

# ***EL PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR: UNA REFORMA EN CLAVE CONTINUISTA***

---

ANTONIO MARTÍNEZ PUÑAL  
Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidade de Santiago de Compostela

## **I. TRABAJOS PREPARATORIOS**

El Consejo Mercado Común en la Dec. N<sup>o</sup>. 25/00, «Relanzamiento del MERCOSUR, Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia», (XVIII CMC - Buenos Aires, 29/VI/00)<sup>1</sup>, considerando que los Estados Partes concordaron incluir dentro de los temas del Relanzamiento del MERCOSUR el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias, decidió en su art. 1.: «Instruir al Grupo Mercado Común a fin de que, a través del Grupo Ad-Hoc Aspectos Institucionales, realice un análisis y presente antes del 10 de diciembre del 2000 una propuesta integral relativa al perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR», debiendo ser analizados, según el art. 2, sin perjuicio de la consideración de otros que pudieran ser propuestos

1. Esta Decisión recoge sugerencias hechas por el Foro Consultivo Económico y Social en la Recomendación N<sup>o</sup>. 3/1999, «Situación actual y futura del Mercosur» (BERTONI, L.: «El sistema de solución de controversias ante la crisis del Mercosur», *Jurisprudencia Argentina*, N<sup>o</sup>. 6224, 13 de diciembre de 2000, pp. 14-15).

Poco tiempo antes, según recoge DREYZIN DE KLOR: «La delegación Argentina avanzó sobre la conveniencia de estudiar la creación de una instancia jurídica que definiera con carácter general y vinculante la interpretación de la normativa Mercosur y también fue su preocupación conformar un mecanismo de revisión de los laudos. Brasil en tanto, consideró que la intervención del GMC prevista en el PB debía ser optativa; proponiendo asimismo que se estudie introducir algunos procedimientos simplificados para conflictos originados en temas puntuales, como son régimen de origen y dumping, e instó la idea de que el CMC sea el órgano encargado de aclarar el contenido y alcance de los laudos arbitrales» (DREYZIN DE KLOR, A.: «El Protocolo de Olivos» *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003, pp. 579-580; el texto de este artículo fue presentado asimismo en «Forum Brasil-Europa», Fundación Konrad Adenauer y Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 22-24 Noviembre 2002, disponible en Internet: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JC1/>). GAHAI, Acta 2/00, Buenos Aires, 30 y 31 de mayo de 2000.

por los Estados Partes, los siguientes temas: Perfeccionamiento de la etapa posterior al laudo arbitral: cumplimiento de los laudos y alcance de las medidas compensatorias; Criterios para la conformación de las listas de expertos y árbitros, y para su designación en cada caso; Mayor estabilidad de los árbitros; Alternativas para una interpretación uniforme de la normativa MERCOSUR; Agilización de los procedimientos existentes e implementación de procedimientos sumarios para casos determinados<sup>2</sup>.

En virtud del mandato recibido el Grupo Ad Hoc citado presentó un Proyecto de reforma ante el Grupo del Mercado Común, que finalmente sería remitido al Consejo del Mercado Común para su aprobación, la cual se juzgaba que iba a ocurrir en la XX Reunión del Consejo, 14-15 de diciembre del 2000. A pesar de las intensas negociaciones habidas, el proyecto recibiría, con base en diversos motivos, el veto del Uruguay<sup>3</sup>, quien, en armonía con su posición tradicional<sup>4</sup>, exigía: (a) una modificación más profunda del sistema de Brasilia; (b) la constitución de un Tribunal Arbitral permanente, al cual pudieran tener acceso no sólo los Estados miembros sino también los particulares<sup>5</sup>; y c) la creación de una Secretaría General que vigilara las medidas adoptadas por los Estados miembros al objeto de dar cumplimiento al Derecho del MERCOSUR<sup>6</sup>.

En general, diremos que el Proyecto de reforma de Florianópolis, así se le denomina, introducía una serie de modificaciones, entre las que cabría destacar la eliminación de la fase del Grupo Mercado Común, la creación de listas específicas de terceros árbitros (presidentes), con el objetivo de conferir mayor calidad y uniformidad a los laudos, introducción de un tribunal de apelación, con cinco árbitros con mandato fijo y permanentemente disponibles, y la introducción de dispositivos sobre la fase post-laudo (implementación del laudo a nivel compensación/retorsión).

2. Con anterioridad, a título personal, M. A. EKMEKDJIAN ya había presentado una propuesta para una mejora en solución de controversias, en «Esbozo de un Anteproyecto de Protocolo modificatorio del Protocolo de Brasilia y de el Protocolo de Ouro Preto», *El Derecho*, N.º. 9754, Buenos Aires, pp. 1-2.

3. Sobre los trabajos preparatorios del Protocolo de Olivos puede verse: A. D. PEROTTI: «Proyecto de reformas al Protocolo de Brasilia. Una nueva oportunidad perdida (?)», *Revista de Derecho del Mercosur-Revista de Direito do Mercosul*, N.º 2, 2001, pp. 135-147; DREYZIN DE KLOR: «El Protocolo de Olivos», cit., pp. 583-589.

4. OPPERTI BADÁN, a la sazón Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, había afirmado: «(...) somos firmes partidarios de la creación de un Tribunal de Justicia del Mercosur, no solamente basados en el principio de que es bueno para quienes puedan tener una controversia tengan acceso a una oferta de justicia permanente, sino porque estimamos que es la garantía indispensable para una asociación de Estados basada en el principio de la desigualdad económica y la igualdad jurídica» (OPPERTI BADÁN, D.: «Sistema de solución de controversias en el Mercosur», *Mercosur*, Número Especial, *Jurisprudencia Argentina*, n.º. 6153, p. 4).

5. En favor de la creación de un Tribunal Arbitral permanente: SANT'ANNA ROSA, R. J.: «MERCOSUL: em busca de uma identidade humanitária», *Mercosul. Integração regional e Globalização*, Borba Casella, Coord., Rio de Janeiro-São Paulo, 2000, pp. 995-996; CAPOLUPO DE DURANONA Y VEDIA, A. M.: «La institucionalización del Mercosur. Tribunal Supranacional y solución de conflictos», *Mercosul no cenário internacional. Direito e sociedade*, Vol. II, L. O. Pimentel (Org.), Curitiba, 1998, p. 189 («hasta tanto existan órganos jurisdiccionales supranacionales debería implementarse un Tribunal Arbitral Permanente», dice en la p. 194).

6. BERNAL-MEZA considera que «la Secretaría debe ser fortalecida, haciendo de ella una «secretaría general» más ágil para actuar junto a los gobiernos, pero sin capacidad de decisión» (BERNAL-MEZA, R. «Institucionalización del Mercosur», *Mercosur: desafío político*, Eds. D. W. BENECKE y A. LOSCHKY, Buenos Aires, 2001, p. 67).

En la Dec. N.º 65/00, «Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias», (XIX CMC - Florianópolis, 14/XII/00) se decidió, en el art. 1, prorrogar el plazo previsto en la Dec. N.º 25/00 «hasta la próxima reunión del CMC, para la presentación de una propuesta de perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR», y crear un Grupo de Alto Nivel para realizar la tarea referida en el artículo anterior (art. 2), tomando en consideración el trabajo realizado hasta el momento por el Grupo *Ad Hoc Aspectos Institucionales* y las propuestas presentadas por los Estados Partes, «y que entre los temas a ser analizados se incluirá el de la creación de un Tribunal Arbitral para el MERCOSUR» (art. 3).

## II. APROBACIÓN Y CONTENIDO DEL PROTOCOLO DE OLIVOS

Mediante la Dec. N.º 07/01, «Adecuación de los plazos del Programa de relanzamiento MERCOSUR», (XX CMC, Asunción, 22/VI-2001) fue prorrogado el plazo contemplado en la Dec. N.º 65/00 hasta el 30 de noviembre de 2001. El 18 de febrero del 2002 fue aprobado en la ciudad de Olivos, Provincia de Buenos Aires, *el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur* (P.O.)<sup>7</sup>. Este Protocolo, en virtud de su art. 55, aptdo. 1, «deroga, a partir de su entrada en vigencia, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, suscripto el 17 de diciembre de 1991 y deroga el Reglamento del Protocolo de Brasilia, Decisión CMC 17/98». El Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, no ha entrado todavía en vigor<sup>8</sup>, debiendo de hacerlo el trigésimo día contado a partir de la fecha en que

7. El Protocolo de Olivos está dividido en catorce capítulos, los cuales atienden a los siguientes asuntos: Controversias entre los Estados Partes (I); Mecanismos relativos a aspectos técnicos (II); Opiniones Consultivas (III); Negociaciones Directas (IV); Intervención del Grupo Mercado Común (V); Procedimiento Arbitral Ad Hoc (VI); Procedimiento de Revisión (VII); Laudos Arbitrales (VIII); Medidas Compensatorias (IX); Disposiciones Comunes a los Capítulos VI y VII (X); Reclamos de Particulares (XI); Disposiciones Generales (XII); Disposiciones Transitorias (XIII); Disposiciones Finales (XIV).

