

NOVEDADES INSTITUCIONALES EN EL MERCOSUR

Rita Marcela Gajate

1. El Protocolo de Olivos

El pasado 18 de febrero de 2002 los Estados Partes del Mercosur firmaron el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias. Los signatarios reconocen la evolución del proceso de integración y entienden que es necesario el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias en el convencimiento de que las modificaciones que se introducen consolidarán la seguridad jurídica de las relaciones recíprocas¹.

El Protocolo en análisis se suma a los fundantes de la estructura institucional: Tratado de Asunción, Protocolo de Brasilia y Protocolo de Ouro Preto. En este sentido confirma la modalidad de los Tribunales Arbitrales para el tratamiento de las cuestiones contenciosas definiendo con mayor precisión este modo de dirimir los conflictos y completando su procedimiento con una suerte de “segunda instancia” ha tramitar por ante el Tribunal Permanente de Revisión.

Si bien en el artículo 55 se deroga expresamente el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991 y su Reglamento –Decisión del CMC 17/98, se continúa con la modalidad básica para la resolución de diferendos que el mismo instituía. Se completa el procedimiento, se despejan algunas dudas que el viejo sistema planteaba y se avanza en aspectos sobre los cuales no se había legislado aún.

Se aclara, asimismo, que en las controversias iniciadas bajo el régimen del protocolo que se deroga y que no hayan sido concluidas -a la fecha de entrada en vigencia del Protocolo de Olivos- se continuará aplicando el Protocolo de Brasilia y su reglamento².

No obstante completarse la normativa respecto del sistema de solución de controversias; se plantea en el artículo 53 que, antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema a fin de adoptar un “Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común” conforme lo requiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción. Por lo que cabe advertir que el Mercosur contará aún con un sistema provisorio, de cuya evaluación surgirá en el futuro un sistema definitivo. Reviste, por tal razón, particular importancia el período que se inicia a partir de la firma y puesta en marcha de la nueva normativa. Tal es la jerarquía legal del nuevo acuerdo que se ha determinado que el Protocolo de Olivos sea parte integrante del Tratado de Asunción³.

¹ PROTOCOLO DE OLIVOS. Conf. “Considerando”. Acta N° 5/02, Reunión de Olivos, Argentina.

² PROTOCOLO DE OLIVOS. Artículo 55 inc. 2.

³ PROTOCOLO DE OLIVOS. Artículo 52.

El nuevo sistema enfrenta del precedente una evaluación que deja dudas e interrogantes sobre lo actuado. Seis han sido los laudos emitidos en vigencia del sistema previsto para la transición. Los pronunciamientos han sido dados entre los años 1999 a 2.002, pese a estar en vigencia desde el año 1991. El siguiente cuadro muestra –a modo de síntesis- los resultados logrados:

Laudo	Fecha del pronunciamiento	Temática	Reclamante/ reclamada
I	28 de abril de 1999	Medidas restrictivas al comercio recíproco	Argentina vs. Brasil
II	27 de septiembre de 1999	Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo	Argentina vs. Brasil
III	10 de marzo de 2.000	Medidas de salvaguardia sobre productos textiles	Brasil vs. Argentina
IV	21 de mayo de 2.001	Medidas antidumping sobre exportación de pollos del Brasil	Brasil vs. Argentina
V	29 de septiembre de 2001	Restricciones de acceso al mercado de bicicletas uruguayas	Uruguay vs. Argentina
VI	9 de enero de 2.000	Prohibición de importación de neumáticos remoldeados proceden-tes del Uruguay	Uruguay vs. Brasil

A partir de su entrada en vigencia, la nueva estructura arbitral deberá responder a las expectativas que se han generado en torno a la duración de los procesos, a la cantidad de laudos emitidos en relación a los conflictos existentes, a la participación de los particulares y a la gran cantidad de cuestiones que no llegan a ser tratadas por los tribunales *ad hoc* en virtud de no lograr superar la etapa a tramitar ante la sección nacional del Grupo Mercado Común.

Las voces de los actores del proceso de integración reclaman participación, celeridad y eficacia en los procesos que se instauran. El nuevo sistema, enfrenta ante lo dicho, una dura prueba.

2. Solución arbitral para las controversias

Se someterán a los procedimientos que se establecen en el protocolo, las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dichos tratados, de las Decisiones del Consejo Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio.

Son seis los mecanismos que se ofrecen para la solución de controversias en el Mercosur, a elección de las partes:

- Sistema de solución de controversias de la OMC (Organización Mundial del Comercio) u otros preferenciales de los que sean parte individualmente los miembros del Mercosur,
- Mecanismos Técnicos definidos y aprobados por Decisión del Consejo Mercado Común,

- Opiniones Consultivas del Tribunal Permanente de Revisión, cuyos mecanismos serán establecidos por el Consejo Mercado Común.
- Negociaciones directas
- Intervención del Grupo Mercado Común
- Procedimiento ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc

Lo novedoso del sistema propuesto es que se incorporan a las “negociaciones Directas”, a la “Intervención del Grupo Mercado Común” y al “Procedimiento Arbitral en sí” que ya se preveían en el Protocolo de Brasilia⁴; los sistemas de “Solución de Controversias de la OMC”, los “Mecanismos Técnicos de definir el CMC” y las “Opiniones Consultivas del Tribunal Permanente de Revisión”⁵.

La Etapa Arbitral *Ad Hoc* se abre cuando la controversia no hubiera podido solucionarse conforme los procedimientos descriptos precedentemente y cualquiera de los Estados parte en la controversia lo comunique a la Secretaría Administrativa del Mercosur, que queda ahora claramente incorporada como un órgano auxiliar al sistema.

El procedimiento arbitral que se regula es muy similar al del Protocolo de Brasilia. Cada Estado parte en la controversia designará un árbitro titular de la lista que se confeccionará conforme las mismas normas del Tratado. El árbitro Presidente –tercer árbitro- se designará de común acuerdo y si dicha voluntad común no fuese posible la designación recaerá por sorteo hecho por la Secretaría sobre alguno de la lista exceptuando los nacionales de los países litigantes. También se determina el modo de designación de los árbitros suplentes.

Se regula con mayor precisión que el viejo sistema en lo relativo a las listas de árbitros. Si bien la Decisión N° 17/98 del CMC incorporaba el modo de elección de expertos⁶ y árbitros, ahora se determinan además las objeciones que las partes podrán formular como una suerte de proceso de recusación.

Otra novedad que se destaca es la facultad que se otorga al Tribunal de disponer, a solicitud de parte interesada, de Medidas Provisionales⁷ cuando existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de una determinada situación pueda ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia.

El mecanismo protectorio introducido se mantendrá aún si el laudo fuera objeto del recurso de revisión y hasta por lo menos la primera reunión del Tribunal Permanente de Revisión quien resolverá al respecto⁸.

⁴ PROTOCOLO DE BRASILIA. Arts. 2, 3, 4, 5, 6 y 7.

⁵ PROTOCOLO DE OLIVOS. Arts. 2, 3, 4, 5, 6 y ss. y 9 y ss.

⁶ La opinión de los expertos no ha sido prácticamente consultada. Sólo un caso de relevancia provocó la activación de este mecanismo. Una controversia planteada por Uruguay contra la Argentina con respecto a productos del sector papelerero motivó la intervención del GMC quien designó tres expertos, a comienzos de 1997, los que no llegaron a expedirse porque la cuestión fue solucionada directamente entre los Estados.

⁷ PROTOCOLO DE OLIVOS. Art. 15

⁸ PROTOCOLO DE OLIVOS. Art. 15

El sistema de arbitraje ya adoptado -y que se completa ahora- regula determinados tipos de conflictos: a) Controversias entre Estados Partes y b) Controversias de particulares contra los Estados (personas físicas y/o jurídicas). El Protocolo de Brasilia no contempló casos de controversias en los que los órganos del Mercosur sean parte y tampoco se prevee en el presente protocolo.

En el Capítulo IX se regula sobre las presentaciones de los particulares agraviados con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal en violación del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio (Cfr. art. 39).

El procedimiento previsto para estos casos consiste en formalizar el reclamo ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios quien se haya visto afectado. Para que se viabilice la controversia, el reclamante deberá aportar elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio. Siendo así el GMC evaluará cuestión convocando, si lo estima pertinente, a expertos.

Se determinan dos pasos procedimentales para la solución de este tipo de conflictos. El primero ante la Sección Nacional del GMC quien deberá entablar consultas con su par del Estado Parte reclamado y buscar en ellas el avenimiento inmediato de la cuestión planteada. Las consultas de referencia se tendrán por concluidas automáticamente y sin más trámite si la cuestión un hubiere sido resuelta en el lapso de quince días, contado a partir de la comunicación al Estado Parte al que se le atribuye la violación, salvo que las partes hubieren decidido otro plazo.

Si finalizada la tramitación descrita no se hubiere alcanzado una solución, la Sección Nacional del GMC elevará el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común⁹.

El procedimiento arbitral propiamente dicho se regula a partir del artículo 9 del Protocolo de Olivos. Las etapas son las previstas en el Protocolo de Brasilia. La normativa respectiva se completa con precisiones en torno a la formación y composición del Tribunal *Ad Hoc*

En el artículo 42 y en los sucesivos se regula la Intervención del GMC quien podrá convocar a un grupo de expertos que emitirá su dictamen a partir del cual también las partes podrán pronunciarse. Este procedimiento posibilitará contar con criterios técnicos para hallar solución al conflicto.

El Tribunal *Ad Hoc* emitirá laudos cuyas facultades, contenidos y formalidades se regulan en el Capítulo VII que incluye -en forma conjunta- las precisiones

⁹ PROTOCOLO DE OLIVOS. Arts. 39 y ss.

para los emitidos también por el Tribunal Permanente de Revisión. El Protocolo en análisis completa al de Brasilia en cuanto prevee un recurso de aclaratoria¹⁰

La novedad más destacable en el procedimiento es la posibilidad de aplicar “Medidas Compensatorias”¹¹ cuando un Estado Parte no cumpliera total o parcialmente el laudo del Tribunal Arbitral. La parte afectada tendrá la facultad durante el plazo de un año –contado a partir del día siguiente al que venció el plazo de aplicación que el propio laudo determine o a los treinta días de su notificación- de tomar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo.

Conforme el inciso segundo del artículo 31 el Estado Parte beneficiado por el laudo procurará suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. En el caso de que se considere impracticable o ineficaz la suspensión en el mismo sector, podrá suspender concesiones u obligaciones de otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan la decisión. Dichas medidas compensatorias deberán ser informadas formalmente, por el Estado Parte que las aplicará, con una anticipación mínima de quince días al Estado Parte que debe cumplir el laudo. Dicho Estado podrá cuestionar las medidas adoptadas.

Se plantea, además, que en cualquier etapa de los procedimientos la parte que presentó la controversia o el reclamo podrá desistir de los mismos o las partes interesadas podrán llegar a una transacción dándose por concluida la controversia o el reclamo en ambos casos. Para que tales proceder sean fehacientes deberán ser comunicados por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur al Grupo Mercado Común o al Tribunal que corresponda según el caso¹².

Las innovaciones presentadas parecen incluir en el sistema arbitral elementos propios de los procesos judiciales. Se avanza en la instauración de medidas y procedimientos que han caracterizado los procesos dirimidos en la justicia institucionalizada a través de organismos estables y con imperium. El sistema adoptado pareciera tornar paulatinamente su naturaleza: de arbitral a judicial. Este sistema mixto plantea interrogantes acerca de cómo será su evolución. Con la tramitación de las próximas controversias se probará su eficacia.

3. El Tribunal Permanente de Revisión

El Capítulo VII del Protocolo trae la mayor innovación en el Sistema de Solución de Controversias para el Mercosur.

¹⁰ PROTOCOLO DE OLIVOS. Art. 28

¹¹ PROTOCOLO DE OLIVOS. Arts. 31y ss.

¹² PROTOCOLO DE OLIVOS. Arts. 45

Se trata de la constitución de un Tribunal Permanente de Revisión ante el cual cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión contra el laudo del Tribunal *Ad Hoc* en un plazo no superior a quince días a partir de la notificación del laudo objeto de la presentación.

El recurso de referencia se limita a cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Establece el artículo 17 inciso tercero que si dichos laudos hubiesen sido dictados en base al principios de equidad no serán susceptibles de recurso de revisión.

El Tribunal Permanente que tendrá su sede en Asunción del Paraguay se integrará con cinco árbitros. Cada estado Parte del Mercosur designará un árbitro y su suplente por un período de dos años renovable por no más de dos períodos consecutivos. El quinto árbitro será designado por un lapso de tres años no renovable -salvo acuerdo de los Estados Parte- por unanimidad de los Estados Miembros. Dicho árbitro tendrá la nacionalidad de alguno de los Estados Partes del Mercosur.

La característica central de este nuevo Tribunal es que deberán tener disponibilidad permanente para actuar cuando se los convoque.

Cuando la controversia involucre a dos Estados Partes, el Tribunal se integrará por tres árbitros. Dos serán nacionales de cada Estado en la controversia y el tercero –que ejercerá la presidencia- se designará mediante sorteo por el Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur entre los árbitros restantes que no sean nacionales de los Estados Partes en la controversia. Si dicha controversia involucrara a más de dos Estados Partes el Tribunal se integrará con cinco árbitros.

La otra parte en la controversia tendrá derecho a contestar el recurso de revisión interpuesto dentro del plazo de quince días de notificada de la presentación del recurso. A su vez, el Tribunal debe pronunciarse en un plazo máximo de treinta días contado a partir de la contestación o el vencimiento de plazo para presentarla. Este plazo podrá ser prorrogado por quince días más.

El laudo del Tribunal Permanente de Revisión será definitivo y prevalecerá sobre el del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Con lo afirmado por el artículo 22 inciso 2 parecería establecerse así una segunda instancia revisora de los laudos ya emitidos. Sin embargo en el artículo 23 se posibilita el acceso directo y en única instancia al Tribunal una vez culminado el procedimiento de las Negociaciones Directas y siempre que las partes lo hubieran acordado expresamente. En este caso el Tribunal tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral *Ad Hoc* y regirá para la tramitación de dicha controversia la normativa prevista para ese supuesto.

Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión serán obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva

notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes la fuerza de cosa juzgada¹³.

Se ha intentado a través de la creación de este Tribunal Permanente dotar al sistema de una mayor seguridad jurídica e imparcialidad a través de la revisión en una suerte de segunda instancia.

Creemos que la reforma planteada carecerá de eficacia si no se desarrollan criterios uniformes y permanentes que aseguren a iguales peticiones iguales pronunciamientos. Se trata de independizar las decisiones de los descriptos tribunales de las conveniencias políticas de los Estados Partes para dirigirse hacia un sistema verdaderamente objetivo e imparcial. Es prematuro aún realizar juicios de valor sobre las novedades del Protocolo de Olivos. Será necesario estar atentos a la evolución práctica de la puesta en marcha del nuevo sistema.

4. Perspectivas

El artículo 53 plantea la revisión del sistema actual de solución de controversias en ocasión de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común. La finalidad de dicha revisión es la adopción de un Sistema Permanente de Solución de Controversias conforme lo determina el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción.

El sistema parece encaminarse a consagrar una modalidad arbitral frente a la posible estructura judicial que constituye su alternativa. Sin embargo las reformas dadas parecieran incorporar elementos no tan propios de las soluciones arbitrales y más semejantes a las instituciones de las estructuras judiciales. La eficacia que se reclama al sistema deberá estar comprometida con el éxito mismo del proceso de integración.

Hemos sostenido que con la profundización de dicho proceso y en el estadio del Mercado Común será imprescindible una estructura orgánica propia del Derecho de la Integración. Esto es, un orden jurídico supranacional al que se supedite toda la estructura institucional del Mercosur. Esto implicará que la naturaleza de los órganos que intervienen en el proceso de solución de controversias no posibilite la prolongación de la voluntad política de los Estados. Ante la definición del Sistema Permanente de Controversias deberá evaluarse esta alternativa.

¹³ PROTOCOLO DE OLIVOS. Arts. 23