

TRIBUNALES ARBITRALES *AD-HOC* EN EL MERCOSUR

La Organización Internacional del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) tiene un sistema propio de solución de las controversias relativas al Derecho del MERCOSUR. En el momento presente, este sistema se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos de 18 de febrero de 2002 para la solución de controversias en el MERCOSUR (en vigor desde el 1 de enero de 2004) y en su Reglamento, que fue aprobado por la Decisión n.º 37/03 del Consejo del Mercado Común (CMC).

Al procedimiento arbitral sólo pueden acceder los Estados miembros del MERCOSUR que sean parte en una controversia sobre el Derecho del MERCOSUR que no haya sido resuelta por ningún otro procedimiento de solución previsto en el Protocolo de Olivos (véase

la voz «Laudos arbitrales en el MERCOSUR»). En este supuesto, estamos ante un procedimiento jurisdiccional que, en primera instancia se planteará ante un Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*, cuyo laudo arbitral («*arbitral award*») podrá recurrirse ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) (véase la voz «Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR»).

En la etapa inicial del procedimiento arbitral tiene una función primordial la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM), a quien corresponde recibir las comunicaciones de los Estados miembros que decidan recurrir al arbitraje; notificar inmediatamente de ello al Estado o Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común; así como las gestiones administrativas que sean necesarias para el desarrollo del procedimiento arbitral (artículo 9).

La jurisdicción de los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* que se creen es obligatoria automáticamente. Su composición es siempre de tres árbitros. Cada parte en la controversia designará un árbitro titular y otro suplente, que actuará para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa de éste en cualquier etapa del procedimiento arbitral. El árbitro titular y el suplente deben extraerse de una primera lista de 48 árbitros (ya no 40, como en el anterior Protocolo de Brasilia de 1991 para la solución de controversias en el MERCOSUR), en la que cada Estado miembro del MERCOSUR designa a 12 de ellos. En caso de que un Estado parte en la controversia no designe a sus dos árbitros (titular y suplente) en el plazo de 15 días, contados desde la fecha de la comunicación de la SAM de la decisión de un Estado miembro de recurrir al arbitraje, la SAM dispone de dos días para designarlos por sorteo de entre los árbitros propuestos por ese Estado miembro a la primera lista de árbitros.

Más compleja resulta la regulación de la elección del tercer árbitro, que desempeñará la Presidencia de cada Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* que se cree. Los Estados parte en la controversia disponen del mismo plazo

de 15 días para designar, de común acuerdo, a un tercer árbitro y a su suplente, cuya actuación está igualmente prevista para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa de éste en cualquier etapa del procedimiento arbitral. La elección, por común acuerdo, del tercer árbitro y de su suplente, está sometida a dos requisitos, como son el no poder ser nacional de ninguna de las partes en la controversia, requisito que no se exigía en el anterior Protocolo de Brasilia, y el tener que ser elegido de una segunda lista de árbitros conocida como «lista de terceros árbitros». Para la constitución de esta segunda lista, cada Estado miembro propondrá cuatro candidatos para integrar la «lista de terceros árbitros». Llama la atención que, al menos uno de los árbitros indicados por cada Estado miembro para esta lista, no deba ser nacional de ninguno de los Estados miembros del MERCOSUR. Este elemento de «extranjería» respecto del MERCOSUR puede crear problemas prácticos en la designación de terceros árbitros, ya que absolutamente todos los árbitros deben ser «juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del MERCOSUR» (artículo 35).

Curiosamente, si en el plazo previsto no se llega a un común acuerdo para la designación del tercer árbitro y de su suplente, no por ello la SAM adquiere competencias automáticas para su designación supletoria. Sólo si una parte en la controversia lo solicita, y no hay previsión de plazo para ello, la SAM procederá a su designación (sin que exista tampoco ningún plazo previsto para que así lo haga) por sorteo de entre la «lista de terceros árbitros», una vez excluidos los nacionales de los Estados parte en la controversia. Esta parca reglamentación crea facultades dilatorias y de bloqueo en la constitución de cada Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*, que no cuadran bien con la perentoriedad de los plazos de los diversos procedimientos de solución de controversias del MERCOSUR. Complica esta situación el que la SAM sólo pueda designar por sorteo al tercer árbitro titular y no a su suplente. La designación supletoria por la SAM del tercer árbitro suplente tampoco estuvo prevista en el anterior Protocolo de Brasilia y también fue su Reglamento el que suplió esta la-

guna. Esta situación se debió haber corregido en el Protocolo de Olivos. Los designados como terceros árbitros disponen de un plazo máximo de tres días para comunicar, suponemos que a la SAM, la aceptación de su designación para actuar en una controversia. Esta previsión no existe para el caso de los árbitros designados unilateralmente por las partes en la controversia.

