbitrales “Ad hoc” y dar una suerte de seguridad y seriedad jurídica al sistema, sosteniendo un criterio de estabilidad y permanencia, al momento de “visualizar” a sus órganos jurisdiccionales.

Surge en seguida una cuestión: ¿Lo “disponible y permanente” es el TPR o sus miembros? Ninguna duda cabe frente a los términos de la norma cuando establece que los “integrantes”, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles permanentemente. Por supuesto que la reunión del total de los miembros constituirá un Tribunal, que la norma se encarga de decir que es “permanente”, aunque en ningún lado se le da tal “status” para justificar su existencia, es decir, su estabilidad. El tema mas va allá de un juego de palabras e involucra la cuestión crucial al preguntarse: ¿Que es lo que tiene existencia jurídica, el TPR o sus miembros? Porque, depende de la respuesta que logremos, van a ser las consecuencias a la hora de determinar si el TPR es un órgano jurisdiccional, o no. Y aún más, no obstante llegar a una repuesta, surgiría otra cuestión, ¿El sistema prioriza la disponibilidad o la permanencia? Porque del instaurado en el PO, deducimos que los árbitros, deberán estar disponibles para el momento que se los convoque, aunque, hasta que ello suceda, ¿podrán ejercer y actuar dentro de sus respectivas actividades y profesiones nacionales, aunque atendiendo las expresas previsiones contenidas en el artículo 35 inciso 2 del PO, respecto de la imparcialidad e independencia respecto del Estado Nacional del que es parte o de la eventual controversia a la que pueda ser llamado a actuar?

El tema dista de ostentar, jurídicamente, una claridad meridiana. El PO da a entender que busca “algo” mas que justifique la novedad técnica de la nueva norma. Para ello emplea la palabra “permanentemente”. ¿Significa ello que funcional y materialmente, el miembro del TPR debe mantenerse por el tiempo estimado de duración de su mandato, imposibilitado de actuar y ejercer otros trabajos? En cuyo caso, ¿cuáles con las compatibilidades e incompatibilidades, entre la función de miembro del TPR y las actividades privadas nacionales? ¿Deberán cumplir “funciones administrativas” de despacho periódico para justificar la norma que declara a la ciudad de Asunción como el asiento físico, visible y permanente del TPR? ¿La norma que prevé la creación de un Fondo Especial para atender los gastos, honorarios y sueldos por la actividad de los árbitros, supone una actividad periódica, estable y permanente? Todo esto, sí, debe ser muy cuidadosamente aclarado y puntualizado por la reglamentación al momento de encarar su redacción y aprobación por parte del CMC.

En síntesis, pensamos que son muchas y muy delicadas las cuestiones dudosas, incompletas, supuestas o simplemente ignoradas, que requieren una muy dedicada, puntillosa y estricta reglamentación.⁹ Otras cuestiones, exceden dicha competencias ordenatorias y requieren de un armado y una redacción jerarquizada, normativamente hablando, en correspondencia con la importancia de la cuestión jurídica implicada. Para ello, se precisa la sanción de una nueva norma superior adaptativa o apelar a la “fórmula llave”, con un criterio amplio o restringido, contenida en el propio PO, cuando establece que los EP, de común acuerdo, podrán definir “otros criterios”, para el funcionamiento del Tribunal (artículo 20, inciso 3, PO)

2.2.9) Modos alternativos de terminación de la controversia

El modo lógico, material y procesalmente hablando, de terminación de la controversia, es el Laudo Arbitral. Tanto es así que el PB no concebía otra forma jurídica de preverlo.

Sin embargo la ciencia procesal y la doctrina en general están contestes en admitir forma alternativas de finalización controversial. Unas de ellas, es la aceptada por el PO: el

⁹ Tal el caso del quinto árbitro del TPR. De acuerdo al artículo 18 (3.5) del PO, dicho funcionario es nombrado por unanimidad por 3 años no renovables, salvo acuerdo en contrario de los EP, de una lista depositada en la SAM, de 8 integrantes, obtenida por la designación de 2 candidatos propuesto por cada EP. Para cumplimentar la condición que el quinto árbitro sea nacional de algún Estado mercosureño, todos los candidatos deben ostentar la nacionalidad de algún EP. Ahora bien, para los procedimientos definidos anteriormente, el numeral 7 del artículo 18 del PO dice que se aplicará lo dispuesto en el artículo 11.(2) del PO, que establece que de la lista lograda para la designación del tercer árbitro que integrará el Tribunal Arbitral Ad hoc, al menos uno de los designados por cada EP para esa lista, no deberá ser nacional de ninguno de los EP del MERCOSUR, contrariando lo dispuesto “in fine”, de la primera parte, del numeral 3 del artículo 18 que sienta, precisamente, el criterio contrario. Nosotros pensamos que la cuestión se resuelve por la lógica de la especificidad y los términos del propio numeral 7 del artículo 18, cuando establece que el artículo 11 (2) se aplicará “en lo pertinente”. Sin embargo, creemos que la reglamentación debería despejar toda duda al respecto, aún en el supuesto que los EP decidieran otros criterios para la designación del quinto árbitro (numeral 4, artículo 18 PO), en cuyo caso, opinamos, deberían materializarse en normas dispositivas consecuentes.

desistimiento, que solo le corresponde a la parte demandante o la transacción, que es el acuerdo por medio del cual las partes declara finalizada la controversia. También pensamos que la reglamentación debería acudir en auxilio de la norma general, habida cuenta de que son necesaria varia previsiones y condiciones que organicen procesalmente la especie: oportunidad, plazo, efectos, ponderación, espera, aceptación, revocación, etc, etc.

3) **Balance y perspectivas**

A la época que estábamos estudiando el PO, algunos miembros lo habían internalizado, pero faltaba aún que, en cumplimiento del POP, la norma entrara en vigencia simultánea, para tenerla como instrumento comunitario vigente. En enero de 2004, el Brasil aprobaba dicho Protocolo y lo incorporaba a su derecho interno y quedaba, por consecuencia, convertido en norma mercosuriana, formalmente vigente y obligatoria.¹⁰

La reforma era necesaria y esperada, mucho más que por sus novedades y bondades técnicas, por el trasfondo político que implica, habida cuenta que resulta ser un factor simbólico que demuestra la voluntad de sus miembros por profundizar y afirmar el ideario integrativo al través de sus instituciones jurídico-administrativas.¹¹

Debemos, pues, esperar que el PO resulte aplicable a casos concretos y monitorear el comportamiento de las partes y meritar los resultados, no sin antes aclarar que existen ciertos temas hartamente sensibles y de necesaria reglamentación muy puntual y concreta, para aventar y prever situaciones conflictivas no queridas (operativas, funcionales y/o procedimentales propiamente dichas), precisamente dentro del sistema que pretende ser el solucionador de controversias dentro del Bloque.

Ya hemos tenido oportunidad de ponderar las cuestiones, a nuestros entender, más urgentes y delicadas que precisan de una muy puntual aclaración y despeje normativo, a la hora de operativizar los términos del PO mediante la reglamentación pertinente. Las recordamos: a) las múltiples posibilidades que se pueden presentar al momento de la “elección del foro” controversial (artículo 1º, inc. 2 PO); b) las muy puntuales y detalladas condiciones por medio de las cuales se puedan apelar para utilizar los “procedimientos especiales”, para la resolución de controversias basadas en cuestiones solo técnicas; c) también se requerirá una muy estudiada reglamentación para la determinación de los alcances y los procedimientos para la remisión y evacuación de “opiniones consultivas” al TPR; d) la “intervención de terceros” requiere un detenido análisis sobre las posibles cuestiones implicadas, requiriéndose una muy prolija reglamentación, aunque hemos puntualizado que para ejercer ciertas modalidades de actuación, se deberá contar con “normativa de fondo” avalatoria; e) las muy puntuales y detalladas condiciones por medio de las cuales se instauren los

10 En febrero de 2004 la prensa argentina anunciaba la designación, en cumplimiento del artículo 49 del PO, del ex Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, como futuro Juez del TPR, organismo, éste último, que debería de estar en plena funciones en su sede fijada en la ciudad de Asunción, hacia marzo o abril de 2004.

11 En el Mensaje dirigido al Congreso Nacional sobre la administración del país y con motivo de la inauguración de las sesiones legislativas 2004, el Presidente Krichner ratificó, una vez más, la decisión política de profundizar y fortalecer al MERCOSUR.

“procedimientos especiales” para la atención de las medidas urgentes y excepcionales que eviten daños irreparables a la partes en litigio; f) la reglamentación detallada respecto de la característica dominante de los miembros del TPR y del TPR mismo: ¿se prioriza la disponibilidad o la permanencia? o se debe determinar, fehacientemente, lo que debe entenderse por: “disponibilidad permanente”; g) puntualización respecto de las posibilidades y condiciones por medio de las cuales se puede terminar la controversia anticipadamente, a modo de desistimiento o transacción; h) posibilitar que los sistemas de solución de controversias aplicable a los Estados Asociados, permitan una recurrencia oportuna al TPR, aunque ésta propuesta excede la competencia reglamentaria y se necesita una norma adjetiva superior.

No obstante ello, y pese a lo positivo de la reforma, es necesario prepararse para conformar un sistema que cumpla el rol morigerador y solucionador de los conflictos posibles, ya en la etapa que, seguramente, comenzará después del 2006 y que se debería denominar de “consolidación y afirmación” comunitaria, en reemplazo de las dos anteriores, gráfica y realmente, denominadas de “transición” (1991-1994) y de “convergencia” (1995-2006)

Para esa importante y crucial etapa, proponemos:

- Ampliación de la base jurídica necesaria para tener por legitimados mayor cantidad de sujetos posibles, de acuerdo a mayores expectativas de conflictos.
- Autonomía procesal para la intervención de particulares y de terceros intervinientes, ajustándose la intervención de éstos últimos de acuerdo a las posibles incidencias y previsiones más lógicas que provee la doctrina y la técnica procedimental.
- Ampliar las posibilidades contenidas en el artículo 3, PO, y declarar conformada la filosofía de que cada “juez nacional sea un juez comunitario”; razón por la cual, se deben arbitrar los medios para conformar un sistema optativo y otro obligatorio, que permita recabar “opiniones consultivas” al TPR, cuando esté en juego la “interpretación, aplicación y/o el cumplimiento de normas comunitarias”, en casos dirimidos ante jurisdicciones nacionales.
- Modificar los términos respecto de las competencias y jurisdicciones que ostenta el TPR, en el sentido de consignar, indubitablemente, que los decisorios del máximo tribunal mercosuriano, no solo prevalecen sobre el Laudo revisado, sino sobre toda otra interpretación y aplicación futura, siendo obligatorio para los sucesivos Tribunales Arbitrales Ad hoc ajustarse a lo establecido, oportunamente, por el TPR.
- Posibilidad de las partes en conflicto de “renunciar”, bajo ciertas condiciones, a un Tribunal Arbitral ad hoc en ejercicio y acudir directamente al TPR para que continúe el caso, en instancia única e inapelable.
- Prever las posibilidades y mecanismos para que el TPR actúe como tribunal de alzada frente a conflictos de “jurisdicción y competencias”, sobre la base de la “ignorancia” o la “inaplicabilidad de precedentes”.
- Posibilitar la recurrencia al TPR de los Estado Asociados, solo después del Laudo definitivo logrado merced a la aplicación de las normas propias de los sistemas especiales de solución de controversias, para permitir mantener una cierta

uniformidad jurisprudencial y posibilitando que el sistema general de resolución de conflictos, en el ámbito mercosuriano, logre completitud.

Resumen

Hemos estudiado el PO y proponemos precisiones y reformas en dos direcciones. Una inmediata al través de la Reglamentación. La otra mediata, al momento de encarar el sistema de solución de controversias en forma integral y definitivo para el Bloque, especialmente cuando se haya logrado la “convergencia” propuesta por el POP y por toda la política comercial intra y extra Bloque.

En lo atinente a las necesidades de Reglamentación, proponemos, principalmente, atender los siguientes items:

- Las múltiples posibilidades que se pueden presentar al momento de la “elección del foro” controversial (artículo 1º, inc. 2 PO);
- Las muy puntuales y detalladas condiciones por medio de las cuales se puedan apelar para utilizar los “procedimientos especiales”, para la resolución de controversias basadas en cuestiones solo técnicas;
- También se requerirá una muy estudiada reglamentación para la determinación de los alcances y los procedimientos para la remisión y evacuación de “opiniones consultivas” al TPR;
- La “intervención de terceros” requiere un detenido análisis sobre las posibles cuestiones implicadas, requiriéndose una muy prolija reglamentación, aunque hemos puntualizado que para ejercer ciertas modalidades de actuación, se deberá contar con “normativa de fondo” avalatoria;
- Las muy puntuales y detalladas condiciones por medio de las cuales se instauren los “procedimientos especiales” para la atención de las medidas urgentes y excepcionales que eviten daños irreparables a la partes en litigio;
- La reglamentación detallada respecto de la característica dominante de los miembros del TPR y del TPR mismo: ¿se prioriza la disponibilidad o la permanencia? o se debe determinar, fehacientemente, lo que debe entenderse por: “disponibilidad permanente”;
- Puntualización respecto de las posibilidades y condiciones por medio de las cuales se puede terminar la controversia anticipadamente, a modo de desistimiento o transacción;
- Posibilitar que los sistemas de solución de controversias aplicables a los Estados Asociados, permita una recurrencia oportuna al TPR, aunque ésta propuesta excede la competencia reglamentaria y necesita de una norma adjetiva de mayor jerarquía.

Para la oportunidad de consolidación del Bloque, al momento de encarar una reforma integral y definitiva del Sistema de Solución de Controversias, proponemos los siguientes puntos de reforma:

- Ampliación de la base jurídica necesaria para tener por legitimados mayor cantidad de sujetos posibles, de acuerdo a mayores expectativas de conflictos.
- Autonomía procesal para la intervención de particulares y de terceros intervinientes, ajustándose la intervención de éstos últimos de acuerdo a las posibles incidencias y previsiones más lógicas que provee la doctrina y la técnica procedimental.
- Ampliar las posibilidades contenidas en el artículo 3, PO, y declarar conformada la filosofía de que cada “juez nacional sea un juez comunitario”; razón por la cual, se deben arbitrar los medios para conformar un sistema optativo y otro obligatorio, que permita recabar “opiniones consultivas” al TPR, cuando esté en juego la “interpretación, aplicación y/o el cumplimiento de normas comunitarias”, en casos dirimidos ante jurisdicciones nacionales.
- Modificar los términos respecto de las competencias y jurisdicciones que ostenta el TPR, en el sentido de consignar, indubitablemente, que los decisorios del máximo tribunal mercosuriano, no solo prevalecen sobre el Laudo revisado, sino sobre toda otra interpretación y aplicación futura, siendo obligatorio para los sucesivos Tribunales Arbitrales Ad hoc ajustarse a lo establecido, oportunamente, por el TPR.
- Posibilidad de las partes en conflicto de “renunciar”, bajo ciertas condiciones, a un Tribunal Arbitral ad hoc en ejercicio y acudir directamente al TPR para que continúe el caso, en instancia única e inapelable.
- Prever las posibilidades y mecanismos para que el TPR actúe como tribunal de alzada frente a conflictos de “jurisdicción y competencias”, sobre la base de la “ignorancia” o la “inaplicabilidad de precedentes”.
- Posibilitar la recurrencia al TPR de los Estado Asociados, solo después del Laudo definitivo logrado merced a la aplicación de las normas propias de los sistemas especiales de solución de controversias, para permitir mantener una cierta uniformidad jurisprudencial y posibilitando que el sistema general de resolución de conflictos, en el ámbito mercosuriano, logre completitud.