

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MERCOSUR (LOS SISTEMAS ADOPTADOS DESDE EL TRATADO DE ASUNCIÓN HASTA PROTOCOLO DE OLIVOS)

Por el Dr. Ricardo A. Alagia

1) Generalidades.

Toda unión comunitaria realizada voluntaria, libre y decidida por las autoridades políticas de un Estado, implica la aceptación de un programa evolutivo de objetivos específicos y concretos.

La experiencia demuestra que el objetivo político final tenido por un Estado al momento de aceptar la Unión puede no coincidir exactamente con las posibilidades y concreciones parciales de políticas puntuales y no por ello estaremos en presencia de una negación de los postulados comunitarios. Sucede simplemente que a la Comunidad se llega después de un largo camino que, generalmente, está signado por sinsabores, desacuerdos, marchas y contramarchas.

Para morigerar estos inconvenientes y lograr un tránsito mas o menos aceitado hacia la consecución de un mercado común, los esquemas de integración presuponen un sistema de normas que tratan de resolver las controversias que se susciten en una forma lo mas relista y justa posible, en atención que no todo el tránsito hacia el mercado común puede lograrse con esquemas jurídicos rígidos y estrictos. Muchas veces la “voluntad política” y las soluciones acordadas amistosamente logran mejores resultados que una “sentencia” o un “laudo” condenatorio.¹

2) El Sistema de Solución de Controversias en el Tratado de Asunción.

El Tratado de Asunción, que volvemos a recordarlo inicia el período denominado de transición, establecía en su artículo 3º, entre otros recaudos, que los signatarios adoptan, durante éste período y hasta el 31 de diciembre de 1994, un Sistema de Solución de Controversias y que, en detalles, hacía un reenvío a al Anexo III donde estaban contenidas las normas respectivas.

A poco que iniciamos su estudio, vemos que la Comunidad preveía dos momentos:

¹ Puede verse un trabajo de Aída Kemelmajer de Carlucci, Ministro de la Suprema Corte mendocina, denominado “Sistema de resolución de conflictos en el MERCOSUR”, especialmente por la bibliografía que anota y ser un magistrado consustanciado con el proceso de integración, Congreso Internacional de Derecho Comunitario y del MERCOSUR, Escuela de la Magistratura, Poder Judicial de Salta, Tomo I, página 139 y ss, VMH Editor, Salta, 1999.

- a) Un régimen que regiría durante la transición, hasta el 31/12/94, y que debería estar propuesto dentro de los 120 días de estar vigente el TA;
- b) Un régimen definitivo que debería estar adoptado antes del 31/12/94 y que debería regir el sistema de solución en el período que se iniciaría el 1 de Enero de 1995, y que para la inteligencia del TA, serviría en una etapa de Mercado Común pleno.

Todo ello de acuerdo a lo establecido en los numerales 2 y 3 del Anexo III.

Ahora bien, ¿donde ubicamos el sistema previsto en el numeral 1 del mismo Anexo y que, a su manera, establece un muy larvado, superficial y hasta diríamos elemental procedimiento?

Evidentemente el optimismo de los redactores inundó de posibilidades normativas que, como veremos, la realidad se encargó de desmentir.

Podemos decir que:

- 1) El régimen inaugurado por el TA podríamos denominarlo “pre-transicional”.
- 2) El régimen que se adoptó posteriormente con el Protocolo de Brasilia constituye el “transicional” propiamente dicho y,
- 3) El régimen definitivo anunciado, y que hasta la fecha nunca se adoptó, prorroga la vigencia del sistema transicional “sine die”, hasta que se sancione el definitivo, tal como lo estatuye el PB en su artículo 34. No obstante ello, el POP, en su artículo 44, propone que antes de culminar el proceso de convergencia del AEC (Arancel Externo Común), y que de acuerdo a lo establecido en la Decisión N° 7/94 esto debería suceder el 1° de Enero de 2006, los Estados Partes efectuarán una “revisión” del actual sistema de solución de controversias con miras a la adopción del sistema permanente. Veremos que Protocolo de Olivos cumple con esa encomienda parcial.

El régimen del TA, básicamente estaba conformado por tres etapas.²

Producida interpretaciones encontradas, como consecuencia de la aplicación del TA,³ la controversia sería resuelta mediante **negociaciones directas**. Negociaciones que de acuerdo al texto del TA no tienen plazo de resolución. Pensamos que los redactores tuvieron en mente darle todo el tiempo necesario a los Estados Partes para que encontraran las soluciones a sus diferendos.

² Este mecanismo fue aplicado una sola vez por un planteo que se efectúa entre Paraguay y la Argentina por la aplicación de la tasa estadística. Así se consignaba en el punto 1) del Acta de la VIII° Reunión del GMC realizada en Montevideo en diciembre de 1992. La controversia después de pasar por dos instancias procedimentales, concluye con un Acuerdo de Comercio Específico de Cooperación Económica en el marco de la ALADI. Conf. J. Fernández Reyes, “Evaluación...”, Revista de Derecho del MERCOSUR, año 4 n° 4, página 150.

³ No sólo del TA, sino de todo el derecho originario adjunto al mismo y el derecho derivado que se vaya creando a su saga; conf. Pérez Otermin, J, “Solución de Controversias en el ...”, op. cit. pag.21

Sin embargo, cualquiera de ellos podía, “motu proprio”, considerar, en cualquier momento, agotada la instancia y recurrir ante el GMC para su consideración.⁴

Precisamente, la segunda etapa la constituye el **procedimiento ante el Grupo Mercado Común**, el que se abocará dentro de los próximos sesenta días de recibida la denuncia, a formular, a las partes, las recomendaciones para la solución del diferendo, previo asesoramiento de grupos técnicos de expertos y/o peritos si así lo considerare necesario.

Las partes pueden mantener sus posiciones y no aceptar las recomendaciones del GMC, razón por la cual el **diferendo se eleva a consideración del máximo órgano, el CMC**, quien en última instancia, elaborará las recomendaciones pertinentes, con lo que queda clausurada y concluida la tercera etapa procedimental prevista.

Ningún texto del TA prevé las consecuencias de la negativa de un Estado parte a cumplir con una recomendación, ni el trámite a seguir después de agotada la instancia ante el CMC.

3) **El Protocolo de Brasilia**. 5

A los efectos de dar cumplimiento al numeral 2) del Anexo III del TA, que establecía que dentro de los 120 días de estar vigente el mismo, el GMC eleva una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que habría de regir hasta el 31/12/94. Para tales efectos, se reúne en la Cancillería uruguaya, durante el mes de noviembre de 1991, el Grupo Ad-hoc que aprobó la propuesta que se puso a consideración del Consejo en su reunión de Brasilia durante el mes de diciembre.

Recordemos que el TA, firmado el 26 de marzo de 1991, por imperio de lo establecido en el artículo 19, comenzó a regir el 29 de noviembre de 1991. Sin embargo, el GMC comenzó a efectuar sus reuniones a partir de abril de 1991. Con motivo de la III reunión del Grupo realizada en Asunción durante los días 21 al 23 de octubre de 1991, el GMC decide crear un Grupo Ad-hoc que se encargaría de tener redactado, antes de la próxima reunión del GMC, un Sistema de Solución de Controversias. Para ello se fijan, inclusive, los días y el lugar de las reuniones. En efecto, entre los días 4 y 5 de noviembre de 1991 el Grupo procede a reunirse en la capital del Uruguay.

Éste grupo fue el que, sobre la base de un documento de trabajo presentado por la delegación argentina que tuvo como antecedentes los “acuerdos celebrados entre Chile y

4 conf. Pérez Otermín, J, “Solución de Controversias...”, op.cit. pag.21. No estamos de acuerdo con el jurista uruguayo cuando considera que el GMC puede o no recibir la consideración del diferendo. El TA no deja lugar para esta interpretación, más aún, el texto del Anexo III, 1) segunda parte, es imperativo cuando manifiesta que “...los Estados partes elevarán la controversia a consideración del GMC, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de 60 días las recomendaciones pertinentes...”

5 Puede verse Boldorini, María C. “ Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 6, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa fe 1994; Dreyzin de Klor, A. “ El sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR”, La Ley 1995-B-1194; Czar de Zalduendo, S. Solución de Controversias en el MERCOSUR: Reglamentación del Protocolo de Brasilia”, ED-181-1999.

México, EE.UU. y Canadá, así como en el propio Protocolo de Solución de Controversias de la ALALC del año 1967 y también en los Mecanismos de Solución de Controversias previstos en el Tratado Antártico y en el propio Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)”⁶, analizó la redacción final que se adoptó en las reuniones de la Cancillería uruguaya y que fuera elevado al GMC para su aprobación, el cual, a su vez, sometería al CMC para su adopción definitiva.

Así, en la IV Reunión del GMC realizada en Brasilia entre los días 13 al 17 de diciembre de 1991, éste aprueba la elevación al CMC de 16 proyectos de Decisiones, entre las cuales está la número 1: Sistema de solución de Controversias, que de acuerdo a los Considerandos tenidos en cuenta, dicho instrumento será el medio mas eficaz para asegurar el cumplimiento del TA y de las disposiciones derivadas y contribuirá al fortalecimiento de las relaciones entre los Estados miembros **sobre la base de la justicia y de la equidad** (sic).

Con motivo de la I Reunión del CMC realizada en Brasilia el 17 de diciembre de 1991 con la presencia de los cuatro Presidentes de los Estados miembros, se aprueba la Decisión N° 1/91, Sistema de Solución de Controversias, denominada, por la propia Decisión, Protocolo de Brasilia y que, juntamente con las normas del POP en lo pertinente (artículo 21, 43 y 44), un Anexo procedimental al POP para las reclamaciones ante la CCM, la Decisión N° 18/02 (Reglamento del Anexo Procedimental) y la Decisión N° 17/98 (Reglamento del Protocolo de Brasilia), constituyen las bases jurídicas donde se asienta todo el Sistema Jurídico de Solución de Controversias en el MERCOSUR.⁷ Además, considera la Decisión N° 17/98 que es conveniente reglamentar el PB, en la tesitura que así se asegura la **efectividad de los mecanismos de solución de controversias del MERCOSUR y garantiza la seguridad jurídica del proceso de integración** (sic).

¿Porqué estudiamos el Protocolo de Brasilia inmediatamente después de analizar el derecho originario y no lo incluimos en el acápite derecho derivado, se nos podría preguntar?

Porque indudablemente integra el derecho originario por propia esencia y por decisión normativa.

En efecto, el artículo 33 del PB declara que dicho instrumento es parte integrante del TA, y la adhesión, aclara el artículo 35, por parte de un Estado al TA implica “ipso iure” la adhesión al PB, situación que, por carácter transitivo, se hace en un todo extensiva al POP tal como lo establece su artículo 50.

⁶ Pérez Otermín, J, “Solución de Controversias...”, op. cit. pag.23

⁷ Aclaremos que dichas bases integran el sistema jurídico propiamente dicho. No incluimos a la jurisprudencia comunitaria, no por considerarla ajena al contexto, sino porque entendemos que integra la normativa “derivada” del sistema implementado.

3.1) Vigencia.

El sistema establecido en el TA rigió desde el 29 de noviembre de 1991 hasta que entró en vigencia el PB. Esto ocurrió el 22 de abril de 1993, fecha en que fuera depositada la cuarta ratificación, la del Uruguay,⁸ de acuerdo al lo normado en el artículo 33 del PB y hasta la entrada en vigor del sistema permanente (conf. Art. 34 PB), circunstancia que no ocurrió hasta la fecha y, por lo tanto, se encuentra prorrogada, sine die, la vigencia del instrumento que estamos estudiando.⁹

3.2) Ámbito de aplicación.

En primer lugar debemos, establecer la sistemática elegida por el PB. Dividido en seis Capítulos reserva los cuatro primeros para las controversias que surjan entre los Estados miembros, el quinto esta dirigido a regular los reclamos de particulares, para finalizar el articulado con las Disposiciones Finales.¹⁰

Todas las controversias que surjan con motivo de la **interpretación, aplicación o incumplimiento** de las disposiciones contenidas en el TA, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, por ejemplo el POP, así como las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el PB, tal lo establecido en el artículo 1 del PB; los artículo 2, 16, 19, 21, 43 y Anexo del POP y artículo 1 de la Decisión 17/98.

Recordemos que tanto la UE como el Pacto Andino poseen un sistema normativo que admite diversos recursos que están institucionalizados para ser incoados ante el sistema judicial implementado en dichos procesos integrativos.

El hecho del carácter judicial y supranacional de los sistemas agilizan el estudio y las conclusiones desde el punto de vista “tradicional” del Derecho Comunitario.

8 Conf. Pérez Otermin, J, “El Mercado Común del Sur”, op, cit, pag, 33.

La República Argentina lo aprobó por ley N° 24102. Brasil lo hizo por medio del Decreto Legislativo N° 88 de 1992, promulgado por Decreto N° 922 de 1993. Paraguay lo aprobó por ley 18/92 y Uruguay por medio de la ley N° 16348 y por Decreto 393/995. El PB fue protocolizado en ALADI como el Cuarto Protocolo Adicional al ACE N° 18, conf. Jorge Fernández Reyes, “Evaluación de los Mecanismos de Solución de Controversias en el MERCOSUR”, Revista de Derecho del MERCOSUR, año 4 n° 4, agosto 2000, pag. 139 y ss.

9 Establece el artículo 44 del POP que antes que finalice el proceso de Convergencia del AEC, se propondrá un Sistema de Solución de Controversias definitivo, razón por la cual la Resolución N° 130/94 le encarga al Grupo Ad hoc “Asuntos Institucionales” la elevación al GMC de las propuestas destinadas a cumplir con dichos requerimientos.

10 Ver Amalia Uriondo de Martinoli, “El Derecho Procesal frente al MERCOSUR. Solución de controversias en el espacio integrado. Revista de Derecho del MERCOSUR, año 3 n° 2, pag. 108 y ss. Bs. As.abril 1999, Ed. La Ley.

Por el contrario, la característica “privada” y arbitral e intergubernamental optado por el sistema instituido por el PB, obligan a considerar los términos empleados por la norma contenida en el artículo 1 del PB, como meramente aproximada a un esquema tradicional y lejana a ser considerada como verdaderos “recursos” para convertirse en “medio técnicos de aplicabilidad” de la norma.

Evidentemente se aplicará el sistema cuando surjan controversias sobre la aplicación, interpretación e incumplimiento y sólo en el caso que se reúnan los requisitos respecto a la legitimación activa o pasiva implementada.

El sistema, directa o indirectamente, pone énfasis solo en el aspecto público y oficial o estatal de la controversia, por ejemplo se supone que se movilizan los procedimientos establecidos en el Capítulo V cuando un particular, teniendo como aliado a su propio Estado Nacional cuestiona la interpretación, aplicación o incumplimiento de un tercer Estado miembro, no previéndose el caso de que el particular cuestione a su propio Estado.

Tampoco se legitima el accionar contra los órganos comunitarios en su juego interactivo entre particulares y Estados miembros, ni conflictos interrórganos, etc.

El carácter intergubernamental de las representaciones que los Estados habilitan ante los distintos órganos comunitarios no hace posible concebir conflictos de competencias por interpretación, aplicación e incumplimiento, entre los órganos y los Estados miembros, ni aún entre Secciones Nacionales entre sí dado el sistema implementado para la adopción de decisiones.

Circunstancia que solo es técnicamente concebida, dado el nivel de competencias atribuidas, solo a las controversias planteadas entre Estados miembros y entre un particular (personas físicas o jurídicas) y un Estado que no sea el suyo propio, en cuyo caso se tornan operables los recursos judiciales internos que habilitan cada Estado en particular, así como los reclamos que se puedan plantear particulares entre sí.¹¹

Tanto es así, que la controversia solo puede versar sobre la interpretación, aplicación y cumplimiento de toda norma que se halla generado, en forma originaria o derivada, en el proceso de integración mercosuriana, quedando fuera del sistema toda otra que integre el derecho interno de cada uno de los Estados Miembros, sea que modifique, contradiga o desinterprete una norma comunitaria. Esto es así dado el panorama de subordinación constitucional que la norma extranjera ostenta en el ordenamiento jurídico interno de los estados miembros, excepción hecha de la Argentina que por imperio de su artículo 75 inciso 22, los nacionales pueden contrariar una legislación argentina interna que desnaturalice, contradiga, no aplique o incumpla una norma comunitaria, habida cuenta de su carácter de Tratado internacional que todas, originaria o derivadamente, ostentan para el derecho interno argentino.

11 Conf. Garré Copello, Belter. “Solución de controversias en el Mercado Común del Sur”, pag.205, en “Estudios multidisciplinares sobre el MERCOSUR”, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, 1995.

Nos preguntamos, ¿ las previsiones contenidas en el artículo 1 son enunciativas o taxativas?

Cuando el Grupo “Ad hoc” estaba elaborando el texto del artículo 1, recuerda Pérez Otermin, 12 no se habían incluido a las Resoluciones del GMC porque éstas se crean, formalmente como actos con efectos jurídicos, recién por Decisión N° 4/91, al momento de aprobarse el Reglamento Interno del GMC. Como al tiempo de aprobar el PB, también estaba en el “paquete” aquella norma, a los efectos de lograr organicidad y coherencia, hubo de modificarse el artículo 1 del Proyecto del PB, en el sentido de incorporar, como derecho “aplicable”, a las Resoluciones del GMC.

Suponiendo que las Resoluciones se hubieran creado tiempo después y no hubiesen sido expresamente incorporadas, ¿hubieran sido actos ajenos a los procedimientos del PB? Evidentemente que la respuesta es no.

Algo similar ocurriría con las Directivas de la CCM, solamente que ellas fueron expresamente incorporadas a los procedimientos del PB por mandato del POP y de la Decisión N° 17/98 (artículo 1).

En síntesis, podemos afirmar, juntamente con Pérez Otermin, que todo acto jurídico creador de derechos y obligaciones dentro del MERCOSUR puede ser objeto de aplicación de las acciones procedimentales contenidas en el PB.

3.3) Tipos de procedimientos

Los procedimientos difieren dependiendo de la legitimación activa, pasiva o ambas implicadas.

Antes que nada, debemos ponderar que en materia de legitimación activa y en caso de los procedimientos contenidos en los Capítulos II, III y IV, los mismos están reservados al impulso de los Estados miembros entre sí, sea en forma bilateral o multilateral, es decir que la legitimación activa solo es de los Estados miembros.

En el caso de las previsiones contenidas en el Capítulo V, las mismas están reservadas al reclamo que los particulares (personas físicas o jurídicas), en una suerte de “derecho de iniciativa”, pudieran plantear contra los Estados miembros, pero a la postre los únicos que tienen legitimación activa para hacer cumplir el dictamen que declaró procedente el reclamo (artículo 32 PB) o de iniciar los procedimientos previstos en los Capítulos II, III y IV del PB (artículo 38 RI) son los Estados miembros, con lo que nos resta concluir que los particulares una vez ejercido el derecho de iniciativa, carecen de legitimación para concluir los procedimientos.¹³

12 Ibidem nota 77, op. cit. pág. 30.

13 Conf. Garré Copello, Belter., op. cit. loc. cit, pag. 204/205.

La legitimación pasiva es siempre de los Estados miembros de la Comunidad.

3.3.1) **Reclamos entre Estados miembros.**

El PB concibe tres momentos procedimentales, dentro de los cuales deben agotarse las previsiones contenidas en la forma prevista y ordenada en cada uno de ellos para recurrir al siguiente.

Esta es la inteligencia que nosotros le otorgamos al artículo 2 del PB cuando manifiesta que los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla, **ante todo**, mediante negociaciones directas. Y si mediante las mismas no se logra un acuerdo las partes **podrán**, en forma facultativa, recurrir al siguiente estadio, el GMC, y una vez agotadas estas instancias, y solo en esta circunstancia se **podrá** comunicar la intención de recurrir al procedimiento arbitral.

a) Es decir, que el PB confía, como lo hacen varios esquemas procedimentales de solución de controversias, incluido por ejemplo el Tratado de Paz y Amistad entre la República Argentina y Chile, en que primero se abra una instancia de negociación directa con el fin que las partes o intercambien opiniones e información que muchas veces pueden solucionar el diferendo en forma rápida y económica.

Durante el lapso que duren las negociaciones, que salvo acuerdo de partes, no podrán exceder los 15 días contados desde el momento que uno de los Estados le planteó al otro la controversia a través de los Coordinadores de las Secciones Nacionales del GMC, mantendrán informado sobre las gestiones y los resultados de las mismas al GMC a través de la SAM. Esta es una nueva función atribuida a la Secretaría Administrativa y que, como veremos en otros procedimientos previstos, no sólo se extiende al seguimiento u organización de los trámites para el desarrollo del proceso (artículo 7.2 PB) y a todo el soporte administrativo posible que se pueda brindar a los Estados (artículo 19 de RI), sino que se convierte en un órgano de impulso procesal como los casos previstos en los artículos 11 y 12 del PB y del RI.

b) Agotada esta primera instancia pueden suceder tres situaciones, 1) que las partes lleguen a un acuerdo y la controversia se archiva; 2) que la solución sólo sea parcial, y 3) que no se logre ningún acuerdo. En los dos últimos casos las partes, es decir, los Estados miembros, podrán someter el diferendo a consideración del GMC.

En primer lugar ponderemos que es una facultad, una disposición voluntaria, una liberalidad, no una obligación. Esto no debe confundirse con la posibilidad que recurrido por un Estado, el otro se escude en esta liberalidad para no presentarse. El recurso el

voluntario pero una vez interpuesto el estado convocado “debe” presentarse a requerimiento del GMC.

Ello se infiere de acuerdo a la normativa contenida en el RI cuando dice que el Estado que decida someter la controversia a consideración del GMC podrá hacerlo en una reunión ordinaria y, si faltaren mas de 45 días para la celebración de la misma, podrá solicitar una reunión extraordinaria del GMC (artículo 4, primera y segunda parte, RI).

En ambos casos, la parte recurrente presentará la controversia por escrito y adjuntará toda la documental de que intente valerse, por ante la Presidencia Pro tempore del GMC, con diez días de anticipación a la fecha de inicio de la reunión, a los efectos de que se la incluya en el temario de la agenda. (artículo 4, 3° parte, RI).

A partir del momento en que la parte sometió la controversia al GMC, a través de los Coordinadores de la Sección Nacional respectiva, el Grupo dispone de 30 días, improrrogables, para evaluar la situación abriendo una etapa probatoria a disposición de las partes, pudiendo el Grupo, si lo considerare necesario, el asesoramiento de expertos, cuyas implicancias y condicionantes, así también como sus retribuciones, serán analizadas mas abajo.

El procedimiento finaliza con la formulación de recomendaciones que el GMC efectúa a las partes y que tienden a solucionar el conflicto, según lo establecido en le artículo 5 del PB.

Dichas recomendaciones podrán ser formuladas, también, por las Secciones Nacionales de cualquiera de los Estados miembros, en un esfuerzo por coadyuvar en la resolución positiva del planteo (artículo 8 RI).

c) Cuando las partes, después de transitar necesariamente por ambas instancias estudiadas, no logren resolver la controversia, ambos o sólo uno de ellos, podrá comunicarle a la SAM su intención de recurrir al **procedimiento arbitral** previsto. (artículo 7.1.PB)

La SAM, inmediatamente, notificará a la otra parte y al GMC sobre esta circunstancia y comenzará a arbitrar los medios técnicos y logísticos para dar comienzo a los procedimientos(artículo 7.2 PB), los cuales se sustanciarán ante un Tribunal Ad hoc compuesto por tres miembros (artículo 9 PB) los cuales se expedirán por escrito en un plazo de 60 días (prorrogables a voluntad hasta treinta días mas en cuyo caso el Tribunal lo notificará fehacientemente a las partes, artículo 21 RI), contados a partir de la designación de su Presidente (artículo 20.1 PB).

El Tribunal Ad hoc una vez constituido, fijará su sede en el territorio de alguno de los Estados miembros (artículo 15 PB) y, habida cuenta de las funciones encargadas a la Secretaría Administrativa de brindar todo el apoyo logístico posible, incluido el administrativo, es que coincidimos con la doctrina que aconseja que se adopte la ciudad de Montevideo como sede fija para la constitución de los Tribunales Ad hoc. La Decisión N° 28/94 estableció que será la Ciudad de Asunción la sede que fijarán los Tribunales Ad-hoc para realizar su cometido ¿cómo conciliar esta norma con la contenida en el artículo 15 del

PB? Nosotros no tenemos ninguna duda que la Decisión n° 28/94 es “inconstitucional” y que frente a los términos expresos del PB la norma derivada sólo opera “en defecto” de aquella.

El Tribunal fija sus propias reglas procedimentales bajo condición que se garanticen a las partes las más elementales reglas del Derecho Procesal: debido proceso, inmediatez, oposición, prueba tasada, igualdad, rapidez y eficacia, tal como lo establece el artículo 15 del PB.

Por ello establece el Reglamento Interno, en su artículo 20, que dichas reglas procedimentales serán adoptadas por el Tribunal con motivo de su primera reunión, y aún antes de ella por comunicación entre sus miembros y, en ambos casos, el procedimiento acordado deberá ser notificado a las partes por intermedio de la Secretaría Administrativa.

Las partes serán representadas ante el tribunal por abogados y asesores para la defensa de sus derechos (artículo 17 PB) y para las notificaciones procesales pertinentes acaecidas durante el desarrollo del procedimiento. Mientras los Estado partes no designen sus representantes las notificaciones serán cursadas por intermedio de los Coordinadores de las Secciones Nacionales respectiva del GMC (artículo 18 RI).

Los representantes de los Estados partes en la controversia, aportarán por escrito sus demandas con las cuestiones de hecho y de derecho, entre ellas acerca de las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral, es decir, aquellas reglamentadas en los Capítulos II y III del PB, y todas otra cuestión que, **en forma breve y concisa**, sea menester, habida cuenta que se llega al procedimiento arbitral precedido de dos instancias previas y obligatorias, y en aras de la economía procesal el artículo 16 del PB establece que las partes “... harán una breve exposición de los fundamentos de hecho o de derecho de sus respectivas posiciones.”

En el decurso del procedimiento, a los efectos de evitar males mayores y efectos irreparables de mantenerse la situación cuestionada, es que las partes pueden solicitarle al Tribunal, que hasta tanto emita el Laudo, adopte medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca, de cumplimiento obligatorio para las mismas, para prevenir tales daños. (Artículo 18).¹⁴

La adopción de medidas provisionales es una especie de “válvula de descompresión” que evita, y en la experiencia europea a evitado, agravar las condiciones que han llevado a las partes a enfrentarse por situaciones que tienen algún viso de razonabilidad habida cuenta de las previas instancias”administrativas” sorteadas y que analizaron y admitieron su pertinencia.

El sistema adoptado por el PB es más expedito y ágil que el establecido en la UE, donde las medidas provisionales pueden presentarse después que haya sido hecha la demanda principal y en escrito por separado por ante el Presidente del Tribunal y no ante el Juez

¹⁴ Ver W. Faria, “Las medidas provisionales del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR”, en Revista del Derecho del MERCOSUR, año 4 N° 5 pags. 180 y ss. Ed. La Ley, Bs. As. octubre de 2000.

ponente o ante los integrantes de las Sala en donde está radicado el principal. El Presidente, después de analizar los fundamentos legales, la urgencia y valorar el conjunto de los intereses en conflicto, resuelve, por acto motivado, en forma irrecurrible.¹⁵

Vencidos los 60 días, hecho uso, o no, de la ampliación por 30 días autorizada, el Tribunal decidirá la controversia sobre la base de:

- a) Las disposiciones del TA;
- b) De los acuerdos celebrados en el marco del mismo; por ejemplo el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR;
- c) De las Decisiones del CMC;¹⁶
- d) De las Resoluciones del GMC;
- e) Los principios y disposiciones, pertinentes, del Derecho Internacional.

Por supuesto que a esta enumeración, hay que completarla con las normas contenidas en el artículo 41 y 43 del POP y el artículo 1 de la Decisión 17/98, a saber:

1) Los Protocolos y los instrumentos adicionales y complementarios al TA; por ejemplo el Protocolo de Ouro Preto o el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.

2) Los Protocolos de los Acuerdos celebrados en el marco del TA; por ejemplo los Protocolos Adicionales a los Acuerdos de Complementación Económica (vrg. el ACE N° 18), como, así mismo, los Acuerdos complementarios a los Protocolos, por ejemplo, el aprobado por Decisión N° 9/97, que complementa el Protocolo de Medidas Cautelares.

3) Las Directivas de la CCM.

El artículo 19 del PB, que es el que estamos estudiando, añade en el numeral 2, además de los manifestado, un texto que es copia fiel del contenido en el artículo 38, numeral 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que establece que las anteriores fuentes jurídicas de aplicación, no impide que el Tribunal decida una controversia “*ex aequo et bono*”, si las partes así lo convinieren.

Esta es una posibilidad mas que el Tribunal Arbitral tiene, lo mismo su par permanente internacional: la Corte Internacional de Justicia, de aplicar otra fuente jurídica, además de las voluntarias, escritas y específicas mercosurianas. Nos parece que ciertas situaciones obligan a considerar soluciones que, no obstante la claridad de la norma, pueden tornase incómodas, inequitativas y demasiados onerosas, especialmente dentro de un proceso que

¹⁵ Conf. Díez de Velazco, Manuel, “La organización y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el MERCOSUR, pag.94, Ed. Instituto Artigas del Servicio Exterior, Montevideo, 1992.

¹⁶ Consideramos sobreabundante y reiterativo, por ejemplo, el artículo 32 de la Decisión N° 5/92 (Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en material Civil, Comercial, Laboral y Administrativa) cuando expresamente establece que en caso de controversias las partes negociarán directamente y, de no lograrse resultados, se aplicarán los procedimientos previsto en el PB.

trabajosamente está configurando un nuevo esquema social, político y económico, reuniendo entidades y realidades muchas veces distintas y enfrentadas, y que cuando surge la controversia, es aconsejable superarlas con criterios de equidad y libre convicción judicial.¹⁷

La decisión de aplicar tal fuente jurídica está sólo reservada al criterio de las partes que, libre y voluntariamente, pueden solicitarle al Tribunal que decida la cuestión “ex aequo et bono”.

El Tribunal se debe expedir por escrito, suscrito por todos sus miembros, en forma fundada, por mayoría de votos, manteniéndose la confidencialidad de la votación y **sin permitirse votos ni fundamentos en disidencia**, establece el artículo 20 del PB.

Esta última disposición a traído grandes problemas, especialmente en el ámbito académico-judicial y en el mundo de los procesalistas y en especial en todos los abogados que estamos acostumbrados a manejarnos con los parámetros “nacionales” del derecho interno.

Muchos estudiamos y ejercemos la profesión, dentro de la tesitura que los votos en disidencia hacen a la democracia judicial y ejercen una actividad benéfica a la ciencia jurídica y al derecho judicial, toda vez que los votos en minoría, muchas veces, han creado doctrina y, aún, jurisprudencia en el sentido prístino del término: interpretar prudentemente la ley.

Sin embargo, académicos y jurisconsultos, ellos mismos jueces y ex jueces comunitarios, de la talla de Pierre Pescatore, Manuel Díez de Velazco y Fernando Uribe Restrepo, opinan positivamente respecto de este condicionamiento. Éste último manifiesta, respecto a similar norma contenida en el Estatuto del Tribunal Andino: “...ésta drástica limitación, que en principio sorprende, es en realidad indispensable para un organismo de la naturaleza de un Tribunal Comunitario - como también se ha comprobado en Europa – puesto que protege a los Magistrados de todo tipo de presiones, especialmente de aquellas que puedan tener su origen en su nacionalidad.”¹⁸

El Laudo Arbitral (sentencia), establece el artículo 22 del RI, deberá contener **necesariamente**, los siguientes elementos, sin perjuicio de otros que el Tribunal considere convenientes ponderar:

- I) Indicación de los Estados partes en la controversia;
- II) El nombre, la nacionalidad de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral y la fecha de su conformación;
- III) Los nombres de los representantes de las partes
- IV) El objeto de la controversia;

¹⁷ Eduardo Jiménez de Aréchaga, en su clásico “Derecho Constitucional de las Naciones Unidas”, interpretando el texto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38 numeral 2, manifiesta

¹⁸ Uribe Restrepo, F. “El Tribunal Andino de Justicia, una experiencia aleccionadora”, en Simposio Sobre un Tribunal de Justicia para el MERCOSUR, pag. 137, Ed. Instituto Artigas del servicio Exterior, Montevideo, 1992.

- V) Un informe del desarrollo del procedimiento arbitral, incluyendo un resumen de los actos practicados y de las alegaciones de cada uno de los Estados Partes involucrados;
- VI) La decisión alcanzada con relación a la controversia, consignando los fundamentos de hecho y de derecho;
- VII) La proporción de los costos del procedimiento arbitral que corresponderá cubrir a cada Estado Parte;
- VIII) La fecha y el lugar en que fue emitido; y
- IX) La firma de todos los miembros del Tribunal Arbitral.

El Laudo es **inapelable**: sólo se admite un recurso de aclaratoria y otro de interpretación de cumplimiento, dentro de los 15 días de notificado, los cuales deberán ser resueltos dentro de los 15 días de presentados, pudiendo suspenderse sus efectos hasta la resolución pertinente. Es, también, **obligatorio** y produce efecto de **cosa juzgada** entre las partes, debiendo cumplirse, salvo que el Tribunal fije otro plazo, dentro de los 15 días, contados a partir de la notificación a las partes (artículos 20 y 21 PB).

El carácter inapelable y el efecto de cosa juzgada son características comunes a todo los acuerdos generales de arbitraje concluido entre Estados, en este caso entre ellos y una Organización Comunitaria como integrantes de la misma.

Respecto al carácter obligatorio, es una consecuencia, la única, que han permitido conceder los miembros mercosurianos mas aferrado al “nacionalismo”, en beneficio de la supranacionalidad. En efecto, el artículo 8 del PB establece que los Estados Partes reconocen como obligatoria, **ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial**, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el PB. Con respecto al latinazgo ipso facto usado por la norma, entendemos que los redactores quisieron decir que los efectos se producirían desde el mismo instante que algún Estado pretende recurrir al sistema arbitral, aunque hubiera sido mas apropiado y jurídico emplear el giro ipso iure, tal como lo emplea el mismo PB en su artículo 35 al tratar los efectos jurídicos de la adhesión por parte de un Estado al TA.

Si un Estado Parte no cumpliera el Laudo Arbitral en el plazo de 30 días, los otros Estados partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones y otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento (artículo 23 PB).

Como hemos visto mas arriba, las partes tienen recursos limitados de interpretación de cumplimiento y aclaración de términos oscuros o dubitativos, teniendo el Tribunal plazo determinado para resolver los mismo, pudiendo suspender, si las circunstancias así lo exigieren, el cumplimiento del Laudo, como lo autoriza el numeral 3 del artículo 22 del PB

3.3.2) Los reclamos ante la Comisión de Comercio

Cuando se aprobó el Protocolo de Brasilia, la estructura institucional de la Comunidad estaba resumida en el texto del TA, que ya hemos estudiado, donde los únicos órganos con capacidad decisoria eran el Consejo y el Grupo, después se creó la Comisión de Comercio y el protocolo de Ouro Preto convalidó al órgano, ubicándolo como uno de los principales y con capacidad decisoria. Hubo, por lo tanto, que acomodar las funciones, misiones y competencias, de acuerdo a las reformas introducidas.

A partir de la Decisión N° 13/93 y de los compromisos asumidos en la Cumbre de Colonia en enero de 1994, se consideró como una realidad existente aquella que la Decisión N° 9/94 crearía durante la Cumbre de Buenos Aires realizada entre el 4 y 5 de agosto de 1994.

El artículo 4 de la Decisión N° 9/94 establecía que la CCM comenzaría sus actividades el 1° de octubre de 1994, celebrando por lo menos una reunión mensual. En esta tesitura se elabora la Directiva N° 1/94 en la Reunión realizada en Río de Janeiro el 7 de octubre de 1994. Dicha Directiva contenía el Reglamento Interno de la CCM.

Dicho Reglamento no preveía ningún procedimiento especial ante la CCM habida cuenta que el Anexo a la Decisión N° 9/94 al establecer su estructura y funcionamiento le daba una competencia solo burocrática cuando en el artículo 3° inciso B) establecía que le compete a la CCM “... considerar y pronunciarse, en el marco de sus atribuciones, en relación con las solicitudes presentadas por los Estados parte respecto de la aplicación y cumplimiento del ACE y de los demás instrumentos de política comercial común”. Aclarando que todas las controversias que surjan con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de los actos de la CCM se deberían remitir al GMC para ser resueltos en los términos del PB (conf. Artículo 11, Anexo, Decisión N° 9/94 y artículo 18, Directiva N° 1/94).

Sin embargo, vigente el POP, la situación jurídica y las posibilidades prácticas y técnicas implicadas sufrieron una drástica modificación, atento los términos contenidos en los artículos 21 y 43 del citado Protocolo que, juntamente con un Anexo, regulaba los procedimientos a cumplimentar en el caso de las Reclamaciones.

Por otra parte se fueron planteando situaciones no previstas por los redactores de las normas citadas y a medida que se iban produciendo reuniones en el seno la CCM se realizaba una práctica no contenciosa ni francamente controversial. Nos estamos refiriendo a las Consultas realizadas entre Estados miembros, por medio de la cual un Estado, o un grupo de Estados, le plantea a otro, u otros, a modo de preguntas, sobre la razón y el porqué de actos y procedimientos que alguno de ellos entiende contrario a normativas y prácticas convenidas.

Estas situaciones arrimaron a los Delegados a las Secciones Nacionales la convicción de que debían adecuarse las normas pertinentes.

Razón por la cual la Directiva N° 1/94, homologada por la Resolución 49/94, fue reemplazada por la Directiva 5/96 que recepitó todos los cambios normativos y prácticos ocurridos.

Así las cosas, dicha Directiva, que constituye el nuevo Reglamento Interno de la CCM, produjo cuatro sustanciales modificaciones respecto de su predecesor:

- 1) Además de las competencias generales, a la CCM le compete atender las Consultas presentadas por los Estados parte y considerar las reclamaciones que se presenten en virtud de lo establecido en el artículo 21 del POP (artículos 1 y 6 numeral VII y VIII del RI).
- 2) Para tales efectos la CCM establecerá un mecanismo para facilitar en su ámbito las Consultas entre los Estados sobre las materias de su competencia (artículo 15 del RI),
- 3) Se adopta la toma de decisiones por consenso “ad-referéndum” de un Estado ausente bajo condiciones de silencio ponderado.
- 4) En caso de controversias por la aplicación, interpretación o incumplimiento de las normativas o actos de la CCM, se suprime el reenvío al Sistema estatuido en el PB que hacían las normas anteriores, habida cuenta de los términos contenidos en el artículo 21 y 43 del POP.

3.3.2.1) Los Mecanismos de Consultas

En cumplimiento de la normativa vigente, la CCM fue creando un procedimiento de Consultas organizados por las Directivas N° 13/95, N° 6/96 y la que actualmente está vigente, en reemplazo de las dos anteriores, que lleva el registro N° 17/99. Los antecedentes mas inmediatos del sistema de Consulta lo podemos encontrar en los acuerdos logrados en el seno del GMC en su V Reunión realizada en Buenos Aires en marzo/abril de 1992 y las Recomendaciones del Subgrupo de Trabajo N° 1, que provocaron el dictado de la Decisión N° 3/92, en la II° Reunión realizada por el CMC en Las Leñas, y que establecía un procedimiento de queja y consulta sobre prácticas desleales de comercio a ser aplicadas durante el período de transición.

Las Consultas se convierten en un “método útil y ágil para intercambiar informaciones entre los Estados partes y para solucionar inconvenientes relacionados con los instrumentos de política comercial común”, es decir, rapidez, inmediatez y solución de desinteligencias que surjan y que no alcancen, o que no se justifique, someterlas a un procedimiento controversial y contencioso.¹⁹

¹⁹ Dice J. Fernández Reyes, “En esencia, y si bien no se puede afirmar que se trate de un “mecanismo” de solución de controversias convencional, ha permitido [la consulta] superar dificultades en la aplicación de los instrumentos de política comercial común, y prevenir, en muchos casos, reclamaciones formales entre los Estados partes.” “Evaluación de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR”, Revista de Derecho del MERCOSUR, año 4 N° 4 página 147, Editora La Ley, Bs.As. 2000.

Las Consultas no son una etapa previa ni se superpone con el procedimiento de Reclamaciones instituido en el POP o con los procedimientos establecidos en el PB. Es un medio ejercitable autónomo y se torna inoperativo, aún pendiente de resolución, cuando, a voluntad, las partes deciden iniciar Reclamaciones o apelar al Sistema de Solución de Controversias (artículo 11 Mecanismo de Consultas, Dir.17/99).

La legitimación activa y pasiva es solo de los Estados partes miembros de la Comunidad según rezan los términos del artículo 1° del Mecanismo de Consultas contenido en la Directiva N° 17/99. Entendemos que ni los Asociados, ni los 3° Estados miembros, o no, de otros esquemas de Integración, regional o extra-regional, ni los particulares extra-zona pueden hacer uso del sistema estatuido.

El ámbito elegido para poder presentar una Consulta son las Reuniones ordinarias o extraordinarias cuando así se hubiere acordado en las respectivas agendas.

En el caso de las agendas de las Reuniones ordinarias deberá figurar en forma permanente un punto denominado “Consulta de los Estados Parte”, dentro del cual se incluirán los siguientes items: “Nuevas Consultas”, y “Consultas en plenario” (artículo 2 MC). Para tales fines la SAM, distribuirá en cada Reunión un documento con la lista cronológica de las Consultas en trámite y sus respectivos avances (artículo 10 MC).

Con respecto a las anteriores Directivas, la N° 13/95 y 6/96, que organizaban la normativa para la presentación de Consultas, notamos una mejor disposición habida cuenta de la experiencia recibida después de varios años de trabajo. En efecto la Directiva N° 17/99 supone dos items generales: Nuevas Consultas y Consultas en Plenario, situación que se conforma cuando no se logra concluir la misma habida cuenta de la irresolución entre consultante y consultado. La Directiva N° 6/96 que organizaba el mecanismo de Consultas inmediato anterior al vigente, establecía que si transcurridas dos reuniones ordinarias de la CCM posterior a aquella en que fue presentada la Consulta, ésta no haya concluido satisfactoriamente, la CCM concluirá en plenario la cuestión. Entendemos que el sistema vigente al no reproducir aquella norma procedimental, habilita desde la presentación de la Consulta a incluirla como Consulta de Plenario, como una nueva y especial categoría, y el transcurso de cuatro reuniones insatisfactorias concluyen el trámite por la causal de “expiración del plazo” de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 17/99.

Posteriormente se organiza un procedimiento “formulario” para todas las vicisitudes siguientes.

Tanto las Consultas, como los Seguidos y Respuestas deberán presentarse por escrito y en soporte magnético en los formularios existentes para tales fines pudiéndose acompañar Notas Técnicas (artículo 3 MC) La exigencia del soporte magnético, juntamente con los formularios y las notas de la Consulta, es una consecuencia de la tendencia general instituida por la Resolución del GMC N° 17/99 en otros órganos a los fines de ir

También acota el citado autor que desde que se puso en funcionamiento el mecanismo de consultas, entre 1995 y mayo de 2000, se han procesado 374 solicitudes. Op.cit. página 158 nota 46.

informatizando todo el sistema burocrático y de archivo que tanto cada órgano como la SAM habrán necesitar mantener fluido y de rápido y fácil acceso. Esta previsión estaba ausente en la Directiva 13/95, pero a partir de la Directiva 6/96 se la incorporó para estar en correspondencia con la tesitura general.²⁰

Los formularios pueden enviarse entre reuniones sucesivas de la CCM a fin de posibilitar a los Estados partes manifestar su posición sobre las mismas, para la reunión siguiente a la fecha de recepción. Tales envíos deberán ser dirigidos a la Presidencia Pro Tempore de la CCM, con copia a las demás Secciones Nacionales del órgano, según lo establece el artículo tercero del MC.

Las competencias atribuidas a la Presidencia Pro tempore de la CCM y contenidas en el artículo 8 del RI (Directiva N° 5/96) se han visto aumentadas después del dictado de la Directiva N° 17/99, en el sentido que ahora también le corresponde a dicha Presidencia recibir Consultas, Nuevas Consultas, Respuestas y Notas Técnicas de un Estado Parte que no estuviere representado en una reunión de la CCM. Asimismo, es función de la Presidencia remitir al Estado ausente similares requerimientos hechos por otros Estados partes, en un plazo no mayor de dos días hábiles posteriores a la finalización de la reunión (conf. artículo 4 MC).

Notamos una mejor casuística en la Directiva N° 17/99 respecto al mecanismo implementado. Así, cuando dos o más Estados le presente a otro u otros una Consulta del mismo tenor, las Secciones Nacionales coordinarán, en la medida de lo posible, la interposición de una única Consulta. Igualmente cuando una Consulta ya hubiese sido iniciada por un Estado Parte y otro, u otros, Estados deseen interponer una similar presentación, lo podrá hacer mediante la confección argumental a través de una Nota Técnica, la que se registrará en un Acta específica (artículo 5 MC) Pensamos que dicha Nota Técnica opera como Nueva Consulta, razón por la cual no se la confecciona como Anexo a las Actas principales de acuerdo a la normativa contenida en el artículo 9, segunda parte, del MC, sino que se la considera asimiladas a las Actas misma de las Reuniones conforme a lo establecido en el artículo 9, primera parte, del MC.

También se nota la superación técnico-jurídica de una situación no prevista en Directivas anteriores y que acarrea dilaciones innecesarias. Nos estamos refiriendo a la falta de un plazo para evacuar las Respuestas a las Consultas formuladas. La Directiva N° 17/99 establece en su artículo 6°, que las Respuestas deberán ser presentadas en los formularios respectivos en un plazo que no supere la segunda Reunión Ordinaria posterior a aquella en

²⁰ En realidad lo establecido por la Directiva N° 6/96 y mantenido en el articulado del vigente Reglamento Interno de la CCM precede a lo establecido por Resolución 17/99, sin embargo al instituir ésta última un criterio general comprensivo a todos los órganos y foros dependientes, es que lo consideramos como la norma matriz. Recuérdese que por Resolución N° 17/99 se ordena remitir a la SAM la documentación original generada por los distintos órganos y foros dependientes en papel y en medios magnéticos.

Ya la Resolución N° 58/93 disponía las normas a aplicar en el sistema de software para el archivo de documentación a ser utilizado por los Estados miembros y por la SAM.

Posteriormente la Resolución N° 66/99 vendrá a complementar estas previsiones. Ver nota 78.

La Resolución N° 26/01 reemplaza a la Resolución N° 17/99 y conforma sistema general a tener en cuenta en la confección de todo tipo de Actas y Documentos MERCOSUR.

la que fue presentada y para aventar retardos, si dicha Reunión no es convocada en el curso de los sesenta días siguientes a la formulación de la Consulta, el Estado parte requerido en Consulta deberá enviar su Respuesta, que será circunstanciada y directa, a las coordinaciones de la respectiva Sección Nacional del Estado requirente dentro de dicho plazo.

¿Cómo se da por finalizada el Mecanismo de Consultas implementado?

Técnicamente se denomina Conclusión. Y una Consulta se considera concluida en forma satisfactoria o insatisfactoriamente.

Se considera satisfactoriamente concluida cuando su objeto a sido resuelto o la causa que motivó la Consulta haya sido superada o la medida cuestionada haya sido suprimida (artículo 7 MC)

Se consideran insatisfactoriamente concluidas :

- 1) Si su objeto no ha sido resuelto.(artículo 7 “in fine” MC),
- 2) Las posibilidades de solución en el ámbito de la CCM han sido agotadas (artículo 7 “in fine” MC),
- 3) En el caso de una Consulta, incluida como “Consulta en Plenario”, si transcurridas cuatro Reuniones consecutiva de la CCM no se logra resultado satisfactorio. En esta situación se considera “Concluída por Expiración del Plazo”, salvo que los Estado Partes decida de común acuerdo mantener el mecanismo activo (artículo 8 MC) 21
- 4) Si algún Estado parte, pendiente la Consulta, decide iniciar Reclamaciones a tenor del mecanismo establecido en el Anexo del POP, (artículo 11 MC),
- 5) Si un Estado Parte, pendiente la Consulta, decide recurrir al Procedimiento de Solución de Controversias establecido en el Protocolo de Brasilia (artículo 11 MC)

3.3.2.2) Mecanismo para presentar Reclamaciones

Establece el artículo 21 del POP que además de las competencias atribuídas en los artículos 16 y 19, a la CCM le corresponde atender las Reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la misma, hayan sido originadas por los Estados Partes o por reclamo de particulares, por las situaciones previstas en los artículo 1 y 25, situación que reafirma el artículo 1 del Reglamento.

Los efectos de estas previsiones se reducen a lo siguiente:

21 Debido a que transcurrieron las cuatro reuniones consecutivas desde el inicio de la aplicación de la Directiva N° 17/99, a partir de la Reunión XXXVIII, el Acta N° 04/00 que se confeccionó con motivo de la Reunión XLII en el punto 2.2 “Consultas en Plenario”, comienza a aplicar el mecanismo dispuesto por el artículo 8 de la citada Directiva.

a) La competencia de la CCM para entender en las reclamaciones no obsta la acción del Estado Parte para movilizar los procedimientos estudiados al amparo del PB, es decir, iniciar o continuar las mismas en el caso que ya hayan sido iniciadas, negociaciones directas, recurrir al GMC y, eventualmente, solicitar un arbitraje, tal como lo establece el artículo 21, parágrafo primero, del POP. Esta es una duplicación de gastos, tiempo y esfuerzo innecesarios, habida cuenta que, como veremos mas abajo, si no se logran acuerdos en la CCM, las partes pueden solicitar directamente el arbitraje. Pensamos que hubiera sido más correcto, técnica y prácticamente hablando, sentar el criterio contrario, es decir, mientras se están ejerciendo los procedimientos autorizados ante la CCM, las partes deben someterse a las reglas especiales y abstenerse de recurrir a los términos del PB. Porque que sucedería, si un Estado parte ejerce la reclamación por partida doble, y obtiene la razón en un ámbito y el rechazo en el otro? O si no se obtienen resultados en ninguno de los dos ámbitos, ¿qué sentido tuvo tamaña movilización de personas y esfuerzos si a la postre, ambos caminos conducirán al mismo objetivo, posibilitar la solicitud de un arbitraje?

Por otra parte, ¿esto solamente es aplicable para el caso de que se trate de un Estado, no para el reclamo de particulares? Entendemos que no debemos distinguir donde la ley no distingue. Lo establecido en el parágrafo primero del artículo 21 del POP se aplica solo a los Estados Partes y no a los particulares, que tiene la opción de usar uno u otros de los procedimientos, pero no ambos contemporáneamente.

b) la instancia desplegada ante la CCM se rige por reglas de procedimientos especiales.

Los mismos están contenidos en un Anexo al POP que consta de siete artículos, mas lo dispuesto en un Reglamento específico a dicho Anexo, de doce artículos, contenido y aprobado por la Decisión N° 18/02.

Los procedimientos, respecto a la legitimación activa, son indistintos, se trate de Estados o de particulares, personas físicas o jurídicas, sobre las condiciones establecidas en los artículos 1 y 25 del PB, por aplicación del artículo 21 del POP, de acuerdo al reenvío que aplica el artículo 1 del Anexo al POP.

La parte reclamante hará su presentación ante la Presidencia Pro Tempore de la CCM, por escrito (artículo 2 Reglamento) pudiendo hacerlo vía facsímil con copia a la SAM (artículo 4 Reglamento)²², con una semana de antelación para posibilitar que sea incluida en la Agenda de la primera reunión posterior a dicha presentación.

²² El Reglamento establece, en su artículo 11, que todo intercambio de documentación deberá hacerse, cuando ello sea posible, además del papel, por medios magnéticos o electrónicos. Esto recuerda a la Resolución N° 17/99 por medio de la cual se ordena que toda documentación remitida a la SAM lo sea, además de papel, en soportes magnéticos. La Directiva N° 17/99 que ordena un Mecanismo de Consulta ante la CCM, autoriza las presentaciones bajo la forma de formularios tipos contenidos en soportes magnéticos. La Resolución N° 76/97 autoriza a la SAM, la difusión y venta del Boletín de Indicadores Macroeconómicos, por

La presentación deberá contener

- Indicación del Estado o Estados reclamantes y los propios reclamados.
- Objeto de la reclamación
- Descripción de los hechos, juntamente con sus antecedentes.
- Derecho aplicable con mención precisa de la normativa MERCOSUR implicada.
- Prueba de la que intenten valerse las partes.
- Petitorio claro y conciso.

Con el fin de ilustrar mejor la cuestión y orientar a los funcionarios, además de lo consignado “ut supra”, los Estados, antes de la reunión, podrán enviar comentarios adicionales a la Presidencia Pro tempore (PPT) de la CCM, quién compilará toda la documentación obrante y adjuntará copia de todo lo actuado hasta el momento, a los demás Estados partes (artículos 2 y 3 Reglamento).

Realizada la primera reunión posterior a la presentación de la o las reclamaciones, sin lograrse una solución, los antecedentes se remitirán, sin más trámites, a la consideración de un Comité Técnico, tal como lo ordena el artículo 2 del Anexo y lo orienta el artículo 5 del Reglamento al Anexo.²³

El CT dispone de 30 días corridos y perentorios, contados desde que recibieron los antecedentes, para elaborar un dictamen conjunto, por consenso²⁴, y, de se ello imposible,

medios tradicionales o en soporte magnético. El Sector Documentación y Divulgación de la SAM ordena sus archivos sobre la base de la aplicación de métodos tradicionales o bajo la denominación de soportes magnéticos.

²³ El artículo 5 establece que a los CT de las reclamaciones, que por otra parte son ad hoc, los integran funcionarios gubernamentales expertos designados por cada Estado parte, los que tienen obligación de nominar por lo menos a uno para cada reclamación. Realizada la designación, tal circunstancia, el Estado parte la comunica a la PPT, con copia a los demás Estados. El plazo para hacerlo es dentro de los próximos 8 días contados a partir de la reunión que se decidió convocar al CT en cuestión. El CT deberá reunirse en la fecha que él mismo establezca para dar cumplimiento al plazo de 30 días que establece el artículo 3 del Anexo para elevar las conclusiones a la CCM. Si el CT no hubiere fijado fecha de inicio de sesiones en la oportunidad de la reunión de la CCM en que se decidió convocarlo, la PPT de la CCM se comunicará a los demás Estados partes para que en conjunto fijen la mencionada fecha de inicio de sesiones. Determinada la misma, el PPT la comunicará a los demás Estados partes y, de considerarlo necesario, la pondrá en conocimiento del sector privado.

²⁴ Coincidimos con Pérez Otermin, cuando manifiesta que esta es una verdadera desventaja cuando lo comparamos con similar procedimiento establecido en el PB, cuando media un reclamo de particulares y es convocado un Grupo de Expertos reducido (tres miembros), ágil, imparcial. Conf. “El Mercado Común del Sur”, op. cit. pág. 68.

Con respecto al argumento que esgrimía el autor citado en el sentido que “además las decisiones (el Grupo de Expertos) las tomaban por mayoría” interpretando, creemos, el artículo 32 del PB al no establecer, éste, un modo calificado o especial en la toma de resoluciones, ha quedado enervado con la sanción del Reglamento Interno del PB, cuando establece que el dictamen del Grupo de Experto deberá ser emitido por unanimidad (artículo 35 RI).

Por otra parte, pensamos que la “unanimidad requerida” se aplica para el supuesto de que el dictamen fuera procedente, habida cuenta que si no lo fuere, haya o no unanimidad, el reclamo se da por concluido de acuerdo lo establecido en los artículos 36 y 37 del RI.

las distintas conclusiones de los expertos integrantes del CT (Artículo 3, Anexo; Artículo 12 Reglamento).

Los expertos integrantes del CT, deberán considerar todos los argumentos esgrimidos por las partes contenidos en la Reclamación, en los comentarios adicionales, si los hubieren, y cualquier otro punto indicado por el CCM. Para tales fines todas las discusiones producidas, las propuestas y dictámenes presentados serán vertidas en Actas debidamente intervenidas, las que deberán ser elevadas a la CCM una vez concluidas las tareas para las que fuera convocado el CT.

Como medida para mejor proveer y a los efectos de contar con elementos adicionales relativos a las alegaciones de las partes y siempre dentro de los 30 días improrrogables que tiene el CT para elevar sus conclusiones a la CCM, podrá escuchar a los particulares interesados de los Estados partes involucrados en la Reclamación.

Para ello, los particulares deberán presentar una solicitud escrita en ese sentido ante la Sección Nacional de la CCM de su Estado, dentro de los próximos 10 días desde que se reuniera la CCM y decidiera la convocatoria de un CT. Dicha solicitud deberá estar fundada, con los datos de hecho y de derecho, que demuestren el interés en participar de los procedimientos. Dichos argumentos serán merituados por la respectiva Sección Nacional, la que decidirá su pertinencia.

Aceptada la intervención privada, se la comunicará al CT y a los demás Estados partes y aquél establecerá inmediatamente los procedimientos a los cuales deberán someterse los particulares, evento que se comunicará a los Coordinadores de las Secciones Nacionales de la CCM, las cuales a través de la PPT, notificarán a los particulares interesados de las reglas a las cuales deberán someterse, para la atención de sus razones y argumentos a exponer ante el CT.

En todos los casos, los procedimientos ante el CT, cuando participen particulares, se dividirán en dos partes: a) la primera se destinará a recibir las exposiciones y argumentos de los particulares; y b) estará dedicada a la deliberaciones propiamente dichas del CT, no estándole a los particulares permitido participar en ellas.

Recibido por parte de la CCM el o los dictámenes mencionados en el artículo 3 del Anexo, la cuestión depende si dicha elevación que efectuara el CT, es con consenso o sin él. En el primer caso, el dictámen deberán estar firmado por todos los expertos que integran el CT y su original enviado a la PPT del CCM. En el segundo caso, el CT deberá elevar un Informe escrito con las diferentes conclusiones, y si fuera el caso con las coincidentes de dos lo mas expertos. Éste Informe deberá estar firmado por todos los expertos integrantes del CT.

La CCM decidirá la cuestión en la primera reunión ordinaria posterior a la recepción, pudiendo, si así se considera pertinente, por razones de urgencia, convocar a una reunión extraordinaria para decidir al respecto. (Anexo, artículo 4).

Aquí, también la cuestión depende de que se logre consenso, o no, sobre la procedencia de la reclamación:

- a) Si no se logra consenso en la CCM, ésta elevará al GMC los antecedentes, con un Informe completo sobre todo lo actuado, con los textos y documentos presentados por las partes, el dictámen o Informe del CT y la conclusiones de la CCM, con mención expresa de los aspectos consensuados, como sobre los que no hubo acuerdo (artículo 9 inciso 1, Reglamento). Recibida dicha documentación por la Presidencia pro tempore del Grupo, someterá la cuestión para que el plenario del órgano ejecutivo se pronuncie en los próximos 30 días corridos, contados desde la fecha de la reunión en donde se recibió la reclamación²⁵. Si aún, tampoco, en esta instancia se lograre consenso, el reclamante podrá recurrir al procedimiento arbitral. (Anexo, artículos 5 y 7).
- b) Si hubiere consenso sobre la procedencia de la reclamación, la CCM o el GMC, según el caso, fijarán un plazo para el cumplimiento por parte del reclamado, quien deberá mantener informado al órgano donde se encuentra el reclamo, sobre las vicisitudes y particularidades de las acciones de cumplimiento (artículo 10, Reglamento). Si no lo hiciera, lo hiciera fuera de tiempo útil o lo hiciera parcialmente, desnaturalizando el motivo principal del reclamo, etc, el reclamante podrá recurrir al procedimiento arbitral (Anexo artículo 6).

En cualquiera de los casos, constituido el Tribunal Arbitral, y en los términos del artículo 18 del PB, podrá tomar las medidas provisionales que sean pertinentes a los efectos de evitar perjuicios y daños irreparables.

3.3.3) Reclamo de particulares

Esta novedad técnica y jurídica, inexistente en el TA, está contenida en Sistema de Solución de Controversias legislado en el Protocolo de Brasilia y legislada en el Capítulo V.

Las personas físicas o jurídicas, según sea el caso, podrán ajustarse en sus reclamos a las normas contenidas a partir del artículo 25 del PB, con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los estados parte, de medidas legales o administrativas de efectos restrictivos, discriminatorios o de competencia desleal, siempre que las mismas estén violando los términos del TA, de los Acuerdos y Protocolos celebrados al amparo del mismo, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC o las Directivas de la CCM.²⁶

²⁵ Establece el Reglamento, en el inciso 3 del artículo 9, que si faltaren 45 días o más para la celebración de la próxima reunión del GMC, cualquier Estado, parte interesado podrá solicitar un reunión extraordinaria del órgano. La razonabilidad se impone por razones de urgencia o peligro en la demora o estricta justicia conmutativa.

²⁶ No debe confundirse éste procedimiento, que tiene su ámbito material y espacial en la norma consignada en el artículo 25 del PB, con aquellos otros, institucionales o ad hoc, que constituyen un medio alternativo privado de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado, y que están regulados, por ejemplo en el ámbito del MERCOSUR, por la

Las acciones provenientes de actos y/ normas del ámbito estatal que los particulares consideren lesivos o perjudiciales, pueden existir en acto o en potencia, es decir pueden haber causado un daño actual y mensurable o existir la amenaza de poder eventualmente provocarlo, ello se desprende de los términos empleados en el, numeral 2 del artículo 26 cuando dice que los particulares deberán aportar elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio.

El tema ya estuvo planteado dentro de la hoy UE, y si bien primeramente el Tribunal Comunitario consideró que la sola existencia de una norma potencialmente perjudicial no habilitaba el recurso jurisdiccional hasta tanto no fuera efectivamente aplicada, la más moderna jurisprudencia del Tribunal europeo y doctrina que se generó a su saga, consideró que configura violación del orden comunitario la sola existencia de un acto o una norma contraria a sus principios o a su jurisprudencia, por las situaciones de ambigüedad, inseguridad e incertidumbre que genera en los agentes implicados.²⁷

Los particulares afectados, presentarán sus reclamos ante la Sección Nacional del GMC donde tenga domicilio o el asiento principal de sus negocios, debiendo aportar todos los datos pertinentes que hagan a la verosimilitud de sus agravios, conforme lo determina el artículo 26.1 del PB.

Deberán, dice el artículo 24 del RI, ser formulados por escrito, en términos claros y precisos, e incluir en especial:

- a) la indicación de las medidas legales o administrativas que configurarían la violación alegada;
- b) la determinación de la existencia o de la amenaza del perjuicio;
- c) los fundamentos jurídicos en que se basan; y
- d) la indicación de los elementos de prueba presentados.

La Sección Nacional puede adoptar tres alternativas.

Decisión N° 3/98 que es un Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional que facilita estos medios a los sectores privados de los Estados miembros. La Decisión N° 4/98 hace extensivas esas mismas normas para el caso de los sectores privados de Bolivia y Chile en sus interrelaciones con los Estados del MERCOSUR. Puede verse un interesante estudio realizado por Susana C. Navarrine y Rubén O. Asorey, en “Arbitraje”, Ed. La Ley, Bs. As. 1992.

Ver “¿Cómo funciona hoy el arbitraje internacional en el MERCOSUR?”, por Guillermo Argerich, en Revista de Derecho del MERCOSUR, año 2 n° 5, octubre de 1998, pág. 109 y ss, Ed. La Ley.

También puede consultarse con provecho: “Buscando alternativas de servicios de justicia para el Bloque MERCOSUR”, por A. Álvarez López y A. Lapadú, en Revista de Derecho del MERCOSUR, año 3 n° 1, febrero de 1999, pág. 110 y ss. Ed. La Ley.

27 Pérez Otermin, J, “Solución de Controversias...”, op, cit. pag.32/33.

1) Si el reclamo se refiere a una cuestión que haya motivado la iniciación de los procedimientos contenidos en los Capítulos II, III y IV, ya sea anterior a la presentación del particular o posterior a ella, pero después que el GMC haya concluido los procedimientos, porque el dictamen de los expertos fue negativo, y aún así un Estado asuma la condición de parte reclamante en los términos del artículo 38 del RI, la solicitud es archivada extemporánea.

2) También puede darse el caso que, la Sección Nacional rechace “in limine” la presentación por improcedente, quedando imposibilitado el particular de recurrir tal medida. Pensamos que en una futura reforma al Sistema de Solución de Controversias se podría prever que el particular ejerza un recurso de revisión o de queja ante el GMC, para que sean éste el que convalide, o no, el rechazo efectuado por la Sección Nacional.

3) Finalmente, puede aceptar el reclamo, pudiendo elevarlo, sin más trámite, al GMC, o entablar negociaciones directas con la Sección Nacional del Estado reclamado. Aquí nosotros pretendemos hacer una digresión lógica. Nosotros consideramos que pese a los términos contenidos en el artículo 25 cuando dice que el procedimiento se aplicará por reclamo de particulares contra actos y medidas violatorias del derecho comunitario de cualquiera de los Estados Partes, no es del todo exacto. Por lo menos, la estructura normativa y el sistema implementado resultan anodinos cuando el reclamo sea presentado por un nacional contra su propio Estado.

Primeramente, la Sección Nacional al ser totalmente gubernamental tratará de rechazar el reclamo, ora minimizándolo ora negándolo.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los funcionarios nacionales en representación de sus Estados mandantes tienen la obligación moral y jurídica de aplicar y hacer aplicar la normativa legal y administrativa derivada de los respectivos derechos internos de los miembros, no permitiéndoseles juzgar la licitud de las mismas ni el sistema les ha asignado control de legalidad alguno.

En tercer lugar, si ello no fuere así, no tienen sentido las previsiones contenidas en el inciso a) del artículo 27 cuando dice que la Sección Nacional que haya admitido el reclamo y, en consulta con el particular afectado, entablará contactos directos con la Sección Nacional del GMC del Estado parte al que se atribuye la violación a fin de buscar una solución inmediata de la cuestión.

Finalmente, pensamos que los redactores del PB consideraron que en caso que los particulares tuvieran controversias contra sus propios Estados, estaban suficientemente amparados por los recursos dispuestos por las legislaciones internas.

Nada más desacertado si ello fue así deliberadamente concebido, habida cuenta que si de reclamos por violaciones a las normas comunitarias se trata, nada más lógico es permitir que sean los propios órganos comunitarios los que resuelvan las controversias, permitiendo que un nacional cuestione a su propio Estado, en este caso, habilitando un reclamo ante cualquier Sección Nacional que no sea la de su Estado Nacional.

Si el reclamo fuera aceptado, y en las negociaciones directas previstas en el inciso a) del artículo 27 hubieran transcurrido 15 días y no hubieran dado resultado, a solicitud del particular afectado, se lo eleva, sin más trámite, a consideración del GMC, tal como lo establece el artículo 28 del PB.

Recibido el reclamo por el GMC, ora en reunión ordinaria, ora extraordinaria, evaluará en la primera reunión siguiente a su recepción, los fundamentos sobre los que se basó la Sección Nacional para su admisión, pudiendo rechazarlo, por consenso, sin más trámite, si llegare a la conclusión que no se encuentran reunidos los requisitos, de fondo y de forma, necesarios para darle curso, conforme lo establecido en los artículos 29.1 del PB y 25 y 26 del RI.

Si no fuere rechazado, el GMC convocará, inmediatamente, a un Grupo de Expertos, quienes dentro de los próximos 30 días, improrrogables, contados a partir de su designación, emitirán un dictamen acerca de su procedencia (artículo 29.2 PB). Dentro de esa plazo, las partes podrán ser escuchadas y motivarán una oportunidad para presentar sus razones de hecho y derecho que justifiquen sus posiciones. Dicha presentación, que deberá ser hecha por escrito, será lo suficientemente clara, exhaustiva y que se pueda bastar así misma, es decir, que agote las razones de hecho y derecho, habida cuenta que es la única oportunidad que tiene el reclamante para trabar la litis, en su escrito de presentación y respuesta, ya que en el futuro no puede ampliar sus dichos y argumentos (artículo 28 RI).

El Grupo de Expertos puede adoptar dos posiciones:

- a) que acepte el reclamo y eleve su procedencia al GMC en un dictamen emitido por unanimidad (artículo 35 RI) . En éste caso cualquier Estado parte puede requerirle al Estado reclamado que adopte las medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si en un plazo de 15 días no prosperare la solicitud, el Estado que la efectuó puede recurrir al procedimiento arbitral.(artículo 32 PB)
- b) puede rechazar la procedencia del reclamo y así hacérselo saber al GMC. Sabemos que por el artículo 6 del RI el Grupo de Expertos emitirá un dictamen unánimemente conjunto y de ser ello materialmente imposible se redactarán las distintas conclusiones no coincidentes.

Si el dictamen de los Expertos fuera unánime, y no siéndolo se tenga a la vista las distintas conclusiones, el GMC dará de inmediato por concluido el mismo en el ámbito del Capítulo V del PB (artículo 36 y 37 RI).

Sin embargo, esta última circunstancia no impedirá que la parte reclamante dé inicio a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del PB, tal como lo autoriza el artículo 38 del RI. Aquí entendemos que la “parte reclamante” no se refiere al particular sino al Estado que le requirió al otro la adopción de ,medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas, en los términos del artículo 32 del PB. Así, creemos, se debe entender el artículo 38 del RI ya que

lo establecido en los Capítulos II, III y IV del PB está sólo reservado al impulso de los Estados miembros.²⁸

3.4) Los Árbitros y los Expertos

Todo el sistema instituido por el PB descansa sobre la base del decisorio imparcial sea éste jurídico o recursivo al mérito de técnicos idóneos que asesoren al que adoptará la decisión final.

La única excepción son las negociaciones directas que se le dejan a las partes un amplio campo de movilidad y arbitrio para que exploren las soluciones posibles a la controversia.

El PB establece que el procedimiento arbitral se sustanciará ante un Tribunal ad hoc, es decir convocado a sus efectos situación que nos avisa del carácter no permanente de la institución, compuesto por 3 árbitros, elegidos de una lista de 40 árbitros, 10 por cada Estado, registrados en la SAM y puesta en conocimiento de los Estados miembros, así como las modificaciones producidas en su integración (artículos 9 y 10 PB).

Cuando se discutió el anteproyecto que posteriormente sería el PB, recuerda Pérez Otermin²⁹, que se discutió arduamente las siguientes cuestiones. ¿los árbitros debían o no ser juristas? ¿ Podían ser simplemente expertos técnicos y aún funcionarios gubernamentales en ejercicio de sus funciones?

Frente a la primera cuestión en debate, el PB se inclinó por la solución mas lógica y prudente: los árbitros deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de la controversia, manifiesta el artículo 13.

La solución encontrada supone enrolarse dentro de la tesitura que por el hecho de tratarse de una comunidad jurídica, las controversias deberán ser analizadas con criterios y técnicas propias de los juristas.

Quizá, también por ello, se ideó un sistema de expertos que aconsejen y emitan dictamen sobre particularismos técnicos dentro de los cuales suponen alta especialización no jurídica. Los expertos cumplen la función que las legislaciones procesales internas de los países miembros reservan a los peritos.

Esto también nos lleva a considerar la realidad que implica que dentro del proceso de integración concebido, los Estados miembros han confiado en sus reservas funcionariales y las han designado en misiones , ora política, ora ejecutivas. Nada más lógico, sensato y económico que recurrir a ellos en caso de conflictos. Pero también es cierto que la función

²⁸ Ver el Documento redactado por Zapiola Pérez y Noodt Taquela denominado “Controversias entre un particular y un Estado Parte” y presentado por la Sección Argentina de CIAC (OEA) en el Foro Económico y Social del MERCOSUR. Revista de Derecho del MERCOSUR, año 3 n° 3, junio de 1999, pag. 109 y ss. Ed La Ley.

²⁹ Ibidem, op. cit. Pag. 40 y ss.

arbitral requiere de una cuota de imparcialidad, independencia y ecuanimidad que, dada la composición intergubernamental de los organismos mercosurianos, es casi imposible de lograr.

Sin embargo, si bien el texto del PB no impide que un Estado elija a un árbitro que reuniendo las condiciones exigidas en el artículo 13, esté bajo el servicio directo del Estado que representara, el sistema implementado reglamentariamente permite a los demás Estado recusar al árbitro propuesto (por las causales establecidas en el artículo 15 del RI),³⁰ compensar la desventaja al momento de elegir el tercer árbitro o confiar en la capacidad técnica de los Grupo de Expertos.

Ya hemos visto que el Tribunal ad hoc se conforma por tres árbitros que son elegidos de una lista de cuarenta juristas, registrada en la SAM, propuesta por cada Estado miembro que tienen el derecho de proponer diez personas. Dicha lista puede ser modificada por cada Estado proponente en la oportunidad y cantidad de veces que lo considere pertinente, sin embargo, a partir del momento en que un Estado parte haya comunicado a la SAM su intención de recurrir al procedimiento arbitral, no podrá modificar, para ese caso, la lista comunicada con anterioridad a Secretaría Administrativa, establece el artículo 14 del RI.

Dentro de los quince días, a partir del momento que la SAM haya comunicado a los demás Estados parte en la controversia de la intención de uno de ellos de recurrir al arbitraje, cada Estado, de aquella lista mencionada, nombra un árbitro, que generalmente es un nacional suyo, situación no imperativa habida cuenta que, de común acuerdo, las partes pueden elegir el árbitro que les corresponda designar de la lista presentada por la otra parte en la controversia (artículo 10 RI).

El tercer árbitro será designado de común acuerdo entre las Partes, no pudiendo ser nacional de ninguno de ellos y presidirá el Tribunal Arbitral (artículo 9.2.i) PB). Esta situación deberá ser notificada fehacientemente por la SAM al designado (artículo 17 RI).

El PB debió suponer que el órgano jurisdiccional del Sistema de Solución de Controversias no permanente sufra vicisitudes varias al momento de integrar el Tribunal o durante el curso de los procedimientos que puedan resultar imposible su constitución o su integración. Esas vicisitudes resumidas por causales de excusa o incapacidad, obligan a considerar el nombramiento de un árbitro suplente que reúna los mismos requisitos para reemplazar al titular (artículo 9.2.ii) PB).

Los términos concebidos por el PB, si bien no son detallistas, daban pie para interpretar que la norma se refería a todos los árbitros designados, incluidos el tercero. Sin embargo, el RI consideró que debía ser más explícito y en su articulado aclara que los Estados partes, además de los árbitros a que se refiere el PB, nombrarán un árbitro suplente, que reúna los mismos requisitos del árbitro titular, para sustituir al tercer árbitro en caso de incapacidad o excusa para formar el Tribunal Arbitral (artículo 9 RI).

³⁰ Establece el artículo 15 del RI que no podrán actuar como árbitros personas que hubiesen intervenido, bajo cualquier forma, en las fases anteriores del procedimiento o que no tuvieran la necesaria independencia con relación a los Gobiernos de los Estados Partes.

Ahora bien, puede suceder que un Estado parte en la controversia no nombre el árbitro que le corresponde dentro de los 15 días de notificado por la SAM de la intención de otros Estado de recurrir al sistema arbitral, y aquí el PB, que está en el rango de derecho originario habida cuenta de los términos del artículo 33 del mismo y en correspondencia con el numeral V del artículo 32 del POP, le encargan a la SAM una importantísima función ausente en sus competencias originales. De ocurrir aquella circunstancia, y dentro de los 3 días siguientes al vencimiento del plazo otorgado, la SAM designará de la lista nacional del Estado remiso, uno de los diez nominados y en el orden en que fueran registrados en dicha Secretaría (artículos 11 PB y 11 RI).

También puede suceder que las partes no logren acuerdo para designar al tercer árbitro que habrá de presidir el Tribunal Arbitral dentro de los próximos 15 días de notificados de la intención de recurrencia al arbitraje. A los efectos de no desnaturalizar el sistema con estas rémoras, la SAM, dentro de los 3 días de vencido dicho plazo, sorteará uno de una lista de 16 árbitros confeccionada por el GMC, lista integrada, paritariamente, por nacionales de los Estados Partes y por nacionales de terceros países, esta última previsión en una suerte por ampliar el espectro y actualizar los principio de transparencia, ecuanimidad e imparcialidad con que se quiere hacer lucir al sistema (artículos 12 PB y 12 RI).

Una vez designados los árbitros, titulares y suplentes, serán fehacientemente notificados y el Director de la SAM se comunicará inmediatamente con ellos y les presentará una declaración 31, la cual deberá ser firmada y devuelta por los interesados **antes de iniciar sus trabajos** (artículo 16 RI).

Una vez satisfecho este requisito, que para nosotros es esencial y su no cumplimiento viciaría de nulidad absoluta todo desarrollo jurisdiccional posterior, el Tribunal fijará su sede en alguno de los Estados Partes³², que nosotros entendemos partes de la Comunidad de Integración y no partes en la controversia (artículo 15 PB).

31 La declaración que deben firmar los árbitros designados está establecida en el artículo 16 del RI y dice:

“Aceptando la designación para actuar como árbitro, declaro no tener ningún interés en la controversia ni razón alguna para considerarme impedido, en los términos del artículo 15 del Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, para integrar el Tribunal arbitral constituido por el MERCOSUR para resolver la controversia entre... y”

“Me comprometo a mantener el carácter reservado de todas las informaciones que vinieren a mi conocimiento en razón de mi participación en este procedimiento, así como el contenido de mi voto y del laudo arbitral.”

“Me obligo asimismo, a juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad y a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las partes, así como a no recibir ninguna remuneración relativa a esta actuación excepto aquella prevista en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias”.

Es cierto, como hace notar Ernesto Rey Caro, (“Comentario al Reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de Controversias en el MERCOSUR”, Revista de Derecho del MERCOSUR, año 3, n° 3, página 15, Ed. La Ley, Bs. As. junio de 1999) que exigirle al árbitro (y también a los expertos) un compromiso de esta naturaleza es un tanto desdorado para las funciones que va a desempeñar. También recuerda que la práctica internacional usualmente exige un juramento muy genérico de buen desempeño.

32 La Decisión N° 28/94 determinó que fuera la ciudad capital del Paraguay, Asunción, la sede designada para que se reunieran los Tribunales Arbitrales futuros. El primer Laudo Arbitral producido dio cumplimiento a dicha preceptiva, pero el segundo lo hizo en la ciudad de Montevideo. Nosotros coincidimos con aquellos autores que aconsejan la ciudad de Montevideo como sede sugerida habida cuenta que allí se encuentra la

También fijará las reglas de su propio procedimiento en oportunidad de la primera reunión y, aún antes, por comunicación directa entre sus miembros tal como lo determina el artículo 20 del RI.

Con respecto a las reglas del procedimiento el PB ordena que tales reglas garanticen, plena y ampliamente, a cada una de las partes en la controversia la oportunidad de ser escuchadas y de presentar pruebas y argumentos en forma expedita (artículo 15 PB), esto no es nada mas ni nada menos que la recepción los consabidos principios procesales, vigentes en los ordenamientos internos de los Estados miembros, vgr. de inmediatez, igualdad, agilidad, debido proceso.

Hemos visto que se llega al procedimiento arbitral precedido de dos instancias anteriores, donde se tuvo la oportunidad de escuchar a los técnicos y expertos, razón por la cual el PB reservó la instancia arbitral para dirimir exclusivamente cuestiones de derecho. A esa conclusión podemos llegar habida cuenta que en todo el proceso arbitral que estudiamos no se prevé instancia pericial alguna. Es quizá, también, por ello los términos contenidos en el artículo 16 del PB cuando establece que las partes informarán al Tribunal Arbitral acerca de las instancias cumplidas con anterioridad, razón por la cual harán solo una breve exposición de los fundamentos, de hecho y de derecho, de que intenten valerse.

También un análisis de los términos contenidos en el artículo 19 numeral 1, última parte, en el sentido de que el Tribunal tendrá en cuenta en sus decisorios “...los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia”, abonan el criterio juricista ponderado, aunque hubiese sido conveniente incorporar los principios específicos del Derecho Comunitario.

En las instancias anteriores, especialmente las consideradas en el Capítulo III y V del PB, si se prevé la posibilidad de obtener un dictamen de expertos.

Hemos visto que cuando una controversia entre Estados no pudo ser resuelta por negociaciones directas, **se puede** abrir una instancia ante el GMC y si éste lo considera necesario puede requerir el asesoramiento de expertos.

También hemos estudiado que en caso de reclamo de particulares, y si el GMC considera pertinente el mismo, **se debe** convocar a un Grupo de Expertos para que emitan dictamen acerca de su procedencia.

Dichos expertos, que lo son sobre múltiples y variados temas desde Químicos y Bacteriólogos hasta Ingenieros Electrónicos, por caso, integran una lista de 24 miembros registrada en la SAM, de los cuales el GMC designa, en la reunión en la cual se evalúa el reclamo, 3 de ellos y, en caso de desacuerdo, se procederá a elegirlos por votación de los

sede permanente de la SAM y ello agilizaría y solucionaría muchos problemas logísticos y operacionales que le son impuestos a la Secretaría en apoyo de los procesos arbitrales.

Por otra parte entendemos que de acuerdo a la jerarquía de normas implicadas y visto los términos contenidos en el artículo 15 del PB, en correspondencia con el artículo 33 del mismo, es que la Resolución N° 28/94 solo opera “en defecto” de lo establecido en normas “constitucionales”.

Estados miembros. La SAM comunicará al GMC el nombre de él o de los expertos que hubiesen recibido la mayor cantidad de votos. En este caso, y salvo decisión contraria del GMC, uno de los expertos elegidos no podrá ser nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo, y en caso del artículo 26, ni del Estado en el cual el particular formalizó su reclamo. (artículo 4.2 PB; 30 PB y 27 RI).

¿Cómo se conforma una lista de expertos?

Cada uno de los Estados miembros designará 6 personas de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversias, establece el artículo 30.2 del PB. Sin embargo, el universo comunitario es tan vasto que seis personas no podrían abarcar ni siquiera un porcentaje aceptable de posibles temas controversiales.

Los Estados partes tienen la posibilidad de modificar en cualquier momento la nómina de expertos por ellos designada, pero solo anticipándose a una probable disputa o en la etapa de negociaciones directas, habida cuenta que se les prohíbe expresamente hacerlo a partir del momento en que una controversia o un reclamo de particulares tomó estado en el seno del GMC (artículo 13 RI).

Designados el Grupo de Expertos, el GMC les comunicará la designación y les definirá la amplitud del mandato conferido y el plazo dentro del cual deben expedirse (artículo 5 RI), posteriormente deberán firmar una declaración³³, la cual será devuelta a la SAM **antes del inicio de los trabajos** (artículo 7 RI). Tal como lo manifestamos ante similar declaración que deben firmar los árbitros, consideramos que este requisito es esencial y su ausencia vicia de nulidad el accionar futuro del experto.

3.5) Las partes.

Es sabido por la ciencia jurídica en general, y la procesal en particular, que toda controversia de intereses se produce por la interpretación, aplicación o solicitud de anulación de una norma la cual al ser subsumida en un hecho para su intelección, produce consecuencias jurídicas.

Existen, por lo menos, dos partes: un actor y un demandado, pudiéndose concebir una serie de vicisitudes que los diferentes procedimientos empleados intentarán abarcar.

33 Dicha declaración está contenida en el artículo 7 del Reglamento Interno y dice:

“Aceptando la designación para actuar como experto, declaro no tener ningún interés en la controversia y que actuaré con independencia técnica, honestidad e imparcialidad en el presente procedimiento de solución de controversias entre...y...”

“Me comprometo a mantener el carácter reservado de todas las informaciones que vinieren a mi conocimiento en razón de mi participación en este procedimiento, así como también el contenido de mis conclusiones y del dictamen”.

“Me obligo asimismo, a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las partes, así como a no recibir ninguna remuneración relativa a esta actuación excepto aquella prevista en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias”.

En primer lugar, el PB supuso que podrían haber mas de dos partes en la controversia y a los efectos de la economía procesal buscada y la optimización de los procedimientos, apela al principio procesal vigente en los ordenamientos internos de los Estados miembros: la unificación de la personería en caso que dos o más Estados sostuvieren la misma posición, y más aún, también deberán designar un árbitro de común acuerdo, en caso de recurrirse al procedimiento pertinente (artículo 14 PB).

En segundo lugar, las partes pueden, y deben, hacerse representar por asesores y mandatarios que aboguen en defensa de sus posiciones, teniendo, además, la importante función de ser los beneficiarios de las notificaciones que el Tribunal Arbitral efectúe a las mismas (artículos 17 PB y 18 RI).

En la práctica, los Estados partes efectúan, al momento de constituirse el Tribunal, las legitimaciones de las personerías pertinentes de los abogados y asesores, pero hasta que ello ocurra todas las notificaciones que efectúe el Tribunal y que hacíamos mención mas arriba, serán cursadas a los Estados a través de los coordinadores de las Secciones Nacionales del GMC, tal como lo estatuye el artículo 18 “in fine” del Reglamento Interno.

Los Estados son los mas interesados en tener a sus representantes legitimados, pues una de las primeras y más importantes decisiones del Tribunal Arbitral, es comunicar, a través de la SAM, las reglas acordadas respecto de los procedimientos a emplearse durante el desarrollo del arbitraje (artículo 20 RI).

Las funciones y misiones de estos abogados es por demás delicada, habida cuenta que en esta instancia se debaten cuestiones exclusivamente de derecho. De interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho originario y derivado pertinente a la cuestión debatida. Es por ello que las previsiones del artículo 16 del PB vienen a confirmar lo manifestado: las partes no habrán de ser redundantes y reiterativas con las consideraciones de hecho y de derecho debatidas en instancias anteriores.

El laudo arbitral, en alguna medida, viene a sentar jurisprudencia. Viene a marcar el camino de la interpretación y aplicación del derecho cuestionado, solo que al reservar su cumplimiento al caso cuestionado y a las partes involucradas le hace perder amplitud, generalidad y contundencia al precedente. Volveremos sobre la cuestión al momento de analizar los antecedentes laudados por el sistema arbitral implementado y habidos hasta el momento.

3.6) Los actos procesales.

Como todo procedimiento jurisdiccional el que nos ocupa es formal, contradictorio, respetuoso del debido proceso y de la libre convicción, de impulso procesal dispositivo, con efectos preclusivos y de consecuencias finalistas.

Estos principios están contenidos a través de todo el espíritu del PB, especialmente en los artículos 1, 25, 33 y 35. No obstante ello, el principio general está consagrado en el artículo 41 del RI, cuando establece que toda la documentación y las actuaciones vinculadas a los procedimientos establecidos en el PB y en su propio RI, así como las sesiones del Tribunal Arbitral, tendrán carácter reservado, excepto los Laudos arbitrales.

Reservado no significa secreto, sino que todos los actos y documentos estarán sujetos a las vistas e intervenciones de los Estados partes y de los funcionarios que éstos habiliten para su intervención, como asimismo de los órganos comunitarios encargados de notificar, supervisar o coordinar los procedimientos.³⁴

Los más importantes actos procesales, como pueden ser las notificaciones que las partes le efectúen al GMC, a través de la SAM, sobre el contenido y los resultados de las negociaciones directas; la apelación a la instancia interventora del GMC o el pleno proceso arbitral, está condicionado a precisos y concretos actos formales de presentación y acuse.

En éste último caso el RI en su artículo 40 establece que toda comunicación se efectuará por medios idóneos y requerirá confirmación de recibo, poniendo de manifiesto la importancia práctica y las consecuencias jurídicas de los actos procesales implicados.

Los actos de presentación de demanda y contestación se rigen por las reglas procedimentales aceptadas por el Derecho Procesal y que han sido receptadas tanto por el PB como por su RI.

Ya hemos tenido oportunidad de estudiar la razonabilidad de la norma cuando, en el caso del procedimiento arbitral, en el artículo 16 del PB ordena a las partes informar al Tribunal sobre las instancias ya cumplidas, razón por la cual sólo harán una breve exposición de los fundamentos que intenten valerse en la etapa pertinente.

Distintos son las previsiones contenidas en caso de demanda y contestación por reclamo de particulares, ya que como no se ha tenido la oportunidad de ventilar el caso en instancias previas, en el actos procesal de presentación y contestación habrán de agotarse todas las consideraciones de hecho y de derecho que intenten valerse las partes, ya que no está permitido efectuar ampliaciones posteriores (artículo 28 RI).

34 Esto se enfrenta con el principio político liberal-democrático de la publicidad de los actos de gobierno y de la libertad de acceso a los actos y procedimientos judiciales, sin embargo recuerda Lino Palacio, “Manual de Derecho Procesal”, refiriéndose al principio en el ámbito del derecho Procesal, que en realidad la “publicidad” y la “libertad de acceso” está reservada a las partes interesadas y a todos aquellos que justifiquen un interés legítimo y aún difuso, como podría ser la simple consulta por un letrado en el ejercicio de su profesión sin estar vinculado directamente con el proceso.

Mas adelante, cuando estudiemos el Derecho derivado y analicemos la Decisión N° 11/97, que establece un marco normativo relativo a la defensa contra las importaciones objeto de *dumping* proveniente de países no miembros del MERCOSUR, veremos en detalle sus normas, pero aquí nos detendremos en el artículo 104 que establece, como regla general, que los actos procesales serán públicos, sin perjuicio de ello y en mérito de la confidencialidad de la información y demás documentos internos de gobierno, el derecho de consultar las actuaciones y pedir certificación de sus actos quedará restringido a las partes interesadas debidamente acreditadas.

Otros actos importantes procesales como son los escritos, las audiencias, los expedientes y documentos acompañados, los oficios y los exhortos si los hubiere, las vistas y los traslados, etc, deberán estar previstos por el Tribunal al momento de adoptar las reglas de procedimientos que autoriza y ordena el artículo 20 del RI.

No obstante ello, nos vamos a detener en el tema de las nulidades procesales. También creemos que al momento de adoptar las reglas de procedimientos, las mismas deberán ser mencionadas habida cuenta de la orfandad normativa que hace gala tanto, el PB como su RI, al respecto.

Sin embargo creemos que dos actos ordenados en las normas e incumplidos por sus agentes acarrearán nulidad.

Nos referimos a la declaración que deben devolver firmada expertos y árbitros antes de iniciar sus trabajos (artículos 7 y 16 RI) y a los elementos que deberá contener el Laudo arbitral (artículo 22 RI).

Al margen de algunas vicisitudes procesales específicas y que ya hemos estudiados al ocuparnos de los distintos procedimientos, la forma común y normal de finalización de los mismos son el arreglo directo de la controversia en las negociaciones directas, la aceptación de las recomendaciones del GMC o el cumplimiento del Laudo arbitral, como también la adopción de las medidas correctivas en caso de haber sido acogido el reclamo de los particulares.

La misma idea finalista de normalidad se aplicaría en caso de resultar negativos los requerimientos del reclamante y la posterior sumisión del mismo.

Pero también están las formas anormales de poner fin a los procesos controversiales, cumpliendo el mismo efecto que tiene una sentencia.

Nos estamos refiriendo a los modos mencionados en el artículo 42 del RI: el desistimiento y la transacción.

En cualquier etapa de los procedimientos la parte que presentó la controversia o el reclamo podrá desistir del mismo.

Desistir es manifestar la voluntad de no continuar con los procedimientos incoados (desistimiento de la pretensión) o desistir del derecho en que fundó la acción. ¿ a cual de las forma se refiere la norma?

También se autoriza ejercer este derecho “ en cualquier etapa”, ¿ aún dictada la sentencia y a la espera de la notificación pertinente?

También las partes involucradas podrán llegar a una transacción.

Transar es llegar a un acuerdo extrajudicial y someterlo a la homologación del juez. Pensamos que dicho requisito no es necesario en el sistema que estamos estudiando. Basta la sola transacción lograda.

Los efectos jurídicos, en ambos casos, será la conclusión de la controversia y dichos actos procesales deberán ser comunicados al GMC o al Tribunal Arbitral, según el caso, a efectos de que se adopten las medidas correspondientes.

Una cuestión final para el tema de actos procesales.

Cuando se corren vistas y traslados, se notifica una resolución con efectos preclusivos, se otorga u ordena el cumplimiento conminatorio de un acto, etc, ¿como se cuentan los plazos?

El artículo 39 del RI establece que los plazos establecidos en el PB y en RI se contarán por días corridos.

3.7) Las costas y demás gastos causídicos

Todo proceso jurisdiccional conlleva gastos y deben ser satisfechos por las partes que movilizaron al sistema. En los ordenamientos internos con Tribunales y Jueces insertos en un ordenamiento judicial permanente, las tasas de justicia, los bienes sometidos a disposición del Tribunal, los embargos e inhibiciones, etc, contribuyen a formar el “patrimonio” a donde habrá de recurrirse para solventar los gastos “por costos y costas”.

La ponderación del carácter Ad hoc del Tribunal arbitral, la constitución gubernamental de los órganos comunitarios y la apelación a árbitros y expertos especiales, obligan a adoptar criterios específicos.

Por supuesto que los gastos incurridos en las etapas de negociaciones directas corren por cuenta de cada Estado.

En caso de recurrirse a los procedimientos establecidos en el ámbito en el seno del GMC, de la CCM, en la instancia arbitral o en el sistema reservado para el reclamo de particulares, la regla general es que cada Estado parte en la controversia sufragará los gastos propios y contribuye por mitades en los gastos comunes.

Los gastos de los árbitros serán costeados por cada parte proponente y los del tercer árbitro (Presidente del Tribunal) y del Tribunal Arbitral serán sufragados por partes iguales, a menos que el Tribunal decidiera distribuirlos en distinta proporción. Lógica medida procesal que otorga al Tribunal la facultad de mensurar la conducta de las partes demostrada a través del proceso y de actuar consecuentemente imponiéndoles a alguna parte soportar los gastos del Tribunal en distinta proporción que la otra (artículo 24 PB).

Los gastos de asesoramiento de los expertos convocados en los términos del Capítulo III del PB, el Comité Técnico de apoyo en el seno de la CCM, o el Grupo de Expertos en el caso de reclamo de particulares, en los términos del Capítulo V del PB, serán sufragados en montos iguales o en la proporción que determine el GMC (artículos 4.3. y 31 PB).

¿ Cuales son los gastos a que se refiere la norma?

Recordemos que árbitros y expertos, antes de iniciar sus trabajos, deben firmar una declaración que se comprometen a no recibir compensación alguna por su trabajo, excepto la que se encuentra estipulada en el PB.

El GMC es el órgano que, periódicamente, establecerá los montos para determinar la compensación pecuniaria de los árbitros y los expertos, así como los parámetros referenciales para determinar lo que se debe de entender como gastos de traslado, viáticos y demás gastos (artículo 33 RI).

No obstante el criterio anteriormente manifiesto, que nosotros consideramos solamente orientador en cuanto a la compensación pecuniaria por la actuación de árbitros, dentro de los cinco días posteriores a la designación del tercer árbitro (Presidente del Tribunal), la compensación pecuniaria del mismo, como la de los otros árbitros, será acordada entre los Estados partes en la controversia y determinada de común acuerdo con aquellos (artículo 32 RI).

Además de los gastos mencionados, integran las costas atribuidas al Tribunal los gastos de pasaje, costos de traslados, viáticos, notificaciones y demás erogaciones que demande el arbitraje (artículo 31 RI).

Por otra parte, el RI determina que la compensación pecuniaria por la actuación de los expertos, así como los gastos de pasaje, traslados varios, viáticos y otros gastos que sean necesarios, serán objeto de cuantificación económica mensurable en dinero.(artículo 29 RI).

Igualmente como en el caso de los árbitros, dentro de los cinco días de designados los expertos, dicha compensación pecuniaria será acordada entre los Estados partes en la controversia y determinada de común acuerdo con cada uno de ellos (artículo 30 RI).

¿ Como y cuando se efectiviza el pago?

El artículo 34 del RI establece que para hacer efectivo el pago de la compensación pecuniaria de los árbitros y expertos, así como los otros gastos que se hubieren devengado, deberán presentarse los recibos, comprobantes o facturas correspondientes.

Creemos que es un error en caso de la compensación pecuniaria acordada y convenido por la actuación de árbitros y expertos. En este caso no se requiere cumplimentar presentación documentaria alguna como no sea la notificación de haber concluido los trabajos encomendados. Esto integra el pago y el reconocimiento por la función cumplida.

Distinto son los reintegros solicitado en ocasión del ejercicio de esas funciones: como son pasajes, viáticos, traslados, etc, que esos gastos si deben ser documentados fehacientemente para evaluar su legitimidad y oportunidad, previo al efectivo pago, como establece el citado artículo 34 RI.

Pensamos que es la SAM la beneficiaria de toda esta documentación y la encargada de darle curso, notificación a los interesados y posterior cumplimiento (conf. Artículo 7.2 PB y 18 y 19 RI).

La Resolución N° 62/01 vino a llenar una serie de lagunas y determinó el criterio y los procedimientos prácticos a tener en cuenta en materia de remuneración de los árbitros y especialistas que actúen en el ámbito del Sistema de solución de Controversias que estamos estudiando.³⁵

En efecto, “mensualizó” la compensación pecuniaria de la labor de los árbitros y previó el caso de prórrogas procedimentales permitidas.

También fijó la cuota mensual por la labor de los “especialistas” y sentó criterios mas o menos razonables para el caso de pasajes, gastos varios y viáticos incurridos, por el Tribunal o por el Grupo de Especialistas, con motivo y en ocasión del laudo arbitral, reenviando a lo determinado, en la especie, para casos similares (o adaptables) a tener en cuenta, de acuerdo a los criterios vigentes en los Programas generales en la ONU.

Para otros gastos incurridos, se aplicarán, en lo pertinente, los criterios vigentes en los Programas ONU/PNUD, cuando no puedan aplicarse los criterios anteriormente expuestos, aunque por regla general cada Estado parte en la controversia, contribuirá con el 50% de los mismos.

³⁵ Se fijan en 4.000 dólares estadounidenses mensuales, la compensación por el trabajo de los árbitros designados y en caso de la prórroga prevista en el artículo 20 del PB, se adicionan 2.000 dólares mas.

Los expertos (artículo 31 PB) serán remunerados con 3.000 dólares estadounidenses mensuales. Cada Estado deberá resarcir al experto por él propuesto y aportar el 50% de la remuneración del tercer experto.

Los gastos por viajes y pasajes, como asimismo los viáticos necesarios, involucrados en las controversias, serán resarcidos por los Estados partes en la misma, de acuerdo a los criterios y condiciones vigentes en el sistema de pagos de la ONU-PNUD.

Los gastos adicionales vinculados al funcionamiento del Tribunal, serán sufragados por partes iguales por los Estados involucrados en la controversia.

4) El Protocolo de Olivos 36

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 Protocolo de Olivos, en adelante el 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 más 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 perfeccionado 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 instruyó al GMC para que, por intermedio del entonces Grupo Ad Hoc “Asuntos Institucionales”, realizara un análisis y entregara las conclusiones, hacia 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 2001.³⁷

Dicho trabajos deberían estar guiados por los siguientes temas, en forma no taxativa:

36 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 de Martín, Viviana G. “MERCOSUR: un nuevo tribunal, dos modelos alternativos a seguir”, página 71 y ss.

37 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 en febrero de 2002 y, ya con el Presidente interino Duhalde, elegido por el Congreso argentino, pudieron cumplir la transmisión del mando ejecutivo “pro tempore” y la aprobación del paquete normativo contenido en la agenda de trabajo, entre ellos el Protocolo de Olivos.

- 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.

4.1) Los objetivos buscados

Más adelante veremos las vicisitudes y sinsabores que el proceso de integración acarreó a los miembros en varios frentes, a través de los primeros diez años de experiencias. En lo institucional, y dentro de él, 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 sean 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. 38

Veamos las consecuencias.

4.2) Los resultados obtenidos

4.2.1) Sistemática.

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

- Capítulo I, Controversias entre los EP

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

- 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

4.2.2.) Ámbito de aplicación

Estable el PO el ámbito de aplicación normativa y su alcance: 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 la esfera de 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 supuesto de haber recurrido a un Tribunal Ad hoc, sino, también, por el hecho de haber recurrido 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 sean partícipes de otra organización, que también les fije y posibilite una jurisdicción, además de su membresía al MERCOSUR, 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, al momento de presentar la demanda, siendo esta elección irreversible e irrenunciable. Razón por la cual el sistema del PO se resume en las siguientes consideraciones:

- Libre elección del foro en tanto resulte común la pertenencia de ambas partes. En este caso el sistema 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 a cualquier sistema de solución de controversia que previamente declaró válido al adherir a la Organización Mundial de Comercio o a algún esquema preferencial de comercio.
- 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 posibles de las partes. No obstante la permisión 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)³⁹

Es bueno que, en forma clara e indubitable, la norma detalle la 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 estaban necesitadas de contar con criterio y opiniones certeras 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 las partes de 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

³⁹ Sería oportuno pensar en una “elección de foro interno”, que en realidad sería elección de juez interno. Sabemos que ahora el sistema del PO permite “sortear” la instancia ante el GMC y acudir directamente al sistema de arbitral ad hoc o, en caso de mutuo acuerdo, al TPR considerando a ésta instancia como única e inapelable. Pero elegida la vía arbitral 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 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.

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, del GMC o de la CCM, según el caso) 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, están 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 y que debería ser referente, y susceptible de aplicación, para situaciones futuras. Con esta inteligencia interpretativa creemos debemos 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 burocratizaron, innecesariamente, el sistema de solución de controversias previsto en el PB.

4.2.3) Legitimación

Ya vimos 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. 40

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

4.2.4) 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 asunto 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)

4.2.5) Procedimientos

No difieren, sustancialmente, de los ya estudiados y vigentes contenidos en el PB, en sus normas reglamentarias y concordantes. Los mecanismos aplicables por la CCM continuarán vigentes y cuando el PO entre en vigencia 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.

El PO supone las tres instancias tradicionales: a) negociaciones directas (artículos 4 y 5)⁴¹; 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 decisorio de las etapas previstas en el PB, a 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

41 Una puntualización semántica debemos hacer frente al uso gramatical que consideramos erróneo usado por el PO, en el artículo 5 inciso 2 “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, a través de las negociaciones, no de la controversia, como erróneamente establece la norma.

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)

Es sistema concebido desgrana un inocultable objetivo de celeridad, contundencia y jerarquización de los decisorios, a 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 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 al norma de Olivos, seguridad, completitividad y contundencia jurídico-administrativa, si no fuera por las reservas que nosotros planteamos más adelante y que es esperable una debida armonización reglamentaria.

4.2.6) Las partes

Los legitimados, activos y pasivos, siguen siendo prioritariamente los EP, el segundo lugar los Particulares y la novedosa incorporación de “terceros” que, sin ser parte en la controversia, demuestre que la misma les interesa o 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 supone 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 ese caso puede llevar su “caso” a consideración del GMC, en cuya circunstancia, 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!

Debemos inferir que, ¿se trata 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. Por otra parte, la característica procesal de la intervención, ¿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 la legislación internacional o 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 podrán obtener un conocimiento de viso de las circunstancias y posibles soluciones del caso. Más aún los “terceros” pueden ser de gran ayuda, hasta convertirse en virtuales “árbitros” o “amigables componedores”, 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 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 la Sección Nacional demandante, 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.

Decíamos, más arriba, que las partes del sistema 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 en la legislación general internacional que les sea aplicable, en tanto miembros de otros esquemas o asociaciones.

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 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 a 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? El 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. Ya vimos que un órgano, la SAM, sus funcionarios y sin dudar la futura ST, con los suyos, gozan de atributos casi rozando la supranacionalidad. Nada obsta, como no fuere un excesivo prurito de reserva nacional, para 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 habla de ello por sí sola, como también lo hace 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 fáctica, máxime cuando la dinámica estatal no está insuflada por el devenir incontenible de la impronta política. La experiencia europea de fines de 2003, también hablan a las claras de ello, cuando de 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.

4.2.7) 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 la realidad dieron, a controversias más enojosas que la principal misma motivo de la movilización del sistema de Brasilia. ¿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 dado en el clavo respecto de los responsables para adoptar dichas medidas. Será el CMC el que asumirá el análisis pertinente del caso y asumirá el eventual riesgo decisorio, es decir, resulta ser el instrumento 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 alguna reserva 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” subsumibles 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 cumpliere 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 un sanción importante, porque el proyecto integrativo desde el punto de vista económico, se basa en un entramado de normas que posibilitan y propenden a conformar 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 le Laudo fuera notificado y quedara 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 permiten 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 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, ¿Ante el 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 contradicen con un cumplimiento ponderado o resulten excesivas o desproporcionadas.

El propio PO se pone en 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 de 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 incumplimiento 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”)

4.2.8) 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 éstos 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 de las competencias que tiene el Tribunal son: confirmar, modificar o revocar, propiamente dicho, el Laudo Arbitral.

En segundo lugar, no todas las controversias fundamentadas a 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 una toma de decisión jurídica, amplia o restringida, pero siempre con la indubitable fórmula gramatical que habilite 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 “estabilidad y 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 par 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 de miembros constituirán 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 de 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 respuesta, surgiría otra cuestión, ¿el sistema prioriza la disponibilidad o la permanencia? Porque del sistema instaurado en el PB, 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.

Sin embargo, 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? Todo esto, sí, debe ser muy cuidadosamente aclarado y puntualizado por al 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, puntilla y estricta reglamentación. Otras cuestiones, exceden dicha competencias ejecutivas 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)

4.2.9) Modos anormales 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 de preverlo.

Sin embargo la ciencia procesal y la doctrina en general están conteste en admitir forma alternativas de finalización controversial. Unas de ellas es la aceptada por el PO: el desistimiento, que solo le corresponde a la parte demandada 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.

4.3) Balance y perspectivas

A la época que estamos estudiando el PO, algunos miembros lo han internalizado, pero falta aún que, en cumplimiento del POP, la norma entre en vigencia simultánea para tenerla como instrumento comunitario vigente.

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 a través de sus instituciones jurídico-administrativas.

Debemos, pues, esperar que el PO resulte aplicable a casos concretos y monitorear el comportamiento de las partes y merituar 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 instauren 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 situaciones, deberá contar con “normativa de fondo” avalatoria; e) 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; 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 determina 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.

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.
- 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 “renunciar” 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.