Para BOUZAS y SOLTZ, la innovaciones introducidas por el Protocolo de Olivos a destacar son: la elección de foro para dirimir las controversias, el establecimiento de un mecanismo expeditivo para asuntos técnicos, el acortamiento del plazo para iniciar la fase arbitral, la creación de un tribunal permanente de revisión jurídica y la posibilidad de que el mismo emita opiniones consultivas (BOUZAS y SOLTZ: *Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos: el caso del MERCOSUR*, Abeitspapier Nr. 1, Institut für Iberoamerica-Kunde, Hamburg, August 2002, p. 27). En el mismo sentido, BOUZAS, R., DA MOTTA VEIGA, P. and TORRENT, R.: *In-Depth Analysis of Mercosur Integration, its Prospectives and the Effects thereof on the Market Access of EU Goods, Services and Investment*, Report prepared with financial assistance from the Commission of the European Communities, November 2002, pp. 120-121.

En una línea favorable al Protocolo de Olivos, BOUZAS y SOLTZ señalan: «Los cambios introducidos en el mecanismo de solución de controversias con la aprobación del PO constituyen un progreso en las instituciones de solución de controversias del MERCOSUR. La creación de un tribunal permanente de revisión –y la posibilidad de que en el futuro pueda emitir opiniones consultivas– contribuirá a construir una jurisprudencia *de facto* y a garantizar una interpretación, aplicación y cumplimiento más uniforme de la normativa vigente. Aún cuando podían entenderse las resistencias de algunos Estados parte del MERCOSUR a la adopción de un régimen jurisdiccional como el de la Unión Europea, resultaba más difícil explicar porqué sus miembros tenían un mecanismo de solución de controversias menos potente que el que se habían comprometido a respetar en la OMC (o aún que el propio mecanismo de paneles para tratar conflictos en materia de derechos *antidumping* y compensatorios que existe en el TLCAN)» (BOUZAS y SOLTZ: *Instituciones y mecanismos...*, cit., p. 28).

8. Argentina aprobó el Protocolo el 18 de octubre de 2002, Ley 25663 (Boletín Oficial 21.10.2002).

haya sido entregado el cuarto instrumento de ratificación (art. 52, aptdo. 1 del Protocolo de Olivos)<sup>9</sup>; de ahí el examen hecho del Protocolo de Brasilia actualmente vigente<sup>10</sup>. Contra lo que se ha podido leer no establece un Tribunal de Justicia del Mercosur sino un Tribunal Permanente de Revisión, Tribunal, como tendremos ocasión de ver, de naturaleza arbitral pese a ciertos rasgos de *permanencia*, de algún modo más bien aparentes, que se dan en él. Debemos de aclarar que no estamos ante el llamado «sistema permanente», tal como se indica en su art. 53, *Revisión del sistema*: «Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción».

El Protocolo de Olivos, en virtud del art. 55, aptdo. 3, no deroga el art. 43 (Sistema de Solución de Controversias) del Protocolo de Ouro Preto. Igualmente entendemos que no deroga ni expresa ni tácitamente el Anexo al Protocolo de Ouro Preto (Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR). Por su propia naturaleza en la Comisión de Comercio, al menos aparentemente, se produciría un diálogo más técnico y menos politizado que en el Grupo Mercado Común. Nuestro entendimiento tiene su base en el propio art. 55, aptdo. 3 del P.O.: «Las referencias al Protocolo de Brasilia realizadas en el Protocolo de Ouro Preto y su Anexo, se entenderán remitidas al presente Protocolo en lo que corresponda».

El Consejo del Mercado Común aprobará la *reglamentación del presente Protocolo* dentro de los sesenta (60) días de su entrada en vigencia (art. 47 del Protocolo de Olivos)<sup>11</sup>.

Depósito del Instrumento de Ratificación el 29-01-2003; Paraguay lo aprobó por Ley 2070/03, del 3, 02, 2003, Depósito del Instrumento de Ratificación el 20-02-2003; Uruguay, aprobado por N°. 17629, del 11,04,2003 (Diario Oficial 8,05,2003); Por su parte, Brasil lo aprobó por el Decreto Legislativo N°. 712, de 14,10,2003 (Diario Oficial da União, 15,10,2003).

9. Art. 54, *Adhesión o denuncia ipso jure*: «1. La adhesión al Tratado de Asunción, significará *ipso jure*, la adhesión al presente Protocolo. 2. La denuncia del presente Protocolo, significará *ipso jure*, la denuncia del Tratado de Asunción.

10. Además, las controversias en trámite, iniciadas de acuerdo con el régimen del Protocolo de Brasilia, «se registrarán exclusivamente por el mismo hasta su total conclusión».

Asimismo, mientras las controversias iniciadas bajo el régimen del Protocolo de Brasilia «no se concluyan totalmente; y hasta tanto se completen los procedimientos previstos en el artículo 49, continuará aplicándose, en lo que corresponda, el Protocolo de Brasilia y su Reglamento» (art. 55, aptdo. 2 del Protocolo de Olivos). Asimismo, según el aptdo. 3, las referencias hechas Protocolo de Brasilia realizadas en el Protocolo de Ouro Preto y su Anexo, «se entenderán remitidas al presente Protocolo en lo que corresponda».

11. En materia de plazos hay que atender al art. 48 del Protocolo de Olivos: «1. Todos los plazos establecidos en el presente Protocolo son perentorios y serán contados por días corridos a partir del día siguiente al acto o hecho a que se refieren. No obstante, si el vencimiento del plazo para presentar un escrito o cumplir una diligencia no ocurriese en día hábil en la sede de la Secretaría Administrativa del Mercosur, la presentación del escrito o cumplimiento de la diligencia deberá ser realizada el primer día hábil inmediatamente posterior a esa fecha. 2. No obstante lo establecido en el numeral anterior, todos los plazos previstos en el presente Protocolo podrán ser modificados de común acuerdo por las partes en la controversia. Los plazos previstos para los procedimientos tramitados ante los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y ante el Tribunal Permanente de Revisión podrán ser modificados cuando las partes en la controversia lo soliciten al Tribunal respectivo y éste lo conceda».

Las controversias que surjan, a partir de la futura entrada en vigor del P.O., 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 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 del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo» (art. 1 del P.O.). Respecto al Derecho a aplicar hay que tener en cuenta lo siguiente: «Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo del Mercado Común, a las Resoluciones del Grupo Mercado Común y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia» (art. 34, aptdo. 1 del Protocolo de Olivos)<sup>12</sup>.

El Protocolo de Olivos contempla una *jurisdicción alternativa* al Protocolo para algunas de las posibles controversias. Así, las controversias «comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro, a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro» (art. 1, aptdo. 2, pfo. primero del P.O.). Una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias, de acuerdo al párrafo anterior, al objeto de salvar la duplicidad de procedimientos y de fallos antagónicos, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto, definido en los términos del artículo 14 del Protocolo. (art. 1, aptdo. 2, pfo. segundo). En el marco de lo establecido en este numeral, el Consejo del Mercado Común reglamentará los aspectos relativos a la opción de foro (art. 2, aptdo. 3)<sup>13</sup>.

12. «La presente disposición no restringe la facultad de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc o la del Tribunal Permanente de Revisión cuando actúe en instancia directa y única, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de decidir la controversia *ex aequo et bono*, si las partes así lo acordaren» (art. 34, aptdo. 2 del Protocolo de Olivos).

13 Según PEROTTI: «Se contempla el supuesto de controversias paralelas en foros internacionales (por ejemplo, en la OMC). Lo cual es un error impuesto por una práctica contraria al Tratado de Asunción» (PEROTTI: «¿Qué significó el Protocolo de Olivos?», *La Nación*, 26-II-2002). Entendemos que con «controversias paralelas» el autor ha querido decir «controversias optativas» pero no simultáneas.

En un sentido contrario a la opción jurisdiccional escribe BIACCHI GOMES: «O objeto é a solução dos conflitos surgidos no bloco econômico ou em outros «esquemas preferenciais» ou junto à própria OMC - Organização Mundial do Comercio. Uma vez que os países elejam o sistema de solução de controvérsias não poderão fazer se valer de outros mecanismos. Alias não foi oportuno, para o desenvolvimento da integração a inserção dessa possibilidade posto que as divergências advindas no bloco devem ser resolvidas pelo sistema nele estabelecido sem deixar transparecer as divergências para as demais economias extrabloco. (...) Entretanto pelo determinado no Protocolo de Olivos surgida a controvérsia, quer decorrente de violação das normas do bloco econômico, ou da OMC poderão os Estados ) eleger a via procedimental a ser adotada» (BIACCHI GOMES, E.: «Protocolo de Olivos: Alterações no sistema de soluções de controvérsia do Mercosul e perspectivas», *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 42, Sao Paulo, p. 86). Entendemos, pese a lo que parece apuntar este autor, que la violación de una norma que sea exclusivamente de la OMC no tiene acogida en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR.

Debemos subrayar que no estamos ante una opción abierta en materia de foro, sino únicamente en relación con «las controversias ... que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias», lo cual no supone, a nuestro juicio, que ello ocurra en relación con todas las controversias<sup>14</sup>, en razón de la entidad propia, de la especificidad o de la especialidad<sup>15</sup> que habitualmente estará presente en la norma mercosureña en relación con la norma de la Organización Internacional de Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio<sup>16</sup>.

En el art. 2 se deja abierta la posibilidad de adopción de un mecanismo complementario del Protocolo, al señalar que: «Cuando se considere necesario, podrán ser establecidos mecanismos expeditos para resolver divergencias entre Estados Partes

En un tónica similar advierte DREYZIN DE KLOR: «En caso de que los miembros de un esquema de integración (vgcia. Mercosur) decidan llevar la disputa a la OMC en vez de resolverla de acuerdo al sistema de solución de controversias del esquema, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación sólo se pronunciarán sobre la legalidad o no de una medida respecto de las disciplinas multilaterales («acuerdos abarcados») y no sobre la legalidad o no de la misma respecto a las disciplinas vigentes en el propio sistema de integración.