Respecto de las dos listas de árbitros mencionadas, el Protocolo de Olivos introduce una novedad hasta ahora desconocida en la práctica del arbitraje internacional entre Estados. Así, respecto de la primera lista de 48 árbitros, cada Estado, al designarlos, debe notificar el *curriculum vitae* detallado de sus candidatos a la SAM y a los demás Estados miembros del MERCOSUR. La novedad consiste en que se concede a cada Estado miembro la posibilidad de «solicitar aclaraciones» sobre las personas designadas por otros Estados miembros, durante un plazo de 30 días. En nuestra opinión, tan parca reglamentación no deja de suscitar interrogantes en una materia que normalmente queda a la discrecionalidad exclusiva del Estado que los designa, pues no se indica cuáles son las consecuencias de que se soliciten tales «aclaraciones», ni si hay obligación de respuesta y el plazo para ello, ni los aspectos de la persona de los árbitros sobre los que se pueden solicitar «aclaraciones». El Reglamento del Protocolo de Olivos únicamente añade que estas «aclaraciones (...) deberán ser respondidas» por el Estado miembro que los designó, en un plazo de 15 días (artículo 22). No se prevé consecuencia alguna, ni de las aclaraciones solicitadas, ni de las respuestas emitidas. Además, aunque se establece que la SAM tiene la obligación de notificar a todos los Estados miembros la lista consolidada de árbitros, el hecho de que algún Estado solicite «aclaraciones» introduce, en nuestra opinión, un elemento de incertidumbre acerca del momento en el que se debe considerar consolidada la lista definitiva de árbitros.

Respecto de la «lista de terceros árbitros», ocurre algo similar, ya que la Presidencia *Pro Tempore* deberá notificarla a los demás Estados miem-

bros, acompañada de los respectivos currícula. También todos los Estados miembros disponen de un plazo de 30 días para «solicitar aclaraciones respecto de las personas propuestas por los demás Estados miembros o presentar objeciones justificadas a los candidatos indicados». Las dudas indicadas anteriormente para la primera lista de árbitros se vuelven a repetir, aunque al menos en este caso sí se indica que las «aclaraciones» u «objeciones» deben referirse a las condiciones que deben cumplir todos los árbitros, previstas en el artículo 35 del Protocolo de Olivos. No obstante, en este caso, las dudas se agravan porque en el supuesto de que se presenten objeciones, si no se llega a una solución con el Estado proponente en un plazo de 30 días, «prevalecerá la objeción». Solución que en nuestra opinión parece algo radical, ya que si el Estado objetor se mantiene inflexible, se le está reconociendo por esta vía un auténtico derecho de veto.

En materia de procedimiento arbitral no ha habido grandes progresos. Cada Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* que se constituya dictará sus propias reglas de procedimiento, tomando como referencia las Reglas Modelo cuya aprobación se delega en el CMC y que se concretaron en la Decisión CMC n.º 30/04. Las reglas que se adopten en cada caso deben garantizar que cada una de las partes en la controversia «tenga plena oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos», asegurando además que los procesos se realicen de forma expedita (artículo 51). Existen algunas indicaciones adicionales. Por ejemplo, conforme al artículo 14, los escritos de demanda y de respuesta deben informar al Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* de las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y contener una exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de las respectivas posiciones. En estos escritos debe quedar definitivamente fijado el objeto de la controversia, que debe coincidir con las cuestiones que fueron consideradas en las etapas anteriores. Todos los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* podrán, a instancia de parte, dictar medidas provisionales si existe riesgo de ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia. Estas medidas provisionales, si se recurre en revisión, se mantendrán hasta que el

TPR resuelva sobre ellas en su primera reunión (artículo 15). El plazo para dictar el laudo arbitral (véase la voz «Laudos arbitrales en el MERCOSUR») es de 60 días, prorrogable por decisión del Tribunal por un plazo máximo de 30 días (artículo 16).

Los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* tienen la facultad de dictar su laudo sobre la base del Derecho (normativa del MERCOSUR y principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia, *ex artículo 34*) o de decidir la controversia *ex aequo et bono*, es decir, según equidad, si las partes así lo acuerdan.

*(Autor: Valentín Bou Franch. Catedrático de Derecho Internacional/
U. de Valencia).*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AMIN FERRAZ, DANIEL y Sandra PICART GARCÍA. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversia en el MERCOSUR». En BOU FRANCH, Valentín. (Coord.). *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. BOU FRANCH, Valentín. «Los procedimientos de solución de controversias en el MERCOSUR». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2007, n.º 2, pp. 257-308. REY CARO, Ernesto José. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, p. 100. MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio. «El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en MERCOSUR: una reforma en clave continuista». *Anuario de Derecho Europeo*, 2003, n.º3, pp. 177-198. DREYZIN DE KLOR, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, n.º 3, pp. 69-105.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Laudos arbitrales en el MERCOSUR. Medidas compensatorias en el MERCOSUR. Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR.