

LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

*Valentín Bou Franch**

Sumario: I. Evolución histórica de los procedimientos de solución de controversias en el MERCOSUR.— I.1. El Tratado de Asunción.— I.2. El Protocolo de Brasilia.— I.3. El Protocolo de Ouro Preto.— II. Hacia el Protocolo de Olivos.— III. El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR.— III.1. La solución de controversias entre Estados Partes.— III.1.1. Los procedimientos previstos para su solución.— III.1.2. El procedimiento de revisión.— III.1.3. Los laudos arbitrales y las medidas compensatorias.— III.2. La solución de los reclamos de particulares.— IV. Consideraciones finales.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

I.1. El Tratado de Asunción

Aunque ya antes de la creación del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) existían importantes antecedentes americanos de procedimientos de solución de controversias,¹ este tema en el

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Valencia, España.

¹ Además del sistema interamericano de protección de los derechos fundamentales, otros antecedentes americanos sobre procedimientos de solución de controversias se habían desarrollado ya por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, por la Asociación Latinoamericana de Integración, el Tribunal de Justicia del Pacto Andino, la Corte Centroamericana de Justicia o en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre otros.

MERCOSUR sólo fue regulado, con carácter provisional o interino, con la adopción del Tratado para la constitución del MERCOSUR (Asunción, 26-III-1991), celebrado entre Argentina y Brasil, al que luego se adhirieron Paraguay y Uruguay.² En su artículo 3 y, sobre todo, en su Anexo III, se reguló un «Sistema de Solución de Controversias» que abarcaba distintos procedimientos de solución, de aplicación gradual, aunque siempre bajo la nota de la provisionalidad. En este sentido, su Anexo III preveía que, en los primeros 120 días de vigencia del Tratado de Asunción, el Grupo Mercado Común (GMC) debía proponer a los Estados Partes un «Sistema de Solución de Controversias» que regiría durante el período transitorio y que, a su vez, antes del 31-XII-1994, los Estados Partes deberían adoptar un «Sistema Permanente de Solución de Controversias» para el MERCOSUR.

En el Anexo III del Tratado de Asunción los medios de solución de controversias previstos fueron muy poco innovadores. En primer lugar, se debía proceder a las negociaciones diplomáticas directas entre los Estados Partes entre quienes surgiera una controversia sobre la aplicación del Tratado de Asunción. Si por este medio no se alcanzaba un acuerdo, y no se fijaba plazo alguno para ello, la controversia debía someterse al GMC, quien disponía de 60 días para formular una recomendación al respecto. Con el fin de disponer de asesoramiento técnico, el GMC podía convocar, si lo estimaba necesario, a un panel de expertos o a un grupo de peritos. Si en esta instancia tampoco se alcanzaba una solución, la controversia se elevaba al Consejo Mercado Común (CMC), órgano que también podía efectuar recomendaciones, sin tener tampoco señalado plazo para ello. Estos procedimientos de solución de controversias fueron criticados por ser demasiado débiles, ya que las recomendaciones del GMC y del CMC debían adoptarse por consenso de todos sus miembros, incluidos los Estados partes en la controversia. Además,

² El texto del Tratado de Asunción, así como el de los demás actos jurídicos que constituyen el Derecho del MERCOSUR, están disponibles en la dirección de Internet <<http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>>.

tenían un ámbito de aplicación muy reducido, pues se limitaban únicamente a las controversias interestatales, sin abarcar a las reclamaciones de los particulares.³

I.2. El Protocolo de Brasilia

La siguiente etapa estuvo representada por la adopción del Protocolo para la solución de controversias (Brasilia, 17-XII-1991), en vigor desde abril de 1993. Según reza su preámbulo, el Protocolo de Brasilia «regirá durante el período de transición»⁴ y se aplica a las controversias que surjan «sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del CMC y de las resoluciones del GMC» (artículo 1).

Una novedad importante respecto del Tratado de Asunción consiste en que el Protocolo de Brasilia se aplica tanto a las controversias estatales como a los «reclamos de particulares» (personas físicas o jurídicas). Respecto de las controversias estatales, y siguiendo el modelo anterior, establece una combinación de tres medios o

³ Véase: CAPPELETTI VIDAL, R., «La solución de controversias en el Tratado de Asunción (MERCOSUR)», *Asociación de Ciencia Política y Relaciones Internacionales del Uruguay*, 8/50, 1991; DE ALMEIDA, P.A., «Solução de controvérsias no MERCOSUL. Comentários ao Protocolo de Brasília», *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 45/77-78, 1992, p. 6; BOLDORINI, M. C., «Protocolo de Brasilia para la solución de controversias», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 6 (Santa Fe, Argentina), 1994, pp. 475-476; ZEBALLOS, C., «El Protocolo de Brasilia: comentarios». En *Integración Latinoamericana*, Buenos Aires: INTAL, 1992, pp. 51-52.

⁴ Según su artículo 34, este «Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común al que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción». Disposición que, como se verá, no se ha cumplido. Véase Arbuet Vignali, H., «La solución de controversias en el MERCOSUR. Un aspecto esencial aún sin resolver». En *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en honor del Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1994, vol. 2.

procedimientos de solución de aplicación progresiva. El primero, de carácter obligatorio, consiste en las negociaciones directas entre los Estados partes en una controversia que, salvo acuerdo entre las partes en la controversia, no podrán exceder de 15 días contados desde que se planteara la controversia (capítulo II). El segundo procedimiento de solución, también obligatorio y de carácter marcadamente institucional, consiste en que, si por la vía de las negociaciones directas no se solucionó completamente la controversia, cualquiera de las partes podrá someterla a la consideración del GMC. Este órgano dispone de un plazo de 30 días para formular recomendaciones tendentes a la solución del diferendo, teniendo que oír a ambas partes y pudiendo requerir el asesoramiento de expertos (capítulo III).⁵ La gran novedad del Protocolo de Brasilia consiste en el tercer y último procedimiento de solución, pues su capítulo IV contempla un procedimiento arbitral, con lo que se instituyó por primera vez la jurisdiccionalización de las controversias en el MERCOSUR.

Al procedimiento arbitral sólo se puede acceder cuando la controversia no haya sido resuelta por los otros dos medios previstos. La jurisdicción de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* que se creen es obligatoria automáticamente, sin necesidad de ningún compromiso arbitral adicional. Cada Tribunal Arbitral *ad hoc* estará constituido por 3 árbitros. Cada Estado Parte designará 10 árbitros, que deberán ser juristas de reconocida competencia. Éstos integrarán una lista que queda registrada en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

⁵ Éstos se extraen de una lista de expertos designados por los Estados Partes para ser utilizada en el procedimiento de solución de controversias previsto para los reclamos de los particulares. Resulta criticable que las recomendaciones que formule el GMC no sean obligatorias para las partes en la controversia, lo que afecta a la eficacia de este segundo procedimiento de solución del Protocolo de Brasilia. Véase en este sentido MELLO, C. D. A., *Direito Internacional da Integração*, Río de Janeiro: Renovar, 1996, p. 306; AMIN FERRAZ, D.; PICART GARCÍA, S. M., «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversias en el MERCOSUR». En: V. BOU FRANCH (coord.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 563.

SUR (SAM). Para la constitución de los tribunales *ad hoc*, cada Estado parte en la controversia designará un árbitro titular y otro suplente de la lista de árbitros. El tercer árbitro, que no podrá ser nacional de los Estados litigantes, será designado de común acuerdo por ellos y presidirá el Tribunal Arbitral. Si en el plazo de 15 días no se hubiere designado a los árbitros, se reconocen competencias a la SAM para suplir la acción de los Estados partes en la controversia.⁶

El Protocolo de Brasilia no ha previsto un procedimiento arbitral uniforme para todos los tribunales *ad hoc* que se constituyan. Las únicas previsiones al respecto consisten en que cada Tribunal Arbitral deberá adoptar sus propias reglas de procedimiento que, en todo caso, garantizarán a cada una de las partes el derecho a ser escuchada y a presentar pruebas y argumentos, asegurando que los procesos se realizarán en forma expedita. A los Tribunales Arbitrales se les reconoce la posibilidad de dictar su laudo sobre la base del Derecho⁷ o mediante la denominada jurisdicción de equidad, «si las partes así lo convinieren». En cualquier caso, el Tribunal Arbitral dispone de un plazo de 60 días, prorrogable por un máximo de 30 días, para dictar por mayoría su laudo, sin que se puedan formular votos disidentes. Los laudos son obligatorios para los Estados Partes en la controversia, pues gozan del efecto de cosa juzgada, y son inapelables, aunque caben tanto las solicitudes de aclaración de su contenido como las de interpretación sobre la forma de su cumpli-

⁶ Si en el plazo citado un Estado parte en la controversia no hubiere nombrado a su árbitro, lo designará la SAM de entre los árbitros de ese Estado, según el orden establecido en la lista respectiva. Si al que no se ha designado por falta de acuerdo es al tercer árbitro, a petición de cualquier Estado parte en la controversia la SAM lo designará por sorteo de entre una lista de 16 árbitros confeccionada por el GMC.

⁷ El Derecho aplicable, según su artículo 19, es las disposiciones del Tratado de Asunción y de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC, así como los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia.

miento. Ambas solicitudes deberán plantearse y dirimirse en sendos plazos máximos de 15 días.⁸

En cuanto a los «reclamos» de los particulares, cabe destacar que el Protocolo de Brasilia sólo reconoce a las personas físicas o jurídicas un mero derecho de iniciativa, y no un auténtico *ius standi* ante el Tribunal Arbitral *ad hoc* que se cree.⁹ Este derecho de iniciativa, bastante limitado, se reconoce únicamente a los particulares afectados, lo que implica la existencia de un perjuicio, por la sanción o aplicación estatal «de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación» del Derecho del MERCOSUR.¹⁰ Los «reclamos» de los particulares deben formalizarse ante la Sección Nacional en el GMC del Estado Parte donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios.¹¹ Para la admisión de los reclamos de los particulares, estas Secciones Nacionales deberán determinar, *prima facie*, la verosi-

⁸ El Protocolo de Brasilia prevé la posibilidad de sanciones descentralizadas en caso de que un Estado parte en la controversia no cumpla un laudo en un plazo de 30 días. En tal evento, los otros Estados partes en la controversia podrán adoptar «medidas compensatorias temporales», tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento. Regulación que resulta sumamente parca y que ocasionó numerosos problemas prácticos de difícil solución.

⁹ DAVEREDE, A., «El sistema de solución de controversias en el MERCOSUR». En *La Ley* (Buenos Aires), 83, 1992, p. 2; HALPERIN, M., «Los particulares y el MERCOSUR: el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias». En *Integración Latinoamericana*. Buenos Aires: INTAL, 1992.

¹⁰ Como en el caso de las controversias estatales, se trata del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del CMC o de las resoluciones del GMC.

¹¹ De la redacción del artículo 26 parece desprenderse que el criterio de la residencia habitual es el que rige para los reclamos de las personas físicas, mientras que el criterio de la sede de sus negocios sería válido para los reclamos de las personas jurídicas. Esta disposición no contempla expresamente la posibilidad de que una persona resida en un Estado Parte y tenga sus negocios en otro Estado Parte. En este caso, parece que lo más lógico sería reconocer al particular un derecho de opción entre las Secciones Nacionales respectivas del

militud de la violación y la existencia de un perjuicio para el particular, debiendo igualmente comprobar que el objeto del reclamo no sea el mismo que el sometido previamente a uno de los procedimientos de solución previstos para las controversias estatales.

Una vez admitida una reclamación particular, la Sección Nacional del GMC tiene la opción, en consulta con el particular afectado, ya sea de entablar contactos directos con la Sección Nacional del GMC del Estado Parte al que se atribuye la violación¹² para buscar, mediante consultas, una solución inmediata a la cuestión planteada, ya sea de elevar el reclamo sin más trámites al GMC.¹³ En caso de optar por la primera vía, y si la cuestión no se resolviera en un plazo de 15 días, la Sección Nacional que inició el procedimiento todavía podría, a solicitud del particular afectado, elevarla sin más trámite al GMC. El GMC debe realizar un segundo examen sobre la admisibilidad del reclamo del particular, que puede resultar excesivo,¹⁴ toda vez que si la misma no resulta rechazada el GMC debe

GMC. Sobre este particular, véase: REY CARO, E.J., «Los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias en el MERCOSUR. Antecedentes, realidad y perspectivas». En PUEYO LOSA Y REY CARO (coords.), *MERCOSUR. Nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2000, pp. 130-131.

¹² El sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia no contempla las posibles controversias que surjan en las relaciones entre particulares por la aplicación del Derecho del MERCOSUR. En consecuencia, para que se aplique el Protocolo de Brasilia, los reclamos de los particulares deben dirigirse, necesariamente, contra un Estado Parte.

¹³ Aunque el artículo 27 establece claramente esta opción no condicionada, DREYZIN DE KLOR, A., *MERCOSUR. Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires: Ed. Zavalía, 1997, pp. 157-157, ha defendido la conveniencia de respetar el orden de las alternativas existentes.

¹⁴ No se ha previsto ningún mecanismo o recurso de apelación o revisión en caso de que el GMC rechace el reclamo de un particular, por lo que hay que entender que su rechazo es definitivo. El hecho de que en esta decisión del GMC participe el Estado demandado, y no el particular afectado, rompe el principio de igualdad procesal de las partes en perjuicio de los particulares.

convocar de inmediato a un grupo de expertos¹⁵ para que, por tercera vez, dictamine en un plazo improrrogable de 30 días acerca de su procedencia.

Si el dictamen del grupo de expertos ratificara por tercera vez la procedencia del reclamo del particular contra un Estado Parte,¹⁶ las consecuencias que de ello se derivan no dejan de ser sorprendentes. Cualquier otro Estado Parte, nunca el particular afectado, podrá requerir al Estado Parte infractor la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si tal requerimiento no prosperase antes de 15 días, el Estado Parte que lo efectuó, y nunca el particular afectado ni otro Estado Parte, podrá (o no) recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto para las controversias estatales. Estas facultades otorgadas a otros Estados Partes en el Protocolo que no son partes en la controversia resultan novedosas, habiéndose sostenido incluso que contribuyen a asegurar la efectividad del dictamen del grupo de expertos.¹⁷ No obstante, lo cierto es que estas facultades enmascaran el proceso de metamorfosis o de estatalización de los reclamos de los particulares en la etapa decisiva del procedimiento de solución de la controversia, no reconociendo

¹⁵ El grupo de expertos estará compuesto por 3 miembros designados por el GMC de una lista de 24 expertos de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia, nombrados a razón de 6 por cada Estado Parte. El Protocolo de Brasilia no exige expresamente que estos «expertos» sean «juristas» de reconocida competencia, ya que es suficiente con que tengan una experiencia acreditada en «las cuestiones que puedan ser objeto de la controversias». En todo caso, la designación exclusivamente estatal de los expertos sitúa a los particulares reclamantes en clara situación de desigualdad o desventaja procesal.

¹⁶ No se indica si el dictamen del grupo de expertos es obligatorio, aunque cabría presumir que no, debido precisamente a la falta de previsión expresa sobre este punto. El Protocolo de Brasilia tampoco especifica las consecuencias de que el dictamen sea desfavorable para los intereses del particular afectado, aunque se debe presumir que ello significa el fin del procedimiento de los reclamos de los particulares.

¹⁷ REY CARO, E. J. *La solución de controversias en los procesos de integración en América. El MERCOSUR*, Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1998, p. 62.

do a los particulares, en consecuencia, un auténtico *ius standi* en el procedimiento arbitral que hubiera garantizado mucho más la efectividad de tales dictámenes.

Aunque se ha destacado la flexibilidad de los procedimientos de solución de controversias previstos para el MERCOSUR, así como la celeridad de estos procedimientos derivada de la existencia de plazos breves y perentorios, cabe cuestionarse si el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia es el más adecuado, pese a su carácter provisional o transitorio, para una organización que se pretende de integración económica. Es evidente que en el Protocolo de Brasilia existen importantes lagunas, al no haberse previsto un recurso de anulación, ni una excepción de legalidad, que permitan controlar la legalidad de los actos jurídicos de los órganos del MERCOSUR o al no haberse regulado ningún recurso que coordine la aplicación del Derecho del MERCOSUR por los tribunales nacionales con los procedimientos de solución de este Protocolo, como pudiera ser una cuestión prejudicial o un recurso de casación.¹⁸ Otras características de este sistema de solución de controversias, como las muy limitadas posibilidades que se ofrecen a los particulares a la hora de reclamar;¹⁹ el reconocimiento de la imposición de sanciones descentralizadas por los incumplimientos que se constaten que, además, están exentas de control jurisdiccional; o la alta posibilidad de que los distintos Tribunales Arbitrales *ad hoc* que se creen mantengan doctrinas judiciales distintas, incluso contradictorias, sin que se haya previsto ningún recurso de apelación ni de armonización de doctrina judicial, generan grandes dudas acerca de si el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia constituye una herramienta de avance en la integración

¹⁸ Véanse las interesantes observaciones de DREYZIN DE KLOR, A. «La aplicación judicial del Derecho del MERCOSUR». En: ZLATA DRNAS DE CLIMENT (coord.), *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, vol. 2, pp. 1379-1398.