Las desventajas de posibilitar la elección de foro enraizan en el debilitamiento que puede producir en el sistema de integración; además puede dar lugar al «forum shopping» lo que se comprendería en un modelo de zona de libre comercio, pero parece difícil de admitir en un proceso por el que se intenta avanzar hacia un grado mayor de integración con órganos que generan normas de manera permanente» (DREYZIN DE KLOR: «El Protocolo de Olivos», cit., p. 588).

14. BERTONI afirma que: «Es probable que este sistema otorgue mayor posibilidad de encontrar la solución a los conflictos, sin embargo no dejará de presentar inconvenientes al momento de implementarlo, ya que previamente deberá analizarse si la controversia en cuestión *puede ser* sometida por ejemplo al OSD de la OMC» (BERTONI: «Algunas reflexiones sobre el Protocolo de Olivos, *Revista «Pistas»*, Instituto del Mundo del Trabajo, N.º 7, Abril, 2002, p. 2). Añade asimismo que: «La duda podrá presentarse, como ya ha pasado en otras oportunidades, cuando en el Mercosur se ha querido aplicar una norma OMC, en saber si ésta ha sido incorporada como normativa Mercosur, y en este caso si ésta a su vez será la condición que permitirá el uso del foro» (BERTONI: «Un signo positivo para el Mercosur. El Protocolo de Olivos», *mercosur.com. Directorio de Empresas Mercosur* disponible en Internet: <http://www.mercosur.com/info/articulo.jsp?idioma-es&noticia-9183&prod-tit>). De la misma autora y sobre el Protocolo de Olivos: «Características de la actuación de los tribunales en el Mercosur», *Lexis Nexis. Jurisprudencia Argentina*, 24 de abril 2002, 2002-II, fascículo n. 4, pp. 41 y 43

15. Evidentemente, una misma norma presente en dos ordenamientos es susceptible de interpretaciones sistemáticas diferentes llevadas a cabo en el marco de cada uno de los dos ordenamientos. En relación con ello, DREYZIN DE KLOR destaca que «adoptar textualmente algunos de los acuerdos de la OMC por el Mercosur no agrega ni desagrega nada sin perjuicio de que cuando incorpora normativa de la OMC al bloque, ésta tiene que ser interpretada a la luz del TA» (DREYZIN DE KLOR: «El Protocolo de Olivos», cit., p. 589).

16. Señala CHOER MORAES: «Evidentemente, a controversia que seja encaminhada ao Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC deverá nascer de violação de algum dos *covered agreements* multilaterais; será, ainda, em relação aos preceitos dessas normas que os órgãos irão resolver a disputa. Dessa forma, mesmo que as normas regionais sejam mais liberalizantes do comércio do que as normas multilaterais, o Mecanismo irá apreciar as controvérsias à luz destas últimas» (CHOER MORAES, H.: «O novo sistema jurisdiccional do Mercosul - Um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos», *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 10, N.º 39, abril-junho 2000, p. 66).

A nuestro juicio, una línea de interpretación a tener en cuenta puede ser hallada en los antecedentes del art. 1, apdo. 2 del Protocolo de Olivos. En efecto, el Grupo de Alto Nivel había contemplado únicamente las controversias «con relación a una norma de la Organización Mundial de Comercio que haya sido incorporada a la normativa MERCOSUR, la misma podrá someterse a uno u otro foro a elección de la parte reclamante» (REY CARO, E. J.: *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*, Córdoba, 2002, p. 13).

Sobre aspectos conexos a esta problemática, DROMI SAN MARTINO, L.: «El Mercosur y el Derecho Internacional del Comercio», *Economía globalizada y Mercosur*, cit., pp. 137-182.

sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes» (art. 2, aptdo. 1 del Protocolo de Olivos)<sup>17</sup>.

Se recoge en el art. 3 del Protocolo de Olivos la posibilidad de que el Consejo del Mercado Común establezca «mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos». La posibilidad de las consultas sobre el ordenamiento jurídico dispensaría a las partes de una mayor certeza respecto del conjunto de derechos y obligaciones que les incumben. Habrá que esperar a ver si, y en qué términos, el Consejo da luz verde a tales iniciativas.

En los capítulos IV y V, previamente a los procedimientos arbitrales, se da cabida, respectivamente, a la solución de las controversias mediante negociaciones entre las partes (arts. 4 y 5)<sup>18</sup> y a la intervención no obligatoria del Grupo Mercado Común (arts. 6, 7 y 8)<sup>19</sup>.

Hay que subrayar que, además de *las reclamaciones* hechas por los *Estados Parte*, el Capítulo XI del Protocolo de Olivos está dedicado a los *Reclamos de Particulares*. En tal sentido, su art. 39, Ámbito de aplicación, dispone: «El procedimiento establecido en el presente Capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) 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, del

17. «Las reglas de funcionamiento, el alcance de esos mecanismos y la naturaleza de los pronunciamientos que se emitieran en los mismos serán definidos y aprobados por Decisión del Consejo del Mercado Común» (art. 2, aptdo. 2 del Protocolo).

18. Artículo 4. Negociaciones: «Los Estados partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas». Art. 5. Procedimiento y plazo: «1. Las negociaciones directas no podrán, salvo acuerdo entre las partes en la controversia, exceder un plazo de quince (15) días a partir de la fecha en que una de ellas le comunicó a la otra la decisión de iniciar la controversia. 2. Los Estados partes en una controversia informarán al Grupo Mercado Común, a través de la Secretaría Administrativa del Mercosur, sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas».

19. Art. 6. Procedimiento optativo ante el GMC: «1. Si mediante las negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuere solucionada solo parcialmente, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo VI. 2. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral anterior, los Estados partes en la controversia podrán, de común acuerdo, someterla a consideración del Grupo Mercado Común. i) En este caso, el Grupo Mercado Común evaluará la situación, dando oportunidad a las partes en la controversia para que expongan sus respectivas posiciones requiriendo, cuando considere necesario, el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que hace referencia el artículo 43 del presente Protocolo. ii) Los gastos que irroque este asesoramiento serán sufragados en montos iguales por los Estados partes en la controversia o en la proporción que determine el Grupo Mercado Común. 3. La controversia también podrá ser llevada a la consideración del Grupo Mercado Común si otro Estado, que no sea parte en la controversia, requiriera justificadamente tal procedimiento al término de las negociaciones directas. En ese caso, el procedimiento arbitral iniciado por el Estado Parte demandante no será interrumpido, salvo acuerdo entre los Estados partes en la controversia». Art. 7. Atribuciones del GMC: «1. Si la controversia fuese sometida al Grupo Mercado Común por los Estados partes en la controversia, éste formulará recomendaciones que, de ser posible, serán expresas y detalladas tendientes a la solución del diferendo. 2. Si la controversia fuere llevada a consideración del Grupo Mercado Común a pedido de un Estado que no es parte en ella, el Grupo Mercado Común podrá formular comentarios o recomendaciones al respecto». Art. 8. Plazo para la intervención y el pronunciamiento del GMC: «El procedimiento descrito en el presente Capítulo no podrá extenderse por un plazo superior a treinta (30) días a partir de la fecha de la reunión en que la controversia fue sometida a consideración del Grupo Mercado Común».

Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco 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 del Mercosur».

Los afectados presentarán las reclamaciones ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios (art. 40, aptdo. 1 del P.O.), debiendo aportar elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio, para que el reclamo sea admitido por la Sección Nacional y para que sea evaluado por el Grupo Mercado Común y por el grupo de expertos, si es convocado (art. 2, aptdo. 2 del Protocolo).

A menos que la reclamación se refiera a una cuestión que hubiese motivado la iniciación de un procedimiento de Solución de Controversias de acuerdo con los Capítulos IV a VII del Protocolo, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común que haya admitido la reclamación deberá entablar consultas con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se atribuye la violación al objeto de buscar una solución inmediata a la cuestión planteada. Dichas consultas se tendrán por concluidas automáticamente y sin más trámite si la cuestión no hubiere sido resuelta en el plazo de quince días, contado a partir de la comunicación de la reclamación al Estado Parte reclamado, salvo que las partes hubieren decidido otro plazo (art. 41, aptdo. 1 del P.O.). Finalizadas las consultas sin alcanzar una solución, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común elevará la reclamaciones sin más trámite al Grupo Mercado Común<sup>20</sup> (art. 41, aptdo. 2 del Protocolo), el cual, habida cuenta de que sólo podrá rechazarla mediante el consenso de los cuatro Estados Partes –incluido el de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común remitente–, previsiblemente aceptará la reclamación, procediendo de inmediato a la convocatoria de un Grupo de expertos<sup>21</sup>, el cual elevará su dictamen al Grupo Mercado Común. Se regula con más precisión

20. Artículo 42, *Intervención del Grupo Mercado Común*: «1. Recibido el reclamo, el Grupo Mercado Común evaluará los requisitos establecidos en el artículo 40.2, sobre los que basó su admisión la Sección Nacional, en la primera reunión siguiente a su recepción. Si concluyere que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso, rechazará el reclamo sin más trámite, debiendo pronunciarse por consenso. 2. Si el Grupo Mercado Común no rechazare el reclamo, éste se considerará aceptado. En este caso el Grupo Mercado Común procederá de inmediato a convocar a un grupo de expertos, que deberá emitir un dictamen acerca de su procedencia en el término improrrogable de treinta (30) días contado a partir de su designación. 3. Dentro de ese plazo, el grupo de expertos dará oportunidad al particular reclamante y a los Estados involucrados en el reclamo, de ser oídos y de presentar sus argumentos en audiencia conjunta».

21. Artículo 43, *Grupo de expertos*: «1. El grupo de expertos a que se hace referencia en el artículo 42.2 estará compuesto por tres (3) miembros designados por el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán elegidos por votación que realizarán los Estados Partes entre los integrantes de una lista de veinticuatro (24) expertos. La Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará al Grupo Mercado Común el nombre del experto o de los expertos que hubieren recibido la mayor cantidad de votos. En este último caso, y salvo que el Grupo Mercado Común lo decida de otra manera, uno (1) de los expertos designados no podrá ser nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo, ni del Estado en el cual el particular formalizó su reclamo, en los términos del artículo 40. 2. Con el fin de constituir la lista de expertos, cada uno de los Estados Partes designará seis (6) personas de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto del reclamo. Dicha lista quedará registrada en la Secretaría Administrativa del Mercosur. 3. Los gastos derivados de la actuación del grupo de expertos serán sufragados en la proporción que determine el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo, en montos iguales por las partes directamente involucradas en el reclamo».

el sistema del Protocolo de Brasilia en lo relativo a la elección expertos. Si ya la Dec. N.º 17/98 del Consejo del Mercado Común se refería al modo de elección de expertos y árbitros, se recogen asimismo las objeciones que las partes podrán formular en una especie de proceso de recusación.

Quisiéramos subrayar aquí la *fragilidad, discriminación y desigualdad* con que es tratado el *particular frente al Estado* en el ámbito de la exigencia del debido cumplimiento del Derecho del MERCOSUR, a la luz de carácter obligatorio de la intervención del Grupo Mercado Común en controversias originadas por particulares (art. 41, aptdo. del Protocolo de Olivos) frente al optativo en las promovidas por los Estados (art. 6, Procedimiento optativo ante el GMC, del Protocolo).

Si en el dictamen pronunciado de forma unánime se comprobase la pertinencia de la reclamación, cualquier otro Estado Parte podrá requerirle al reclamado la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro de un plazo de quince días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo VI del presente Protocolo (art. 44, aptdo. 1, i).

Recibido el dictamen que considere improcedente el reclamo por unanimidad, el Grupo Mercado Común dará de inmediato por concluido el mismo en el ámbito del presente Capítulo, lo cual ocurrirá asimismo, una vez que el Grupo de expertos, no habiendo alcanzado unanimidad para pronunciar el dictamen, eleve sus distintas conclusiones al Grupo Mercado Común (art. 44, aptdo 1, ii e iii) , si bien la finalización de la reclamación por parte del Grupo Mercado Común no impedirá que el Estado Parte Reclamante de inicio a los procedimientos previstos en el los Capítulos IV, Negociaciones directas, V, Intervención del Grupo Mercado Común, y VI, Procedimiento arbitral Ad Hoc, del Protocolo, abriéndose así una segunda posibilidad de replanteamiento de la controversia (art. 44, aptdo 2 del Protocolo de Olivos).

En cualquier etapa de los procedimientos, la parte que presentó la controversia o la reclamación podrá desistir de los mismos. Asimismo, las partes involucradas podrán llegar a una transacción, dándose por concluida la controversia o la reclamación en ambos casos. Los desistimientos o las transacciones deberán ser comunicados por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur al Grupo Mercado Común o al Tribunal que corresponda, según sea el caso (art. 45 del Protocolo de Olivos).

### III. TRIBUNALES ARBITRALES

#### A) Los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc*

Cuando la *controversia no se hubiera solucionado* conforme a los procedimientos regulados en los Capítulos IV, *negociaciones*, y V, *procedimiento optativo de intervención del Grupo Mercado Común*, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa del Mercosur su decisión de recurrir al *procedimiento arbitral* dispuesto en el Capítulo VI (art. 9, aptdo. 1 del P.O.)<sup>22</sup>. La Secretaría Administrativa del Mercosur notificará de inmediato la comuni-

cación al otro u otros Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común y tendrá a su cargo las gestiones administrativas que le sean requeridas para el desarrollo de los procedimientos (art. 9, aptdos. 2 y 3 del Protocolo).

El procedimiento arbitral se sustanciará ante un Tribunal Arbitral Ad Hoc *compuesto* por tres árbitros (art. 10, aptdo. 1), los cuales serán designados como sigue; i) Cada Estado parte en la controversia designará un (1) árbitro titular de la lista prevista en el art. 11, aptdo. 1<sup>23</sup>, en el plazo de quince días, contados a partir de la fecha en que la Secretaría Administrativa del Mercosur hubiese comunicado a los Estados partes en la controversia la decisión de uno de ellos de recurrir al arbitraje<sup>24</sup>. Simultáneamente designará, de la misma lista, un árbitro suplente para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa de éste en cualquier etapa del procedimiento arbitral. ii) Si uno de los Estados partes en la controversia no hubiera nombrado sus árbitros en el plazo indicado, ellos serán designados, mediante sorteo, por la Secretaría

22. «Los Estados Partes declaran reconocer como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc que en cada caso se constituyan para conocer y resolver las controversias a que se refiere el presente Protocolo, así como la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión para conocer y resolver las controversias conforme a las competencias que le confiere el presente Protocolo» (art. 33 del Protocolo de Olivos).

23. Art. 11. *Listas de árbitros*: «1. Cada Estado Parte designará doce (12) árbitros, que integrarán una lista que quedará registrada en la Secretaría Administrativa del Mercosur. La designación de los árbitros, conjuntamente con el *curriculum vitae* detallado de cada uno de ellos, será notificada simultáneamente a los demás Estados Partes y a la Secretaría Administrativa del Mercosur. i) Cada Estado Parte podrá solicitar aclaraciones sobre las personas designadas por los otros Estados Partes para integrar la lista a que hace referencia el párrafo anterior, dentro del plazo de treinta (30) días, contado a partir de dicha notificación. ii) La Secretaría Administrativa del Mercosur notificará a los Estados Partes la lista consolidada de árbitros del Mercosur, así como sus sucesivas modificaciones. 2. Cada Estado Parte propondrá asimismo cuatro (4) candidatos para integrar la lista de terceros árbitros. Al menos uno de los árbitros indicados por cada Estado Parte para esta lista no será nacional de ninguno de los Estados Partes del Mercosur. i) La lista deberá ser notificada a los demás Estados Partes a través de la Presidencia Pro Tempore, acompañada por el *curriculum vitae* de cada uno de los candidatos propuestos. ii) Cada Estado Parte podrá solicitar aclaraciones respecto de las personas propuestas por los demás Estados Partes o presentar objeciones justificadas a los candidatos indicados, conforme con los criterios establecidos en el artículo 35, dentro del plazo de treinta (30) días contado desde que esas propuestas le sean notificadas. Las objeciones deberán ser comunicadas a través de la Presidencia Pro Tempore al Estado Parte proponente. Si en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días contado desde su notificación no se llegare a una solución, prevalecerá la objeción. iii) La lista consolidada de terceros árbitros y sus sucesivas modificaciones, acompañada del *curriculum vitae* de los árbitros será comunicada por la Presidencia Pro Tempore a la Secretaría Administrativa del Mercosur, que la registrará y notificará a los Estados Partes».

Respecto a los posibles terceros árbitros como acabamos de ver existe un «derecho de veto» si en el plazo de un mes no se llega a una solución sobre la objeción. Al respecto, DREYZIN DE KLOR se cuestiona: «¿Se trata acaso de un verdadero derecho de «veto» que vulnera el principio de confianza mutua que se deben los EP? o ¿las exigencias establecidas sobre la calificación de los árbitros se corresponden con los valores que se pretenden resguardar y en consecuencia, habría que aceptar de buen grado esta disposición? (...) los árbitros son juristas calificados de cada uno de los EP y la lista que deben presentar está sujeta a la elección ponderada de cada país. (...) cumpliéndose los recaudos exigidos debieran regularse claramente los aspectos que generan los interrogantes formulados y que de acuerdo al texto aprobado quedan sin recibir una respuesta satisfactoria. Ello, a fin de evitar todo tipo de subjetividad y para no dejar espacios abiertos que deriven en actitudes discrecionales» (DREYZIN DE KLOR: «El Protocolo de Olivos», cit., pp. 594-595).

24. Hay que tener en cuenta el art. 49, *Notificaciones iniciales*, del Protocolo de Olivos: «Los Estados Partes realizarán las primeras designaciones y notificaciones previstas en los artículos 11, 18 y 43.2 en un plazo de treinta (30) días a partir de la entrada en vigor del presente Protocolo».

Administrativa del Mercosur dentro del plazo de dos días, contados a partir del vencimiento de aquel plazo, entre los árbitros de ese Estado de la lista prevista en el art. 11, aptdo. 1 (art. 10, aptdo. 2)<sup>25</sup>.

El árbitro Presidente será designado de la siguiente manera: Los Estados partes en la controversia designarán de común acuerdo al tercer árbitro, que presidirá el Tribunal Arbitral Ad Hoc, de la lista prevista en el art. 11, aptdo. 2, pfo. iii), en el plazo de quince días, contados a partir de la fecha en que la Secretaría Administrativa del Mercosur hubiese comunicado a los Estados partes en la controversia la decisión de uno de ellos de recurrir al arbitraje. Simultáneamente designarán, de la misma lista, un árbitro suplente para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa de éste en cualquier etapa del procedimiento arbitral. El Presidente y su suplente no podrán ser nacionales de los Estados partes en la controversia (art. 10, aptdo. 3, pfo. 1).

Si no hubiere acuerdo entre los Estados partes en la controversia para elegir el tercer árbitro, dentro del plazo indicado, la Secretaría Administrativa del Mercosur, a petición de cualquiera de ellos, procederá a designarlo mediante sorteo de entre los miembros de la lista del art. 11, aptdo. 2 iii), excluyendo del mismo a los nacionales de los Estados partes en la controversia<sup>26</sup>.

La Secretaría Administrativa del Mercosur notificará a los árbitros su designación (art. 10, aptdo. 4).

Los Estados Partes en la controversia<sup>27</sup> designarán sus representantes ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc, pudiendo designar también asesores para la defensa de sus derechos (art. 12 del P.O.). Si dos o más Estados Partes mantuvieran la misma posición en una controversia, podrán unificar su representación ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc, designando un árbitro de común acuerdo, en el plazo establecido en el art. 10, aptdo. 2 i).

25 Según el art. 35 del Protocolo de Olivos, Calificación de los árbitros: «1. Los árbitros de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y los del Tribunal Permanente de Revisión deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del Mercosur. 2. Los árbitros deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados Partes y no tener intereses de índole alguna en la controversia. Serán designados en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio».

Estamos ante un encuadramiento de los principios de «imparcialidad e independencia» dentro del Derecho originario, anteriormente recogidos, a nivel de Decisión (Dec. N°. 17/98), en el Reglamento del Protocolo de Brasilia (art. 16), en el cual se hacía referencia a la «independencia, honestidad e imparcialidad».

26. Los designados para actuar como terceros árbitros deberán responder en un plazo máximo de tres días, contado a partir de la notificación de su designación, sobre su aceptación para actuar en una controversia. (art. 10, aptdo. 3, pfo. 5).

27. Art. 14. Objeto de la controversia: «1. El objeto de la controversia quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta presentados ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc, no pudiendo ser ampliado posteriormente. 2. Los planteamientos que las partes realicen en los escritos mencionados en el numeral anterior se basarán en las cuestiones que fueron consideradas en las etapas previas, contempladas en el presente Protocolo y en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto. 3. Los Estados partes en la controversia informarán al Tribunal Arbitral Ad Hoc en los escritos mencionados en el numeral 1 del presente artículo sobre las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y harán una exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones».

Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc, moviéndonos ya dentro de las coordenadas de su funcionamiento, adoptarán sus propias *Reglas de procedimiento*, tomando como referencia las Reglas Modelo que habrán de ser aprobadas por el Consejo del Mercado Común (art. 51, aptdo. 1 del Protocolo de Olivos). Ambas Reglas garantizarán que cada una de las partes en la controversia tenga plena oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos y, asimismo, asegurarán que los procesos se realicen de forma expedita (art. 51, aptdo. 3 del Protocolo de Olivos). No se da acogida a que otros Estados Miembros tengan la posibilidad de presentar alegaciones, quedando la solución limitada a las Partes en la diferencia, «cuando su alcance podría exceder de tal efecto y servir de fundamento o de base para la interpretación y aplicación de futuras contiendas. Otra cláusula que no se compadece con interpretación uniforme que se pretende»<sup>28</sup>.

El Protocolo de Olivos contempla la posibilidad de adopción de *Medidas provisionales*, en el art. 15, aptdo. 1: «El Tribunal Arbitral Ad Hoc podrá a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas para prevenir tales daños». El Tribunal podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto dichas medidas (art. 15, aptdo. 2 del Protocolo). En el supuesto de que el Laudo fuera objeto de recurso de revisión, las medidas provisionales que no hubiesen quedado sin efecto antes de dictarse el mismo, se mantendrán hasta su tratamiento en la primera reunión del Tribunal Permanente de Revisión, que deberá resolver sobre su continuidad o cese (art. 15, aptdo. 3 del Protocolo).

El Tribunal Arbitral Ad Hoc dictará su *Laudo Arbitral* en un plazo de sesenta días, prorrogables por decisión del Tribunal por un plazo máximo de treinta días, contados a partir de la comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur a las partes y a los demás árbitros, informando la aceptación por el árbitro Presidente de su designación (art. 16 del Protocolo).

En lo tocante a la mayoría necesaria para la adopción de los Laudos, diremos que los Laudos del Tribunal Arbitral Ad Hoc (y los del Tribunal Permanente de Revisión) se adoptarán por mayoría, serán fundados y suscriptos por el Presidente y por los demás árbitros. Los árbitros no podrán fundar sus votos en disidencia, debiendo mantener asimismo la confidencialidad de la votación. Las deliberaciones también serán confidenciales, debiendo mantenerse así en todo momento (art. 25 del Protocolo de Olivos)<sup>29</sup>.

28. DREYZIN DE KLOR: «El Protocolo de Olivos», cit., p. 610.

29. En cuanto a confidencialidad hay que tener en cuenta también el art. 46, *Confidencialidad*: «1. Todos los documentos presentados en el ámbito de los procedimientos previstos en este Protocolo son de carácter reservado a las partes en la controversia, a excepción de los laudos arbitrales. 2. A criterio de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común de cada Estado Parte y cuando ello sea necesario para la elaboración de las posiciones a ser presentadas al Tribunal, dichos documentos podrán ser dados a conocimiento, exclusivamente, a los sectores con intereses en la cuestión. 3. No obstante lo establecido en el numeral 1, el Consejo del Mercado Común reglamentará la modalidad de divulgación de los escritos y presentaciones de las controversias ya concluidas».

Los Laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación, teniendo con relación a ellos fuerza de cosa juzgada si, transcurrido el plazo previsto en el art. 17, aptdo. 1 para interponer el recurso de revisión, éste no fuere interpuesto (art. 26, aptdo. 1 del P.O.)<sup>30</sup>.

Cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá presentar un *recurso de aclaratoria* del Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc (o, en su caso, del Tribunal Permanente de Revisión) y sobre la forma en cómo deberá darse cumplimiento al Laudo, debiendo cumplirse éste dentro de los quince días siguientes a su notificación (art. 28, aptdo. 1. del Protocolo de Olivos).

El Tribunal respectivo fallará sobre el recurso dentro de los quince días siguientes a la presentación de solicitud aclaración y podrá otorgar un plazo adicional para el cumplimiento del Laudo (art. 26 del Protocolo de Olivos).

En el supuesto de que surjan *divergencias sobre el cumplimiento* del Laudo, por entender el Estado beneficiado por el Laudo que las medidas adoptadas no dan cumplimiento al mismo, éste tendrá un plazo de treinta días a partir de la adopción de aquellas, para someter la situación a la consideración, según corresponda, del Tribunal Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión, disponiendo el Tribunal respectivo de un plazo de treinta días desde la fecha de conocimiento de la situación para dirimir al respecto (art. 30, aptdos. 1 y 2 del Protocolo).

Si no resultara posible convocar al Tribunal Arbitral Ad Hoc interviniente, se procederá a conformar otro con el o los suplentes necesarios a los que se hace mención en el art. 10, aptdos. 2 y 3 (art. 30, aptdo. 3 del P.O.). Esta cautela, como es obvio, no es necesaria en relación con el Tribunal Permanente de Revisión.

En estrecha relación con las posibilidades de actuación recogidas en el art. 30 se vienen a mostrar los artículos 31, Facultad de aplicar, constituyendo ello una novedad respecto a Brasilia, medidas compensatorias, y 32, Facultad de cuestionar medidas compensatorias, del Protocolo de Olivos. En el art. 31, aptdo. 1, se dispone que si un Estado parte en la controversia no cumpliera total o parcialmente el Laudo del Tribunal Arbitral, la otra parte «tendrá la facultad, durante el plazo de un año, contado a partir del día siguiente al que venció el plazo referido en el artículo 29.1, e independientemente de recurrir a los procedimientos del artículo 30, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del

30. En consecuencia, «Los Laudos deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. La adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado parte de su obligación de cumplir el Laudo» (art. 27 del Protocolo de Olivos).

En cuanto al plazo y modalidad de cumplimiento de los Laudos en general, advierte el art. 29 del Protocolo de Olivos: «1. Los laudos de los Tribunales Ad Hoc o los del Tribunal Permanente de Revisión, según el caso, deberán ser cumplidos en el plazo que los respectivos tribunales establezcan. Si no se determinara un plazo, los laudos deberán ser cumplidos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su notificación. 2. En caso que un Estado parte interponga el recurso de revisión el cumplimiento del laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc será suspendido durante la sustanciación del mismo. 3. El Estado parte obligado a cumplir el laudo informará a la otra parte en la controversia así como al Grupo Mercado Común, por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur, sobre las medidas que adoptará para cumplir el laudo, dentro de los quince (15) días contados desde su notificación».

laudo», procurando, en primer lugar, suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. En el supuesto de que el Estado parte beneficiado considere impracticable o ineficaz la suspensión en el mismo sector, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan esa decisión (art. 31, aptdo. 2)<sup>31</sup>. No están recogidas «medidas pecuniarias» probablemente por las dificultades para su ejecución.