¹⁹ DE ALMEIDA, E.A.P., *MERCOSUL e União Européia: Estrutura Jurídico-Institucional*. Curitiba: Juruá ed., 1996, p. 161.

económica a la que aspira el MERCOSUR o si es un freno a la misma, que evidencia la existencia de fuertes reticencias estatales hacia la instauración de un sistema jurisdiccional permanente de solución de controversias para el MERCOSUR.

I.3. El Protocolo de Ouro Preto

Una reforma de menor calado de los procedimientos de solución de controversias del MERCOSUR tuvo lugar con motivo de la adopción del Protocolo adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del MERCOSUR (Ouro Preto, 1994), caracterizado igualmente por la nota de la interinidad.²⁰ Como consecuencia de que en la estructura institucional del MERCOSUR se crease la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), las controversias estatales o los reclamos de los particulares sobre las directivas de la CCM se sometieron igualmente a los procedimientos de solución del Protocolo de Brasilia (artículo 43), con algunas peculiaridades que se detallan en el «Anexo al Protocolo de Ouro Preto, sobre el procedimiento general para reclamaciones ante la CCM».

Según este Anexo, el Estado Parte reclamante presentará su reclamación ante la Presidencia *Pro-Tempore* de la CCM, quien incorporará el tema en la agenda de la siguiente reunión de la CCM. Si en dicha reunión no se adoptara una decisión, se remitirá la controversia a un Comité Técnico (art. 2). Este Comité Técnico, en el plazo de 30 días, debe emitir un dictamen conjunto o, en su defecto, unas conclusiones,

²⁰ Pese a que en el Tratado de Asunción los Estados Partes se comprometieron a adoptar un sistema de carácter permanente de solución de controversias antes del 31-XII-2004, el artículo 44 del Protocolo de Ouro Preto, adoptado en el mismo año 2004, amplió este plazo al afirmar que: «Antes de culminar el proceso de convergencia del Arancel Externo Común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción del sistema permanente a que se refiere el ítem 3 del Anexo III del Tratado de Asunción, y el artículo 34 del Protocolo de Brasilia».

que serán tomadas en cuenta por la CCM al decidir sobre la reclamación (artículo 3). La CCM deberá decidir sobre esta controversia en su primera reunión posterior a la recepción del dictamen conjunto o de las conclusiones (artículo 4), previéndose dos posibilidades. En primer lugar, si en la reunión de la CCM no se alcanza un consenso, se elevarán al GMC las distintas alternativas propuestas, así como el dictamen conjunto o las conclusiones de los expertos del Comité Técnico, para que en un plazo de 30 días decida al respecto (art. 5). Si, a su vez, en el GMC tampoco se alcanzara un consenso, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral del Protocolo de Brasilia (art. 7). En segundo lugar, si hubiera consenso sobre la procedencia de la reclamación, el Estado Parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas por la CCM, o el GMC en su caso, en el plazo que estos órganos hayan previsto. Transcurrido el mismo sin que el Estado reclamado haya cumplido la decisión de la CCM, o del GMC en su defecto, el Estado reclamante también podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto en el Protocolo de Brasilia (art. 6). En cualquiera de los dos casos, el Tribunal Arbitral *ad hoc* que se cree deberá emitir su laudo en un plazo de 15 días.

Este procedimiento ante la CCM previsto en el Anexo del Protocolo de Ouro Preto también presenta evidentes lagunas. Aunque el artículo 1 hace referencia a que este Anexo también se aplica a los reclamos de particulares (personas físicas o jurídicas), en el resto de su articulado no se especifica procedimiento alguno para los mismos. Tampoco se ha previsto cómo se elegirán, y en qué número, a los expertos que deben integrar el Comité Técnico, amén de no indicar si los «expertos» deben ser «juristas» de reconocida competencia o expertos en otras materias. Además, los procedimientos de solución se basan en que haya o no consenso en la CCM, o en el GMC en su defecto, pero nada se especifica para el caso de que el GMC no se pronuncie en el plazo previsto y no se sepa, en consecuencia, si existe o no tal consenso.²¹

²¹ Sobre el Protocolo de Ouro Preto, véase ARBUET VIGNALI, H. «La solución de controversias en el MERCOSUR después del Protocolo de Ouro Preto», *Re-*

II. HACIA EL PROTOCOLO DE OLIVOS

Los procedimientos de solución de controversias diseñados por el Protocolo de Brasilia sirvieron para solucionar bastantes controversias que se suscitaron entre los Estados Partes en el MERCOSUR. Sin embargo, desde un primer momento, muchos estudios doctrinales pusieron de relieve la necesidad de introducir algunas modificaciones que suplieran omisiones iniciales e, incluso, deficiencias que se advirtieron como consecuencia de la aplicación de sus disposiciones, llegando a formular numerosas propuestas para el perfeccionamiento de tales procedimientos de solución.²²

Además, el estancamiento del MERCOSUR en los últimos años del siglo pasado motivó que sus Estados Partes decidieran promover un «relanzamiento» del proceso integrador, en el que se incluía a su vez el perfeccionamiento de sus procedimientos de solución de controversias. Para ello, el CMC adoptó la Decisión número 25/00, en la que ordenó al GMC que, a través del Grupo *ad hoc* Aspectos Institucionales, analizara y presentara, antes del 10-XII-2000, «una propuesta integral sobre el perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia de 1991». Para lograr tal «perfeccionamiento», la Decisión número 25/00 dispuso que el Grupo *ad hoc* debía, entre otros, abordar los siguientes temas: 1) el perfeccionamiento de la etapa posterior al laudo arbitral y, en concreto, los temas del cumplimiento de los laudos y de la cuantía de las medidas compensatorias; 2) la elaboración de criterios para la conformación de las listas de expertos y árbitros, así como para su designación en cada caso concreto; 3) asegurar una mayor estabilidad a los árbitros; 4) buscar alternativas

vista de Ciencias Jurídicas y Sociales, (Santa Fe, Argentina), 123, 1995; PÉREZ OTEMÍN, J., *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos jurídico-institucionales*, Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 1995; REY CARO, E. J., *La solución de controversias en los procesos de integración en América. El MERCOSUR*, op. cit., pp. 64-67; etc.

²² Véase, a título de ejemplo, EKMEKDJIAN, M. A., «Anteproyecto de Protocolo modificador del Protocolo de Brasilia y OURO PRETO», *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (Santa Fe, Argentina), 123, 1995.

para lograr una interpretación uniforme de la normativa del MERCOSUR; y 5) proponer mecanismos para agilizar los procedimientos existentes y aplicar procedimientos sumarios para casos determinados.

Procede observar que el mandato del Grupo *ad hoc* no fue el de preparar el siempre anunciado sistema permanente de solución de controversias para el MERCOSUR, sino que los Estados Partes decidieron concretar el «relanzamiento» del MERCOSUR a través de un mero «perfeccionamiento» de los procedimientos de solución de controversias previstos en el Protocolo de Brasilia, postergando una vez más la elaboración de su sistema permanente de solución de controversias. En consecuencia, el futuro Protocolo de Olivos nació configurado como una reforma limitada y provisional, aunque importante, de los procedimientos de solución de controversias ya existentes.

En coherencia con el mandato recibido, el Grupo *ad hoc* presentó un «Proyecto de Perfeccionamiento», cuyas principales propuestas fueron las siguientes: 1) la reducción de los tres medios o procedimientos de solución de controversias contemplados en el Protocolo de Brasilia (negociaciones directas entre las partes en la controversia, intervención mediadora del GMC y constitución de un Tribunal Arbitral *ad hoc*) a dos, eliminando la intervención obligatoria del GMC; 2) la creación de una lista específica de terceros árbitros, que ocuparían la presidencia del Tribunal, con la finalidad de conferir mayor calidad y uniformidad a los laudos arbitrales; 3) la creación de un tribunal de apelación, constituido por cinco árbitros; y 4) la regulación de la fase posterior a la emisión del laudo arbitral, relativa a la aplicación del laudo y a las cuantías de las compensaciones.²³

Posteriormente, el CMC adoptó la Decisión número 65/00, por la que se estableció un «Grupo de Alto Nivel» (GAN), al que se le

²³ REY CARO, E. J., *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, p. 11.

encargó la elaboración de un texto articulado. El GAN se reunió en Asunción y en Montevideo, presentando finalmente un Proyecto de protocolo,²⁴ que fue el embrión del Protocolo para la solución de controversias en el MERCOSUR (Olivos, Argentina, 18-II-2002. En vigor desde el 1 de enero de 2004).

III. EL PROTOCOLO DE OLIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

El Protocolo de Olivos es una fase más, aunque por el momento la última, en la evolución histórica de los procedimientos de solución de controversias en el MERCOSUR, que no se puede identificar con el siempre anunciado, aunque postergado, «Sistema Permanente de Solución de Controversias» para el MERCOSUR.²⁵ Como ya hiciera el Protocolo de Brasilia, el Protocolo de Olivos también distingue, a la hora de su solución, entre controversias estatales y «reclamos» de particulares.

III.1. La solución de controversias entre Estados Partes

El artículo 1 regula el ámbito de aplicación del Protocolo de Olivos. Conforme a su numeral 1, se someten a los procedimientos previstos en este Protocolo «las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento» del Derecho del MERCOSUR. A diferencia del artículo 1 del Protocolo de Brasilia, ahora integran también el Derecho del MERCOSUR el Protocolo de Ouro Preto y las directivas de la CCM, cuya adopción

²⁴ Doc. MERCOSUR/GANPSSC/DT n.º 1/01.

²⁵ El artículo 53 del Protocolo de Olivos, titulado «Revisión del sistema», es del siguiente tenor: «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».

y creación respectivas fueron posteriores a 1991. Llama la atención que, entre los instrumentos jurídicos sobre los que pueda versar una controversia, no se mencione explícitamente al propio Protocolo de Olivos, pues su inclusión supondría el reconocimiento expreso de que los diversos procedimientos de solución que se contemplan tendrían la competencia para pronunciarse sobre las divergencias procesales que surjan de las mismas normas que regulan estos procedimientos de solución. No creemos que su omisión impida conocer de estas controversias, aunque hubiera resultado conveniente su previsión explícita.

La novedad más importante del artículo 1 respecto del Protocolo de Brasilia se encuentra en su numeral 2, al prever una serie de normas mínimas²⁶ relativas a las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del Protocolo de Olivos «que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR». En este caso, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro y, a falta de tal acuerdo, la parte demandante retiene el derecho de elegir en cuál de los foros posibles presentará su reclamación.²⁷ Como garantía mínima se establece que, «una vez iniciado el procedimiento de

²⁶ El párrafo 3 del numeral 2 otorga competencias al CMC para reglamentar los aspectos relativos a la opción de foro «en el marco de lo establecido en este numeral».

²⁷ El Reglamento del Protocolo de Olivos atenúa este unilateralismo, al disponer que: «Si un Estado Parte decidiera someter una controversia a un sistema de solución de controversias distinto al establecido en el Protocolo de Olivos, deberá informar al otro Estado Parte el foro elegido. Si en el plazo de 15 días, contados a partir de dicha notificación, las partes no acordaran someter la controversia a otro foro, la parte demandada podrá ejercer su opción, comunicando esa decisión a la parte demandada y al GMC» (artículo 1.1). El Reglamento del Protocolo de Olivos figura como anexo de la Decisión del CMC n.º 37/03. Véase el documento MERCOSUR/CMC/DEC. n.º 37/03 (Montevideo, 15-XII-2003).

solución de controversias [...], ninguna de las dos partes podrá recurrir a los mecanismos [de solución de controversias] establecidos en los otros foros» para la misma controversia.²⁸

Creemos que estas disposiciones no evitan los problemas de compatibilidad ni de solapamiento con los mecanismos de solución de controversias previstos en el «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias» (ESD), que es el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se constituye la OMC. En efecto, los mecanismos de solución de controversias previstos en el ESD se incardinan en un sistema «multilateral» de comercio que ofrece amplias perspectivas de participación a Estados terceros a la controversia pero miembros de la OMC. Debe recordarse, a estos efectos, que los mecanismos de solución de controversias previstos en el ESD se inician con el procedimiento de «consultas», es decir, con la negociación diplomática directa de carácter bilateral entre los Estados partes en una diferencia. Ahora bien, el escrito de solicitud de celebración de consultas deberá notificarse no sólo al Estado demandado, sino también al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC y a los Consejos y Comités correspondientes (artículo 4.4 del ESD), reconociéndose expresamente a todo Estado Parte en la OMC que tenga «un interés comercial sustancial en las mismas» el derecho a participar como tercero en estas «consultas» iniciales (art. 4.11 del ESD), ante los grupos especiales (artículo 10.2 del ESD) o ante el propio Órgano de Apelación (artículo 17.4 del ESD).²⁹ Disposiciones que,

²⁸ El Protocolo de Olivos ha mejorado ostensiblemente la redacción del Proyecto de protocolo preparado por el GAN, en el que se previó una solución parecida, aunque no contemplaba expresamente la posibilidad de elegir el foro de común acuerdo y se limitaba únicamente a las controversias «con relación a una norma de la OMC que haya sido incorporada a la normativa del MERCOSUR», sin mencionar la posibilidad de acudir a «otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR».

²⁹ Véase, en general, BOU FRANCH, V., «El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio». En V. BOU FRANCH (coord.), *Nue-*

en la práctica de la OMC, han sido interpretadas muy ampliamente.³⁰

Por ello creemos que la solución adoptada por el Protocolo de Olivos no es la más conveniente en la práctica. La creciente y continuada globalización de las relaciones comerciales internacionales hacen aconsejable que, cuando una misma controversia comercial pueda ser sometida simultáneamente a los procedimientos de solución tanto del MERCOSUR como de la OMC, sea preferible acudir a estos últimos. En caso contrario, se corre el riesgo de que una misma controversia ya sometida, incluso solucionada, conforme a los procedimientos previstos en el Protocolo de Olivos, sea planteada igualmente por un Estado tercero ante los procedimientos de solución obligatorios de la OMC. De ahí que el derecho de opción previsto en el Protocolo de Olivos deba ser ejercido con suma prudencia en la práctica, pues sus riesgos jurídicos y comerciales son evidentes.

El Protocolo de Olivos contiene dos novedades importantes que, de hecho, son previsiones de delegaciones normativas a favor del CMC. En primer lugar, se delega en el CMC la posibilidad, cuando

vas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 281-325, y la bibliografía allí citada. Sobre el alcance de la intervención de terceros en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, véase COVELLI, N., «Public International Law and third party participation in WTO panel proceedings», *Journal of World Trade*, 33, 1999, pp. 125-139; FOOTER, M. E., «Some aspects of the Third Party Intervention in GATT/WTO dispute settlement proceedings». En E.U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*. The Hague: Kluwer Law International, 1997, pp. 213-244.

³⁰ En el Documento WT/DS231/AB/R (22 de septiembre de 2002): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas-Denominación comercial de las sardinias, párs. 163-167, el Órgano de Apelación de la OMC aceptó que un Estado miembro de la OMC que no había ejercido su derecho a intervenir como tercero ni en el procedimiento de consultas, ni en el grupo especial, ni ante el Órgano de Apelación, todavía pudiera intervenir ante el propio Órgano de Apelación en condición de *amicus curiae*.

lo considere necesario, de establecer «mecanismos expeditos para resolver divergencias entre Estados Partes sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes». En este caso, se ha seguido al pie de la letra el texto del Proyecto de protocolo elaborado por el GAN. Probablemente, ello se debe a la amplitud de la delegación normativa a favor del CMC, quien expresamente deberá aprobar mediante una decisión las reglas de funcionamiento, el alcance de estos mecanismos y la naturaleza de los pronunciamientos que se emitan en los mismos (art. 2). En realidad, no parece existir ninguna razón material que explique porqué estos procedimientos especiales no se previeron explícitamente en el propio Protocolo de Olivos, posponiéndose su adopción a cuando el CMC lo estime necesario, lo que todavía no ha tenido lugar.

En segundo lugar, el Proyecto de protocolo elaborado por el GAN incorporó el tema de las opiniones consultivas, proponiendo dos alternativas al respecto.³¹ El Protocolo de Olivos siguió casi literalmente la segunda de estas alternativas,³² consistente en delegar en el CMC la posibilidad de «establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) definiendo su alcance y sus procedimientos» (artículo 3). Tampoco en este caso existe ninguna razón, a nuestro entender, que justifique una no regulación detallada en el Protocolo de Olivos de esta cuestión, en vez de dejar a la discrecionalidad del CMC tanto la decisión de regular o no un procedimiento consultivo, como la de establecer el carácter vinculante o no de las opiniones

³¹ La primera alternativa consistía en que los Estados Partes del MERCOSUR pudieran solicitar opiniones consultivas «de modo conjunto» al Tribunal Permanente de Revisión sobre la interpretación y aplicación de la normativa MERCOSUR, teniendo como finalidad «tanto procurar prevenir una eventual controversia, como requerir una expresión de opinión no vinculada a una eventual controversia específica». De nuevo se delegaba en el CMC la reglamentación de su procedimiento.

³² Curiosamente, se ha omitido el inciso final de la propuesta del GAN, que establecía expresamente que las opiniones consultivas no tendrían carácter obligatorio.

consultivas que, en su caso, se emitan. En todo caso, de la estructura del Protocolo de Olivos parece desprenderse que sólo los Estados Partes, y nunca los órganos del MERCOSUR ni los particulares, podrían solicitar estas opiniones consultivas, quedando también a la discrecionalidad del CMC el decidir si lo podrán hacer individualmente o «de modo conjunto».

No obstante, cabe resaltar que, al adoptar el Reglamento del Protocolo de Olivos (Montevideo, 15-XII-2003),³³ el CMC sí ha concretado esta última previsión. De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento, tienen legitimidad para solicitar opiniones consultivas todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, junto a dos nuevas categorías de sujetos legitimados que constituyen una novedad importante en lo que es el sistema de solución de controversias del MERCOSUR. Así, también se reconoce legitimidad activa tanto a los órganos decisorios del MERCOSUR (es decir, el CMC, el GMC y la CCM), como a los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional (artículo 2).³⁴ En cualquier caso, la opinión consultiva que se plantee al TPR

³³ Véase PIMENTEL, L.O. «Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)». En *Welber Barral* (org.), *Tribunais internacionais. Mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Ed Fundação Boiteux, 2004, pp. 181-184.

³⁴ En este último caso, los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional podrán solicitar una opinión consultiva siempre que, además de referirse exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR, se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante (artículo 4.1). Debe notarse que, en estos supuestos, las opiniones consultivas se asemejan, sin llegar a ser lo mismo, a las cuestiones prejudiciales que se pueden plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Las diferencias son dos. En primer lugar, el procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al TPR «será reglamentado una vez consultados los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes» (artículo 4.2), lo que todavía no se ha hecho. En el caso del TJCE, la cuestión prejudicial la puede plantear el juez nacional de cualquier instancia, aunque esta facultad potestativa deviene obligatoria cuando se trate de un juez o tribunal nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que las opinio-

deberá referirse necesariamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR. Para emitir tales opiniones, el TPR actuará integrado por todos sus miembros, disponiendo de un plazo máximo improrrogable para expedirse por escrito de 45 días contados a partir de la recepción de la solicitud de la opinión consultiva. Lo más criticable de esta novedad reglamentaria es el alcance de los efectos de las opiniones consultivas, que nunca serán vinculantes ni obligatorias, ni siquiera para quienes las solicitaron.

III.1.1. Los procedimientos previstos para su solución

A falta de que se desarrollen y concreten las posibilidades de delegación legislativa apenas comentadas, y siempre que se decida no someter una controversia sobre el Derecho MERCOSUR al sistema de solución de la OMC o de otros esquemas preferenciales de comercio de los que sean parte individualmente los Estados Partes en el MERCOSUR, las controversias entre estos últimos se podrán someter a tres procedimientos de solución. Estos tres procedimientos de solución siguen siendo las negociaciones directas, la intervención del GMC y el recurso al arbitraje *ad hoc*. Merece, en todo caso, destacar que una de las novedades más importantes introducida por el Protocolo de Olivos frente al anterior Protocolo de Brasilia radica en que la segunda fase ha perdido su naturaleza obligatoria, pasando a ser optativa.³⁵

En cuanto a las negociaciones directas, el Protocolo de Olivos no ha introducido ninguna novedad importante respecto del Protocolo de Brasilia.³⁵

nes consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias (artículo 11), ni siquiera para el Tribunal Superior de Justicia del Estado Parte que la solicitó. Ello va directamente en contra de la pretensión de garantizar una interpretación y aplicación uniforme de la normativa del MERCOSUR.

³⁵ Los artículos 4 y 5 del Protocolo de Olivos siguen al pie de la letra el texto de los artículos 2 y 3 del Protocolo de Brasilia. Las únicas novedades introducidas consisten, por un lado, en la alteración del orden de los dos párrafos del artículo 5, sin por ello afectar a su contenido; y, por otro, en precisar el mo-

Las negociaciones directas son el primer procedimiento de solución que, con carácter obligatorio, deben seguir los Estados Partes del MERCOSUR para dirimir sus diferencias. Salvo acuerdo en contrario, las negociaciones no podrán exceder del plazo de 15 días y concluyen con una obligación de comportamiento consistente en que los Estados partes en la controversia deberán informar al GMC, a través de la SAM, sobre las gestiones realizadas y los resultados de las mismas. Tan parca regulación se ha criticado al insistir en que se ha perdido una oportunidad para introducir, como se ha hecho en otros casos, normas incluidas en el Reglamento del Protocolo de Brasilia que, de hecho, precisaron, complementaron e incluso modificaron preceptos de este último instrumento.³⁶

El procedimiento de solución consistente en la intervención del GMC ha sufrido tres novedades importantes en el Protocolo de Olivos. La primera y más importante, como ya se ha señalado, es que se convierte en un procedimiento de carácter voluntario u optativo. En efecto, conforme al Protocolo de Brasilia, si mediante las negociaciones directas no se alcanzaba un acuerdo o si la controversia sólo se solucionaba parcialmente, entonces cualquiera de las partes en la controversia podía requerir la intervención del GMC. Por contraste, el Protocolo de Olivos establece que si no se alcanza una solución completa de la controversia mediante negociaciones directas, entonces cualquiera de las partes en la controversia puede ini-

mento a partir del cual comienza a correr el plazo de la negociación (antes era «a partir de la fecha en que uno de los Estados Partes planteó la controversia». Ahora, es «a partir de la fecha en que una de ellas le comunicó a la otra la decisión de iniciar la controversia»). Esta última modificación recoge lo que ya había previsto el artículo 3 del Reglamento del Protocolo de Brasilia.

³⁶ Aunque se ha previsto que el CMC también tendrá que reglamentar el Protocolo de Olivos (artículo 47), lo que de hecho se hizo el 15-XII-2003, Rey Caro, E. J., «Comentario al Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del MERCOSUR», *Revista de Derecho del MERCOSUR*, 3/3, junio de 1999, p. 19, ya señaló que las modificaciones de las disposiciones del Protocolo por vía reglamentaria no es la técnica legislativa más adecuada.

ciar directamente el procedimiento arbitral. Sólo si existe común acuerdo entre las partes en la controversia, se la podrá someter a la consideración previa del GMC (artículo 6). La pérdida de importancia de este procedimiento se debe a que la práctica demostró su escasa efectividad en la solución de controversias entre los Estados Partes del MERCOSUR.³⁷

La segunda novedad consiste en la aparición del multilateralismo, aunque con carácter muy limitado,³⁸ en los procedimientos para la solución de controversias en el MERCOSUR. En efecto, una controversia también podrá someterse a la consideración del GMC si otro Estado Parte en el MERCOSUR, que no sea parte en la controversia, «requiera justificadamente tal procedimiento al término de las negociaciones directas». En este caso, el procedimiento arbitral iniciado por el Estado Parte demandante no se interrumpirá, salvo acuerdo entre los Estados partes en la controversia.

Las normas sobre el procedimiento a seguir por el GMC apenas han cambiado,³⁹ ya que la tercera novedad se refiere a las atribuciones del GMC cuando se le somete una controversia a su consideración. En el Protocolo de Brasilia se afirmaba escuetamente que el GMC «formulará recomendaciones a los Estados partes en la controversia tendientes a la solución del diferendo» (artículo 5). Ahora,

³⁷ Por ello, tanto los trabajos preparatorios del Grupo *ad hoc* como del GAN sostuvieron la conveniencia de este cambio.

³⁸ A diferencia de lo dispuesto en el ESD de la OMC, esta posibilidad no existe en el procedimiento de negociaciones directas del MERCOSUR ni en los procedimientos que se desarrollen ante los Tribunales Arbitrales *ad hoc* ni ante el Tribunal Permanente de Revisión.

³⁹ En un plazo no superior a 30 días, el GMC deberá evaluar la situación, dando oportunidad a las partes en la controversia de exponer sus respectivas posiciones y pudiendo, cuando lo considere necesario, requerir el asesoramiento de expertos. Cabe recordar que los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento del Protocolo de Brasilia contienen algunas precisiones importantes sobre las funciones de los expertos que se han repetido en el artículo 15 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

de una manera más elaborada, el artículo 7 del Protocolo de Olivos afirma lo siguiente:

«1. Si la controversia fuese sometida al GMC 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 GMC a pedido de un Estado que no es parte en ella, el GMC podrá formular comentarios o recomendaciones al respecto».

Consideramos que la redacción de este precepto se debería haber cuidado un poco más, ya que se plantean dudas acerca de si las atribuciones del GMC son dobles (formular recomendaciones y comentarios) o triples (formular recomendaciones expresas y detalladas, recomendaciones sin adjetivos calificativos y comentarios). Dudas que se mantienen en el Reglamento del Protocolo de Olivos. Será la práctica del GMC la que deberá contribuir a precisar el alcance de sus propias atribuciones, que no parecen tener carácter vinculante u obligatorio para las partes en una controversia.

Donde más novedades ha introducido el Protocolo de Olivos, siguiendo el Proyecto de protocolo elaborado por el GAN, es en la reglamentación del recurso al arbitraje *ad hoc*. A este procedimiento sólo pueden acceder los Estados partes en una controversia que no haya sido solucionada por ninguno de los procedimientos anteriores. En la etapa inicial del procedimiento arbitral sigue manteniendo una función primordial la SAM, a quien corresponde recibir las comunicaciones de los Estados Partes que decidan recurrir al arbitraje, notificar inmediatamente de ello al Estado o Estados involucrados en la controversia y al GMC, 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 sigue siendo obligatoria automáticamente. Su composición no ha variado, pues seguirá siendo de tres árbitros, aunque se han intro-

ducido algunas novedades en el procedimiento de designación de los mismos. 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 Protocolo de Brasilia), en la que cada Estado Parte 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 Parte de recurrir al arbitraje, se siguen reconociendo competencias supletorias a la SAM, aunque basadas en criterios diferentes.⁴⁰

Más compleja resulta la regulación acerca de la elección del tercer árbitro, que desempeñará la Presidencia de cada Tribunal Arbitral *ad hoc* que se cree. Los Estados partes en la controversia disponen del mismo plazo de 15 días para designar de común acuerdo a un tercer árbitro y a su suplente,⁴¹ 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 exigía el Protocolo de Brasilia, y el tener que ser elegido de una segunda lista de árbi-

⁴⁰ Si vencido el plazo un Estado Parte no hubiere designado a sus dos árbitros, la SAM dispone de dos días para designarlos por sorteo de entre los árbitros propuestos por ese Estado Parte a la primera lista de árbitros. Frente al Protocolo de Brasilia, las novedades son tres, pues se especifica un plazo de 2 días para que la SAM supla la acción de los Estados Partes; las competencias de la SAM se refieren a los dos árbitros y no sólo al árbitro titular; y el criterio de selección será el sorteo y no el orden de lista.

⁴¹ La designación por común acuerdo de un tercer árbitro suplente no estuvo prevista en el Protocolo de Brasilia, aunque el artículo 9 de su Reglamento suplió esta laguna.

tros o lista de terceros árbitros.⁴² Curiosamente, si en el plazo previsto no se llega a un común acuerdo para su designación, 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 segunda lista de árbitros o lista de terceros árbitros, una vez excluidos los nacionales de los Estados partes en la controversia. Esta parca reglamentación crea facultades de bloqueo y dilatorias en la constitución del 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.⁴³ Los designados como terceros árbitros disponen de un plazo máximo de 3 días para comunicar, se supone que a la SAM, la aceptación de su designación para actuar en una controversia. Previsión que 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

⁴² Para la constitución de esta segunda lista, cada Estado Parte propondrá 4 candidatos para integrar la lista de terceros árbitros. Llama la atención que, al menos uno de los árbitros indicados por cada Estado Parte para esta lista, no deba ser nacional de ninguno de los Estados Partes del MERCOSUR. Este elemento de «extranjería» respecto del MERCOSUR puede crear problemas 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). Requisito este último que puede generar problemas prácticos.

⁴³ La designación supletoria por la SAM del tercer árbitro suplente tampoco estuvo prevista por el Protocolo de Brasilia y de nuevo también su Reglamento suplió esta laguna. Se debió haber corregido esta situación en el Protocolo de Olivos.

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 Partes del MERCOSUR. La novedad consiste en que se concede a cada Estado Parte la posibilidad de «solicitar aclaraciones» sobre las personas designadas por otros Estados Partes durante un plazo de 30 días. 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,⁴⁴ ni los aspectos de la persona de los árbitros sobre los que se pueden solicitar «aclaraciones». Además, aunque se establece que la SAM tiene la obligación de notificar a todos los Estados Partes la lista consolidada de árbitros, el hecho de que algún Estado solicite «aclaraciones» introduce un elemento de incertidumbre acerca del momento en el que se debe considerar consolidada la lista definitiva de árbitros.

Respecto de la segunda lista o lista de terceros árbitros ocurre algo similar, ya que la Presidencia *Pro Tempore* deberá notificarla a los demás Estados Partes acompañada de los respectivos currícula. También todos los Estados Partes disponen de un plazo de 30 días para «solicitar aclaraciones respecto de las personas propuestas por los demás Estados Partes o presentar objeciones justificadas a los candidatos indicados». Las dudas indicadas anteriormente para la primera lista de árbitros se vuelven a repetir,⁴⁵ agravadas porque en el caso 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 parece algo radical, ya que si el Estado obje-

⁴⁴ El Reglamento del Protocolo de Olivos únicamente añade que estas «aclaraciones [...] deberán ser respondidas» por el Estado Parte 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.

⁴⁵ 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.

tor 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 de nuevo en el CMC. 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 (art. 51).⁴⁶ Los Tribunales Arbitrales siguen manteniendo 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 art.* 34) o de decidir la controversia *ex aequo et bono*, si las partes así lo acuerdan.

III.1.2. El procedimiento de revisión

La novedad más importante introducida por el Protocolo de Olivos consiste en la creación de un Tribunal Permanente de Revisión

⁴⁶ Existen algunas indicaciones adicionales. Por ejemplo, conforme al artículo 14, los escritos de presentación 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. Se podrá, a instancia de parte, dictar medidas provisionales si existe riesgo de ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia; medidas que, en caso de que se presente recurso de revisión, se mantendrán hasta que el Tribunal Permanente de Revisión resuelva sobre ellas en su primera reunión (artículo 15). El plazo para dictar el laudo sigue siendo de 60 días, prorrogable por decisión del Tribunal por un plazo máximo de 30 días (artículo 16). Conviene recordar que el Reglamento del Protocolo de Brasilia contiene diversas disposiciones sobre los elementos que deben contener los laudos, que se han repetido en el artículo 40 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

(TPR).⁴⁷ Ya desde los inicios de los trabajos preparatorios que llevaron a este Protocolo, la Decisión número 25/00 del CMC pretendió buscar alternativas para «lograr una interpretación uniforme de la normativa del MERCOSUR». El Protocolo de Olivos recogió literalmente en este punto la propuesta elaborada por el GAN, no existiendo ningún elemento para juzgar porqué el GAN decidió utilizar la denominación de «TPR» y no la de «Tribunal Permanente de Apelación» o «Tribunal de Apelación» que previamente había previsto el Proyecto de Perfeccionamiento del Grupo *ad hoc* Aspectos Institucionales. Por su contenido, alcance y efectos, esta última denominación parece más conveniente y más en conformidad con la práctica comparada e internacional.⁴⁸

Además, no todos los laudos de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* son susceptibles de ser recurridos ante el TPR: existen excepciones y límites a este recurso. Están excluidos del mismo los laudos de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* que decidan una controversia *ex aequo et bono* (artículo 17.3).⁴⁹ Respecto de los laudos de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* fundados en Derecho, sí que cabe el recurso de revisión contra los mismos, siempre que el recurso se limite a «las cuestiones de Derecho

⁴⁷ Según el artículo 17.1: «Cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión al TPR, contra el laudo del Tribunal Arbitral *ad hoc* en un plazo no superior a 15 días a partir de la notificación del mismo».

⁴⁸ Esta novedad del Protocolo de Olivos dista mucho de las propuestas doctrinales de crear un tribunal a imagen y semejanza de los existentes en las Comunidades Europeas y en la Comunidad Andina, pues no permite ni que los jueces nacionales puedan disponer de un procedimiento de interpretación prejudicial ante el TPR, ni que los particulares puedan proteger sus derechos mediante un acceso directo a este tribunal.

⁴⁹ Cabe recordar que el Protocolo de Olivos contempla la posibilidad de que, una vez concluida la fase de negociaciones directas sin que se haya resuelto una controversia, las partes pueden excluir someterse a la intervención del GMC y pueden también «acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al TPR, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral *ad hoc*» (artículo 23). Los laudos del TPR, cuando actúe como tribunal de única instancia, tampoco son susceptibles de ulterior recurso de revisión ante el mismo Tribunal.

tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral *ad hoc*» (artículo 17.2). Por lo tanto, no cabe recurrir en revisión las controversias sobre los hechos. Ahora bien, los dos motivos previstos otorgan a los Estados partes en una controversia un amplio margen para la interposición del recurso y desvirtúan la idea originaria de crear un órgano que garantice la interpretación uniforme de la normativa del MERCOSUR. Debe recordarse que los laudos fundados en Derecho tienen como Derecho aplicable tanto la normativa del MERCOSUR como los principios y disposiciones del Derecho Internacional. La práctica de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* constituidos al amparo del Protocolo de Brasilia demuestra que, con demasiada frecuencia, estos tribunales han basado sus laudos más en interpretaciones del Derecho Internacional general y convencional, que en interpretaciones de la normativa del MERCOSUR.

Cabe añadir además que, *stricto sensu*, el TPR no es un órgano judicial de carácter «permanente», sino que son los «integrantes» de este Tribunal quienes «deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se les convoque» (artículo 19). Dadas, además, las amplias facultades que se reservan los Estados Partes del MERCOSUR en la designación de los árbitros que integran el TPR, en la elección de los árbitros que resolverán cada recurso concreto e, incluso, en la determinación de los criterios de funcionamiento del TPR, pese a su denominación el TPR se configura como un Tribunal Arbitral de apelación que puede constituirse en cualquier momento. Se sigue estando lejos del siempre anunciado y nunca creado «Sistema Permanente de Solución de Controversias» para el MERCOSUR.

Conforme al artículo 18, la composición del TPR es de 5 árbitros, de los que cada Estado Parte en el MERCOSUR designa un árbitro y su suplente por un período de 2 años, renovable por no más de 2 períodos consecutivos.⁵⁰ La elección del quinto árbitro resulta algo

⁵⁰ Existen otras dos reglas que afectan a la designación de estos árbitros. Así, por lo menos 3 meses antes del término de su mandato, los Estados Partes deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candida-

más compleja. El quinto árbitro deberá ser designado por un período de 3 años no renovable salvo acuerdo en contrario de los Estados Partes. Deberá ser elegido por unanimidad de los Estados Partes de entre los candidatos incluidos en una tercera lista de árbitros o lista de quintos árbitros, por lo menos 3 meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio.⁵¹ Si en el plazo previsto no se logra la unanimidad de los Estados Partes, su designación se hará por sorteo que realizará la SAM dentro de los 2 días siguientes al vencimiento de dicho plazo de entre los integrantes de la tercera lista de árbitros. No se ha previsto la figura del suplente del quinto árbitro en ninguno de los dos procedimientos contemplados para su designación. La tercera lista de árbitros o lista de quintos árbitros se conformará con 8 integrantes, de los que cada Estado Parte propondrá 2, que deberán ser nacionales de los países del MERCOSUR.⁵² El último párrafo del artículo 18 introduce un elemento de incertidumbre al prescribir que se aplicará, en lo que sea pertinente, a los procedimientos de composición del TPR, lo dispuesto en el artículo 11.2. La amplitud de lo dispuesto en tal dispo-

tos (artículo 18.5). Además, en caso de que expire el período de actuación de un árbitro que se encuentra entendiendo en una controversia, éste deberá permanecer en funciones hasta su conclusión (artículo 18.6).

⁵¹ Esta regla del artículo 18 no sirve para la designación del primer quinto árbitro. Para este caso, el artículo 49 prevé expresamente que los Estados Partes realizarán las primeras designaciones en un plazo de 30 días a partir de la entrada en vigor del Protocolo de Olivos.

⁵² REY CARO, E. J., *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*, op. cit., p. 34 ha sostenido que: «De las normas examinadas, surge que el TPR solo podrá estar constituido por nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR. Asimismo, siendo cuatro los Estados Partes del Tratado de Asunción, dos de los árbitros tendrán la nacionalidad de uno de los Estados Partes». Aunque en la práctica es muy probable que así sea, debe subrayarse en rigor que el requisito consistente en tener la nacionalidad de uno de los Estados Partes en el MERCOSUR sólo se exige para la designación del quinto árbitro y no de los restantes. Además, el artículo 18.4 establece que: «Los Estados Partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para la designación del quinto árbitro». Disposición que podría afectar al requisito de la nacionalidad del quinto árbitro.

sición origina dudas acerca de a qué aspectos concretos se refiere. Todo parece indicar que las solicitudes de aclaración y la presentación de objeciones justificadas a los árbitros propuestos para la constitución de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* serán extensibles a los candidatos para integrar el TPR, aunque sería más claro si se hubiera explicitado expresamente.

En cuanto al funcionamiento del TPR, cabe distinguir entre un funcionamiento ordinario y otro de carácter extraordinario. En lo que respecta a su funcionamiento ordinario, prima la regla de la autonomía de la voluntad de los Estados Partes del MERCOSUR, quienes de común acuerdo podrán definir «otros criterios» para el funcionamiento del TPR (artículo 20.3). Si no ejercen esta opción, el funcionamiento ordinario del TPR variará en función de que la controversia que se le someta afecte a dos o a más Estados Partes del MERCOSUR. Si una controversia sólo afecta a dos Estados Partes del MERCOSUR, se podría considerar que el TPR funcionará en «salas», ya que en estos casos el TPR estará integrado únicamente por 3 árbitros. Dos de ellos serán nacionales de cada Estado Parte en la controversia⁵³ y el tercero, que ejercerá la Presidencia, se designará por el Director de la SAM al día siguiente de la interposición del recurso de revisión, de entre los árbitros restantes del TPR que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia (art. 20.1). Cuando la controversia involucre a más de dos Estados Partes del MERCOSUR, se podría considerar que el TPR funcionará en «plenario», ya que en estos casos estará integrado por los 5 árbitros (artículo 20.2). Debe señalarse que esta diferencia de funcionamiento en «salas» (compuestas por 3 árbitros) y «plenario» (compuesto por 5 árbitros) en función del número de Estados Partes involucrados en una controversia no sólo carece de sentido, sino que puede significar en la práctica la frustración del objetivo que se persiguió

⁵³ Dado que, como ya se ha señalado, el artículo 18 sólo exige el requisito de la nacionalidad para el quinto árbitro, hubiera sido más correcto indicar que cada Estado parte en la controversia elegirá un árbitro, sin hacer mención a su nacionalidad.

al crear el TPR: garantizar una interpretación uniforme de la normativa del MERCOSUR. Hasta ahora, todas las controversias que se han sometido a los tribunales *ad hoc* constituidos al amparo del Protocolo de Brasilia han sido controversias entre dos Estados Partes, por lo que es de esperar que el funcionamiento normal y mayoritario del TPR sea en «salas» de 3 árbitros. Con un TPR funcionando casi siempre con una composición de 3 árbitros, que en integraciones sucesivas y diferentes pueden no adoptar los mismos criterios, se hace evidente el riesgo de no lograr la pretendida interpretación uniforme de la normativa del MERCOSUR, máxime cuando no existe previsión alguna de un recurso de armonización de doctrina judicial ante el «plenario» del TPR. Bueno sería para la seguridad jurídica, en consecuencia, que los Estados Partes hicieran uso de la competencia prevista en el artículo 20.3 para establecer que el TPR funcionará siempre compuesto por sus 5 árbitros.