A su vez, si el Estado Parte beneficiado por el Laudo aplicase medidas compensatorias por considerar insuficiente el cumplimiento del mismo, estimando el Estado Parte obligado a cumplirlo que las medidas adoptadas son satisfactorias, este último tendrá un plazo de quince días, a partir de la notificación prevista en el art. 31, aptdo. 3, para someter la situación a consideración del Tribunal Arbitral Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda, al cual cabrá pronunciarse al respecto en un plazo de treinta días desde su constitución (art. 32, aptdo. 1 del Protocolo de Olivos).

En el supuesto de que el Estado Parte obligado a cumplir el Laudo considerase excesivas las medidas compensatorias aplicadas, podrá solicitar, hasta quince días después de la aplicación de esas medidas que el Tribunal Ad Hoc o el Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda, en un plazo no superior a treinta días a partir de su constitución, se pronuncie sobre el particular (art. 32, aptdo. 2 del Protocolo de Olivos), evaluando asimismo, según el caso, los fundamentos esgrimidos para aplicarlas en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo (art. 32, aptdo. 3)<sup>32</sup>.

Respecto a los costos originados por la actividad de los árbitros, el art. 36 del Protocolo de Olivos proclama, en su aptdo. 1, que los gastos y honorarios originados por la actividad de los árbitros serán solventados por el país que los designe y los gastos del Presidente del Tribunal Arbitral Ad Hoc serán solventados por partes iguales por los Estados partes en la controversia, a no ser que el Tribunal decida distribuirlos en proporción distinta<sup>33</sup>.

## **B) El Tribunal (*Arbitral*) Permanente de Revisión.**

### **a) Como Tribunal Arbitral Ad Hoc en única instancia**

El Tribunal Permanente de Revisión, *además de las funciones de revisión* de las que nos ocuparemos luego, puede actuar como un *Tribunal Arbitral Ad Hoc en única*

31. «Las medidas compensatorias a ser tomadas deberán ser informadas formalmente, por el Estado Parte que las aplicará, con una anticipación mínima de quince (15) días, al Estado Parte que debe cumplir el laudo» (art. 31, aptdo. 3).

32. Al examinar la proporcionalidad el Tribunal deberá tomar en consideración, entre otros elementos, el volumen y/o 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; El Estado Parte que tomó las medidas compensatorias, deberá adecuarlas a la decisión del Tribunal en un plazo máximo de diez (10) días, salvo que el Tribunal estableciere otro plazo (art. 32, aptdos. 2, ii) y 3, respectivamente).

33. Los honorarios, gastos de traslado, alojamiento, viáticos y demás gastos de los árbitros serán determinados por el Grupo Mercado Común (art. 37 del Protocolo de Olivos).

*instancia*, tal como dispone el art. 23 del Protocolo de Olivos (Acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión). Así: «1. Las partes en una controversia, culminado el procedimiento establecido en los artículos 4 y 5 de este Protocolo, podrán acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste, actuando *per saltum*, tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán, en lo pertinente, los artículos 9, 12, 13, 14, 15 y 16 del presente Protocolo» (art. 23, aptdo. 1 del Protocolo)<sup>34</sup>. Nos remitimos, pues a lo dicho en los citados artículos respecto al inicio de la etapa arbitral (art. 9), representantes y asesores (art. 12), unificación de representación (art. 13), objeto de la controversia (art. 14), Medidas provisionales (art. 15) y Laudo arbitral (art. 16).

Los Laudos Arbitrales del Tribunal Permanente de Revisión actuando como Tribunal Arbitral Ad Hoc en única instancia, 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 (art. 27 del P.O.).

Como ya apuntamos, los Laudos habrán de ser cumplidos en la forma y alcance con que fueron dictados, no eximiendo de su cumplimiento la adopción de medidas compensatorias (art. 27 del Protocolo de Olivos).

En cuanto a aspectos concretos de la composición y atribuciones de este Tribunal Arbitral, nos remitimos a las precisiones que haremos después respecto del Tribunal (Arbitral) Permanente de Revisión.

Por lo que atañe a la mayoría necesaria para la adopción de los Laudos, señalaremos que, como ya vimos en el art. 25 del Protocolo, los Laudos del Tribunal Arbitral Ad Hoc y los del Tribunal Permanente de Revisión (como Tribunal Arbitral Ad Hoc y como Tribunal de Revisión) serán adoptadas por mayoría, fundados y suscriptos por el Presidente y por los demás árbitros.

Tienen cabida aquí los arts. 28, Recurso de Aclaratoria, 29, Plazo y modalidad de cumplimiento, 30, Divergencias sobre el cumplimiento del Laudo, 31, Facultad de aplicar medidas compensatorias, y 32, Facultad de cuestionar medidas compensatorias, y art. 51, Reglas de procedimiento, en los cuales ya nos detuvimos.

Respecto a otros aspectos del *funcionamiento* del Tribunal del Tribunal (arbitral) Permanente de Revisión, actuando como Tribunal Arbitral Ad Hoc en única instancia, nos remitimos a lo que habremos de señalar inmediatamente respecto al Tribunal Permanente de Revisión actuando en el marco de su función revisora.

## **b) Como Tribunal (Arbitral) Permanente de Revisión**

Una vez emitido un Laudo Arbitral por un Tribunal Arbitral Ad Hoc, cualquiera de las partes en la correspondiente controversia podrá presentar un *recurso de revi-*

34. A juicio de BERTONI, es posible que, al objeto de acortar los plazos y conseguir una mayor rapidez en la solución de las disputas, «se recurra en la mayoría de los casos en primera instancia a este Tribunal» (BERTONI: «Algunas reflexiones sobre el Protocolo de Olivos, cit., p. 2). Sin duda alguna la autora ha querido decir «en primera y única instancia».

sión de dicho Laudo ante el Tribunal Permanente de Revisión<sup>35</sup> –a la postre Tribunal de naturaleza arbitral, como se verá– en un plazo no superior a quince días, a partir de la notificación del mismo (art. 17, aptdo. 1 del P.O.).

El recurso estará limitado a las cuestiones de derecho suscitadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el Laudo Arbitral (art. 17, aptdo. 2 del Protocolo)<sup>36</sup>.

Respecto a la *composición* del Tribunal Permanente de Revisión, el art. 18, en su aptdo. 1, prescribe que estará integrado por cinco árbitros (art. 18, aptdo. 1 del Protocolo de Olivos), designando cada Estado Parte del Mercosur un árbitro y su correspondiente suplente para un período de dos años, renovable por no más de dos períodos consecutivos (art. 18, aptdo. 2 del Protocolo). Los árbitros deberán ser designados de entre los miembros de la lista para «terceros árbitros» recogida en el art. 11, aptdo. 2 del Protocolo, conformada por cuatro candidatos propuestos por cada Estado Parte, con un total de dieciséis. Tal aplicación deriva del art. 18, aptdo. 7 del Protocolo: «Se aplicará, en lo pertinente, a los procedimientos descriptos en este artículo lo dispuesto en el artículo 11.2».

El quinto árbitro, que será designado para un período de tres años no renovable, salvo acuerdo en contrario de los Estados Partes, será elegido por unanimidad de los Estados Partes, de entre la lista a que haremos referencia seguidamente, al menos tres meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Dicho árbitro deberá tener la nacionalidad de alguno de los Estados Partes del Mercosur (art. 18, aptdo. 3 del Protocolo de Olivos). Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el aptdo. 4 del mismo artículo, según el cual los Estados Partes, de común acuerdo, «podrán definir otros criterios para la designación del quinto árbitro». Estos criterios pudieran, entre otros, guardar relación con la nacionalidad del árbitro.

No habiendo sido lograda unanimidad, la designación del quinto árbitro será llevada a cabo mediante sorteo que llevará a cabo la Secretaría Administrativa, dentro de los dos días siguientes al vencimiento del plazo señalado anteriormente, entre los integrantes de una lista, que estará conformada con ocho integrantes, debiendo cada Estado Parte proponer dos integrantes que deberán ser nacionales de los países del Mercosur (art. 18, aptdo. 3 del P.O.).

35. La sede del Tribunal Permanente de Revisión estará en la ciudad de Asunción. Sin embargo, por razones fundadas el Tribunal podrá reunirse, excepcionalmente, en otras ciudades del Mercosur. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc podrán reunirse en cualquier ciudad de los Estados Partes del Mercosur (art. 38 del Protocolo de Olivos).

Con anterioridad la Decisión del C.M.C. N.º 28/1994 dispusiera ya que los Tribunales Arbitrales debían tener como sede la ciudad de Asunción. La realidad fue bien distinta; de los cuatro Tribunales Arbitrales habidos hasta finales del 2001, únicamente el primero y el quinto habían tenido como sede dicha ciudad. Con motivo de la XLIII Reunión Ordinaria del G.M.C., Montevideo 9-10 de octubre de 2001, la delegación paraguaya manifestara nuevamente su preocupación con el reiterado incumplimiento de la citada Decisión (MERCOSUR. Acta de la XLIII Reunión Ordinaria del GMC, punto 3º). Posteriormente, únicamente el séptimo Tribunal Arbitral tuvo su sede en Asunción.

36. Los laudos de los Tribunales Ad Hoc dictados con base en los principios *ex aequo et bono* no serán susceptibles de presentación del recurso de revisión (art. 17, aptdo. 3 del Protocolo de Olivos).

Los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión, una vez que hubiesen aceptado su designación, deberán estar disponibles con carácter permanente para actuar cuando sean convocados (art. 19 del Protocolo de Olivos).

Por lo que atañe a la mayoría necesaria para la adopción de los Laudos, señalaremos que, como ya vimos en el art. 25 del Protocolo, los Laudos del Tribunal Arbitral Ad Hoc y los del Tribunal Permanente de Revisión –como Tribunal Ad Hoc en única instancia y como Tribunal de Revisión– serán adoptadas por mayoría, fundados y suscriptos por el Presidente y por los demás árbitros.

El Tribunal Permanente de Revisión, integrado como ya vimos por cinco árbitros (art. 18, aptdo. 1), a la hora de su funcionamiento en una controversia concreta, tendrá una *composición distinta* en cuanto al *número* de sus miembros en función del número de Estados implicados en ella, la cual también podrá ser distinta en función de la *composición personal* que venga a tener en cada una de las controversias entre dos Estados Partes. En efecto, como dispone el art. 20, aptdo. 1 del Protocolo de Olivos, cuando la controversia involucre a dos Estados Partes, el Tribunal estará integrado por tres árbitros, de los cuales dos serán nacionales de cada Estado parte en la controversia, siendo el tercero, que ejercerá la Presidencia, designado mediante sorteo a ser realizado por el Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur, entre los árbitros restantes que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia<sup>37</sup>. La designación del Presidente se llevará a cabo el día siguiente al de la interposición del recurso de revisión, fecha a partir de la cual quedará constituido el Tribunal a todos los efectos.

Cuando la controversia involucre a más de dos Estados Partes el Tribunal Permanente de Revisión estará compuesto por cinco árbitros (art. 20, aptdo. 2).

Al menos tres meses antes del término del mandato de los árbitros, los Estados Partes deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candidatos (art. 18, aptdo. 5 del P.O.).

En el supuesto de que expire el período de actuación de un árbitro que se encuentra entendiendo en una controversia, dicho árbitro «deberá permanecer en funciones hasta su conclusión» (art. 20 del P.O.). Entendemos que la permanencia en funciones será hasta la emisión del Laudo Arbitral y aspectos consiguientes, aunque la controversia pudiera continuar en pie por motivos derivados del incumplimiento de aquél.

Centrándonos ahora en los aspectos procedimentales de *funcionamiento* comenzaremos señalando que la Secretaría Administrativa del Mercosur tendrá a su cargo las gestiones administrativas que le sean encomendadas para el desarrollo de los proce-

37. Como subraya REY CARO: «En nuestro parecer, si el propósito de la instauración del Tribunal Permanente de Revisión ha sido asegurar una interpretación uniforme de la normativa MERCOSUR, hubiera sido más apropiado que en todos los casos –se trate de controversias entre dos o más Estados el Tribunal se integrara con los cinco árbitros. Dudamos que aquel propósito se logre ineludiblemente con el Tribunal funcionando casi permanentemente con tres árbitros, que en integraciones sucesivas y diferentes podrían no adoptar similares criterios, más aún cuando no se han establecido pautas al respecto. Si tomamos en consideración los Tribunales Ad Hoc hasta ahora constituido, bajo el PB, todos han sido en controversias entre dos Estados Partes del MERCOSUR» (REY CARO: *El Protocolo de Olivos...*, cit., p. 36). En la misma línea, DREYZIN DE KLOR: «El Protocolo de Olivos...», cit., p. 609.

dimientos y mantendrá informados asimismo a los Estados partes en la controversia y al Grupo Mercado Común (art. 17, aptdo. 4 del Protocolo de Olivos).

El Tribunal Permanente de Revisión adoptará sus propias *Reglas de Procedimiento* dentro de los treinta días contados a partir de su constitución, las cuales deberán ser aprobadas por el Consejo del Mercado Común (art. 51, aptdo. 1 del P.O.), debiendo, según subraya, tal como ya se adelantó para los Tribunales Arbitrales Ad Hoc, el art. 51, aptdo. 3, que los procesos sean realizados de forma contradictoria y expedita.

Por lo que respecta a la presentación del recurso de revisión, ya advertimos que cualquiera de las partes en una controversia podrá presentar recurso de revisión de un Laudo ante el Tribunal Permanente de Revisión en un plazo que no será superior a quince días, a partir de la notificación del mismo (art. 17, aptdo. 1 del P.O.). La otra parte en la controversia tendrá derecho a contestar el recurso de revisión interpuesto, en un plazo de quince días después de la notificación de la presentación del recurso (art. 21, aptdo. 1 del P.O.).

El Tribunal Permanente de Revisión deberá pronunciarse respecto al recurso en un plazo máximo de treinta días contados a partir de la presentación de la contestación al recurso o del vencimiento del plazo para la presentación de ésta, según sea el caso de que se haya dado contestación o no. El Tribunal podrá decidir prorrogar el plazo de treinta días durante quince días más (art. 21, aptdo. 2 del P.O.).

Los *Laudos* del Tribunal Arbitral Permanente de Revisión (y los del Tribunal Arbitral Ad Hoc como ya vimos) serán adoptados por mayoría, fundados y suscriptos por el Presidente y por los demás árbitros. No podrán fundar sus votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de las deliberaciones y de la votación (art. 25 del P.O.).

En cuanto al alcance del pronunciamiento el Tribunal Permanente de Revisión, diremos que éste podrá confirmar, *modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones* del Tribunal Arbitral Ad Hoc. El Laudo del Tribunal Permanente de Revisión será definitivo, prevaleciendo sobre el Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc. (art. 22 del Protocolo de Olivos).

Los Laudos de revisión del Tribunal Permanente de Revisión serán inapelables y obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación, teniendo, además, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada (art. 26, aptdo. 2 del P.O.).

En materia de revisión de Laudos, en el art. 24 del P.O., *Medidas excepcionales y de urgencia*, se dispone que el Consejo del Mercado Común «podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes».

Tal como se recoge en el art. 27 del Protocolo de Olivos, la adopción de *medidas compensatorias* no exime al Estado Parte de la obligación de cumplir el Laudo Arbitral en la forma y alcance como fueron emitidos.

Son asimismo de aplicación aquí los arts. 28, *Recurso de Aclaratoria*, 29, *Plazo y modalidad de cumplimiento*, y 30, *Divergencias sobre el cumplimiento del laudo*, 31, *Facultad de aplicar medidas compensatorias*, y 32, *Facultad de cuestionar medidas compensatorias*, de los cuales ya nos ocupamos.

En cuanto a los costos, diremos que a ellos se refiere el art. 36 del Protocolo de Olivos en términos, que, como veremos, no contribuyen, por la relación directa Estado designante-árbitro, ni en el fondo ni en las formas a aumentar la independencia de los árbitros:

«1. Los gastos y honorarios ocasionados por la actividad de los árbitros serán solventados por el país que los designe y los gastos del Presidente del Tribunal Arbitral Ad Hoc serán solventados por partes iguales por los Estados partes en la controversia a menos que el Tribunal decida distribuirlos en proporción distinta.

2. Los gastos y honorarios ocasionados por la actividad de los árbitros del Tribunal Permanente de Revisión serán solventados en partes iguales por los Estados partes en la controversia, a menos que el Tribunal decida distribuirlos en proporción distinta.

3. Los gastos a que se refieren los incisos 1 y 2 del art. 36, podrán ser pagados por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur. Los pagos podrán ser realizados por intermedio de un Fondo Especial que podrán crear los Estados Partes al depositar las contribuciones relativas al presupuesto de la Secretaría Administrativa, conforme al artículo 45 del Protocolo de Ouro Preto, o al momento de iniciarse los procedimientos previstos en los Capítulos VI o VII del presente Protocolo. El Fondo será administrado por la Secretaría Administrativa del Mercosur, la cual deberá anualmente rendir cuentas a los Estados Partes sobre su utilización»<sup>38</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Por lo hasta aquí visto, debemos subrayar, habida cuenta de la naturaleza arbitral de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc de Procedimiento Arbitral Ad Hoc del Capítulo VI del P.O., del Tribunal Permanente de Revisión y de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc que se formen en el marco del Tribunal Permanente de Revisión (Art. 23 del P.O., aun con el acceso optativo al Grupo Mercado Común, que las *críticas hechas a los Tribunales Arbitrales de Brasilia*<sup>39</sup> *siguen sustancialmente en pie en relación con el Protocolo de Olivos*, tanto por lo que respecta a los *Tribunales Arbitrales Ad Hoc*, y de la fragilidad de las listas de posibles árbitros (48) y terceros árbitros (16) de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc, con sus consecuentes previsibles composiciones distintas tal como ha sucedido, salvo contadas excepciones<sup>40</sup>, en los nueve Laudos Arbitrales

38. «Los honorarios, gastos de traslado, alojamiento, viáticos y demás gastos de los árbitros serán determinados por el Grupo Mercado Común» (art. 37 del P.O.).

39. MARTÍNEZ PUÑAL, A.: *La solución de controversias en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR): estudio de sus mecanismos*; Santiago de Compostela, Primera reimpresión, 2002; *Id.*: «La Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. X, 2000, pp. 53-82; MARTÍNEZ PUÑAL, A. e SANTOS CARNEIRO, P. H.: «O futuro do Mercosul: crises econômicas e relações externas»; *Política en América Latina*, I Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, Ed. M. Alcantara, Salamanca, 2002, pp. 4506-4512.

40. En efecto, los 27 puestos de árbitros habidos (tres por cada Laudo) han sido desempeñados por 22

existentes hasta el momento, como por lo que hace al *Tribunal Permanente de Revisión*.

Decimos que las críticas han de entenderse asimismo como hechas al Tribunal Permanente de Revisión, de naturaleza arbitral, valorando los breves períodos de mandato de sus componentes, dos años –al margen de dos posibles renovaciones– los árbitros y un período no renovable de tres años su Presidente, y, asimismo, la formación previsiblemente distinta en los sucesivos casos que se vayan presentando, dada la composición de tres árbitros –de entre un máximo de cinco– que se dará en la casi totalidad de las controversias, en las cuales, como ha sucedido hasta el momento, la diferencia será habitualmente entre dos Estados Partes. Como subraya REY CARO, «no se trata de un órgano «permanente» *stricto sensu*, sino de árbitros sujetos a una «disponibilidad permanente» toda vez que como lo establece el Artículo 19 del P.O. los integrantes del Tribunal «deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se les convoque»<sup>41</sup>. Realmente más que ante algo permanente estamos ante un «tribunal disponible»<sup>42</sup>.

A nuestro juicio, tanto en el caso de los Tribunales Arbitrales como en el del Tribunal Permanente de Revisión no estamos ante foros adecuados que faciliten una interpretación uniforme del Derecho del Mercosur<sup>43</sup> por las circunstancias apuntadas, a las que se podría añadir –en relación con la temporalidad– la falta de exclusividad, de indudable relación con las garantías de independencia judicial, y, asimismo, la no inclusión en el sistema de solución de controversias de la posibilidad de planteamiento de la cuestión prejudicial, amén todo ello del irrelevante papel reservado a los particulares sean personas físicas o jurídicas, los cuales realmente podrán actuar como denunciantes pero no como verdaderos litigantes<sup>44</sup>.

personas. Les ha cabido repetir como árbitros a: J. C. BLANCO (Uruguay), Laudos I, IV y VII; A. A. ALTERINI (Argentina), Laudos II y V; L.O. BAPTISTA (Brasil), Laudos II y VIII; R. VINUESA (Argentina), Laudos II y V; E. C. BARREIRA (Argentina), Laudos III y IX; y R. OLIVERA GARCÍA (Uruguay), Laudos V y VIII. Reseñaremos aquí asimismo, las presidencias de los Tribunales Arbitrales llevadas a cabo por los españoles L. MARTÍ MINGARRO y R. ALONSO GARCÍA, en los Laudos V y IX, respectivamente.

41. REY CARO: *El Protocolo de Olivos...*, cit. p. 32.

42. DREYZIN DE KLOR: «El Protocolo de Olivos», cit., p. 608.

43. Como destaca GAJATE: «El Protocolo en análisis se suma a los fundantes de la estructura institucional: Tratados 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 contemplando su procedimiento con una suerte de «segunda instancia» a tramitar por ante el Tribunal Permanente de Revisión» (GAJATE, R. M.: «Novedades institucionales en el Mercosur». *Aportes para la Integración Latinoamericana*, Universidad Nacional de la Plata, Año VIII, N.º 7, Abril, 2002, p. 1).

44. Sostiene PEROTTI: «Sin dudas que, frente a la reticencia de algunos gobiernos para institucionalizar más el Mercosur, el documento significa un paso adelante. Sin embargo, cabe considerar: Se mantiene en esencia el sistema arbitral, esto es, los laudos obligan sólo a las partes en la controversia. La escasa posibilidad de acceso directo de los particulares, al contrario de lo que ocurre en Europa o en la zona andina, alienta el recurso a la vía judicial interna (por ejemplo, los casos de los pollos, el arroz, etc.), lo que pone en jaque la consolidación del propio bloque. Se incumple el mandato (decreto 25/00) de establecer un régimen que asegure la uniformidad en la aplicación e interpretación del derecho. Se vuelve sobre la equivocación de no regular un mecanismo para que el juez nacional pueda acceder al tribunal y obtener una interpretación que unifique los criterios acerca del derecho Mercosur. Es de resaltar, lo cual no es desconocido por los redactores del protocolo, que el 90 por ciento de las sentencias que emiten otros tribunales de procesos similares responde a consultas hechas por los jueces internos.

El déficit jurídico-institucional que puede apreciarse en el MERCOSUR genera en este ámbito de la *solución de los conflictos*<sup>45</sup>, en el marco de un Protocolo de Olivos de corte continuista, una preocupante *asimetría* en su resolución<sup>46</sup>. El MERCOSUR no dispone de un *órgano judicial permanente*, conformado por expertos en Derecho, que tengan como misión exclusiva el interpretar y aplicar de forma imparcial el Derecho creado en el marco de tal proceso regional de integración.

A nuestro juicio, procede solucionar con la reforma de las instituciones jurisdiccionales, la problemática presentada tanto en el supuesto de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* como en el del Tribunal Permanente de Revisión, Tribunal, de naturaleza Arbitral a la postre, por entender que no estamos en presencia de los mecanismos adecuados que faciliten una interpretación uniforme del Derecho del Mercosur que permita una aplicación armónica del mismo, así como por el irrelevante papel reservado a los particulares sean personas físicas o jurídicas y por encontrarnos, asimismo, ante circunstancias que van en demérito de la jurisdicción como son la imposibilidad de planteamiento de otras demandas distintas a las habidas entre Estados y de la cuestión prejudicial y, asimismo, la corta temporalidad y la falta de exclusividad de los jueces, de indudable relación con las garantías propias de la independencia judicial.-

Para ello, a nuestro entender, el establecimiento de un Tribunal de Justicia, que asegure la *uniformidad* en la *interpretación y aplicación* tanto del *Derecho originario* como del *Derecho derivado*, o incluso, llegado el caso, de aquel considerado como

Este último dato no es menor ya que, además de no existir en el ámbito interno un criterio judicial unificado (por ejemplo, fallos nacionales discordantes), las distintas soluciones jurisprudenciales llegaron al ámbito del bloque. Por citar sólo un caso: el 9 de enero último el TAH consideró que las normas brasileñas que restringen la importación de neumáticos recapados son contrarias al Tratado de Asunción: sin embargo, el 9 del corriente el Tribunal Federal de la 4ta Región (RS), siguiendo una posición consolidada en la judicatura de Brasil, convalidó tal legislación.

Además –consideración que vale para todo el Mercosur–, es objetable que el protocolo se haya elaborado luego de un año y medio de negociaciones realizadas con total hermetismo y sin participación alguna de la opinión pública, del sector privado ni de las áreas académicas.

Por último, parece ser no del todo oportuno ya que al necesitar la previa ratificación por parte de los cuatro estados, si se imitara el plazo que a tal fin insumió el de Brasilia –dos años y medio–, estaríamos muy cerca de 2006, fecha antes de la cual, según los tratados, debería adoptarse el Sistema Permanente de Solución de Controversias, que esperemos sea más sólido que el actual» (PEROTTI.: «Qué significó el Protocolo de Olivos», cit.). En vez de Decreto debemos de leer Decisión. Si todo va bien y el Protocolo entra en vigor a principios del 2004, apenas habría tiempo para apreciar la valía práctica del Protocolo salvo que se decidiera postergar la fecha del 2006, algo que al día de hoy no nos parece conveniente.

45. BERNAL-MEZA advierte: «(...) el Mercosur no ofrece hoy un marco institucional adecuado para resolver las controversias, donde la formulación de políticas permita compatibilizar todos los aspectos que permiten un desempeño económico exitoso a nivel internacional, como son las políticas macroeconómicas, el comercio intraindustrial y los marcos regulatorios, con los temas sociales y políticos» (BERNAL MEZA: *Sistema mundial y Mercosur. Globalización, Regionalismo y Políticas Exteriores Comparadas*, Buenos Aires, 2000, p. 226).

46. En relación con un efecto concreto, observa DE LA BALZE que «cuando las normas son laxas o inexistentes, el actor más grande está en mejores condiciones que los actores más pequeños para resolver o postergar los conflictos a su favor. Además, en un agrupamiento regional en el que la seguridad jurídica no ha logrado trascender la frontera de sus Estados miembros, los potenciales inversores elegirán probablemente el mayor mercado para realizar sus inversiones, ya que el acceso a ese mercado sólo estará asegurado por la buena voluntad de su gobierno» (DE LA BALZE, F.: «El destino del Mercosur: entre la unión aduanera y la «integración imperfecta»», en *El Futuro del Mercosur. Entre la retórica y el realismo*, Buenos Aires, 2000, p. 24).

*Derecho complementario*, se nos presenta como uno de los objetivos más inmediatos y de carácter preferente en el contexto del proceso de reestructuración de signo supranacionalista del sistema institucional del MERCOSUR, siendo este objetivo revisionista, en cuyo favor se ha suscitado un pronunciamiento tan generalizado, que, aunque con diferencias de orden temporal<sup>47</sup>, bien pudiéramos hablar de una auténtica *communis opinio* doctrinal respecto a la conveniencia de la creación de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR.

47. Al día de hoy, incluso para un autor poco entusiasta del Tribunal de Justicia como BAPTISTA, estaríamos ya ante un instrumento previo a aquél. En tal sentido, este autor se refería a una futura Corte Arbitral Permanente como una manifestación de evolución del actual sistema, susceptible de continuar: «(...) Na medida em que o Mercosul passasse a ser administrado por órgãos supranacionais, regulamentando e gerindo o Mercado Comum, poderíamos pensar em transformá-la numa Corte de Justiça. Seria um passo natural, decorrente de uma exigência do sistema, e que uma aproximação funcionalista da formação do Mercado Comum do Cone Sul justificaria perfeitamente» (BAPTISTA, L. O.: «Solução de divergências no MERCOSUL», *Mercosul. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*, M. BASSO, (org.), Porto Alegre, 1997, p. 183).