Creemos, por otra parte, que en el Protocolo de Olivos es también posible detectar un funcionamiento extraordinario del TPR, ya que su artículo 24, titulado «Medidas excepcionales y de urgencia», dispone que el CMC «podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes». Esta sucinta disposición, que no se ha desarrollado en el Reglamento del Protocolo de Olivos, merece dos comentarios. En primer lugar, se ha de destacar nuevamente la amplísima delegación legislativa que se realiza a favor del CMC, quien deberá determinar: a) qué se entiende por «casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes»,⁵⁴ b) cuáles son los «procedimientos especiales» para

⁵⁴ Llama la atención el uso del sustantivo «Partes» en plural, generando dudas acerca de si se pueden crear estos procedimientos especiales cuando un caso excepcional de urgencia pudiera ocasionar daños irreparables sólo a una Parte. Por otro lado, al valorar la «urgencia», se debe tener en cuenta que el TPR queda constituido a todos los efectos al día siguiente de la interposición del recurso (art. 20); que el plazo máximo para contestar el recurso de revisión es de 15 días; y que el plazo para dictar el laudo es de 30 días desde la contesta-

estos casos excepcionales de urgencia; y c) cuál será la composición del TPR (3, 5 árbitros o un número diferente) que conocerá de los mismos. Algunos de estos extremos pudieron quedar fijados en el texto del Protocolo de Olivos. En segundo lugar, cabe preguntarse por la razón de ser de la previsión de estos «procedimientos especiales». Conforme al sistema de solución de controversias diseñado por el Protocolo de Olivos, existe una primera fase de negociaciones directas entre las partes en una controversia que no se puede obviar, ni siquiera en estos casos «urgentes». Una vez concluidas las mismas en un plazo de 15 días, salvo acuerdo mutuo de prolongarlas, si una de las partes en la controversia entiende que hay urgencia en su solución, puede obviar la intervención del GMC, recurriendo unilateralmente al arbitraje. Es más, caben dos opciones. Si se opta por la creación de un Tribunal Arbitral *ad hoc*, ya se ha indicado que el artículo 15 permite a los tribunales *ad hoc* dictar las medidas provisionales que consideren apropiadas «a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la solución puede ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia». Por lo tanto, en este caso, la previsión de unos «procedimientos especiales» del artículo 24 ante el TPR para casos que pudieran ocasionar «daños irreparables» carece de sentido.⁵⁵ Como alternativa al establecimiento de un Tribunal Arbitral *ad hoc*, se ha señalado igualmente la posibilidad de, por mutuo acuerdo, someterse directamente y en instancia única al TPR. Pero también esta previsión, contemplada en el artículo 23, expresamente incluye la potestad del TPR de dictar medidas provisionales como si de un Tribunal Arbi-

ción al recurso, prorrogable por un máximo de 15 días más (art. 21). Es decir, la «urgencia» debe referirse a controversias que no puedan esperar 45 días, o excepcionalmente dos meses, para su resolución.

⁵⁵ Máxime si se tiene en cuenta que ya el artículo 15.3 prevé expresamente que, en caso de ser recurrido el laudo del Tribunal Arbitral *ad hoc* ante el TPR, las medidas provisionales que no hubiesen quedado sin efecto antes de dictarse el mismo se mantendrán, hasta que el TPR, en su primera reunión, resuelva sobre su continuidad o cese.

tral *ad hoc* se tratara. Entonces, ¿para qué se incluye la previsión del artículo 24?

Con independencia de que el TPR tenga un funcionamiento ordinario o extraordinario, el alcance de su pronunciamiento podrá «confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral *ad hoc*». Como corresponde a un tribunal de instancia superior, los laudos del TPR serán definitivos y prevalecerán sobre los de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* (artículo 22).

III.1.3. Los laudos arbitrales y las medidas compensatorias

Durante los trabajos preparatorios que llevaron a la celebración del Protocolo de Olivos se hizo hincapié en todo momento en la necesidad de perfeccionar la etapa posterior al pronunciamiento del laudo arbitral y, en concreto, los temas del cumplimiento de los laudos y de la cuantía de las medidas compensatorias.⁵⁶ Estos temas han quedado regulados en los capítulos VIII («Laudos arbitrales») y IX («Medidas compensatorias») del Protocolo de Olivos, tanto por lo que se refiere a los Tribunales Arbitrales *ad hoc*, como por lo que se refiere al TPR.

En lo que se refiere a la adopción de los laudos, el artículo 25 del Protocolo de Olivos, siguiendo al artículo 20.2 del Protocolo de Brasilia, dispone que los laudos del Tribunal Arbitral *ad hoc*, así como los del TPR, se adoptarán por mayoría, serán fundados y suscritos por el Presidente y los demás árbitros. Lamentablemente, sigue impidiéndose a los árbitros el formular votos en disidencia. La exigencia a los árbitros de guardar la confidencialidad de la votación no sólo se mantiene, sino que incluso la exigencia de confidencialidad se extiende a las deliberaciones, como se sugirió en el Proyecto elaborado por el GAN.

⁵⁶ Sobre este particular ya insistió la Decisión número 25/00 del CMC y en ello se centraron tanto el «Proyecto de Perfeccionamiento» del Grupo *ad hoc* Aspectos Institucionales, como el Proyecto de protocolo elaborado por el GAN.

Los artículos 26 y 27 versan sobre la obligatoriedad de los laudos y la obligatoriedad de su cumplimiento, aspectos que caracterizan al arbitraje internacional. Se puede afirmar que el Protocolo de Olivos ha mejorado la técnica legislativa del Proyecto de protocolo elaborado por el GAN, al unificar estas disposiciones en lugar de repetir las en los capítulos dedicados respectivamente a los Tribunales Arbitrales *ad hoc* y al TPR. El artículo 26 del Protocolo de Olivos sigue al artículo 21.1 del Protocolo de Brasilia, con las lógicas modificaciones que acarrea la creación del TPR. Así, en su numeral 1 afirma que los laudos de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada a partir del término del plazo previsto para interponer el recurso de revisión, si no se hubiera ejercido esta opción. Por su parte, los laudos del TPR son inapelables, es decir, definitivos y, en consecuencia, desde su notificación a los Estados partes en una controversia son obligatorios y tendrán para ellos fuerza de cosa juzgada. Como veremos, cabe respecto de ambas clases de laudos la posibilidad de interponer un recurso de aclaratoria, aunque no se ha previsto ningún tipo de recurso extraordinario de revisión.

Una vez los laudos adquieren fuerza de cosa juzgada, deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. Cabe realizar dos precisiones importantes a esta aseveración. En primer lugar, se establece que «la adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado Parte de su obligación de cumplir el laudo» (artículo 27). Con ello, se insiste una vez más en la idea de que los laudos son de obligado cumplimiento y que no se pueden sustituir por la imposición unilateral de medidas compensatorias, cuya vigencia tendrá necesariamente un carácter temporal si el laudo no se cumple en el plazo previsto y en tanto no se proceda a su cumplimiento. En segundo lugar, se ha de señalar que el recurso de aclaratoria previsto en el artículo 28 faculta a cualquier Estado parte en una controversia a solicitar, respecto del laudo del Tribunal Arbitral *ad hoc* o del TPR en los 15 días siguientes a su notificación, una aclaración que puede referirse tanto al contenido del laudo como a la forma en que el laudo debe-

rá cumplirse. Este «recurso» de aclaratoria deberá, a su vez, ser resuelto en un plazo máximo improrrogable de 15 días.⁵⁷

Con estas precisiones, cabe afirmar que, salvo que en los laudos del Tribunal Arbitral *ad hoc* o del TPR se establezca un plazo distinto, el plazo para su cumplimiento es de 30 días siguientes a la fecha de su notificación.⁵⁸ La obligación de cumplir el laudo en el plazo previsto se acompaña de una obligación de comportamiento, consistente en que el Estado Parte obligado a cumplirlo deberá informar a la otra parte en la controversia, así como al GMC por intermedio de la SAM, sobre las medidas que adoptará para cumplirlo dentro de los 15 días contados desde su notificación (artículo 29.3).

Una novedad importante del Protocolo de Olivos consiste en su intento de someter a control jurisdiccional las divergencias que puedan surgir acerca de si un laudo arbitral se ha cumplido o no. Así, si el Estado beneficiado por el laudo entiende que las medidas adoptadas por la otra parte no dan cumplimiento al mismo, dispone de un plazo de 30 días desde la adopción de tales medidas para llevar la situación a la consideración del Tribunal Arbitral *ad hoc* o del TPR que dictó el laudo. El tribunal que corresponda dispondrá, a su vez, de un plazo de 30 días para dirimir estas cuestiones (artículo 30.1 y 2).⁵⁹ Nada se indica, sin embargo, acerca del plazo en el que

⁵⁷ El Protocolo de Olivos ha introducido una novedad menor respecto del «recurso» de aclaratoria previsto en el Protocolo de Brasilia. En éste, se dispuso que «si el Tribunal Arbitral considerare que las circunstancias lo exigen, podrá suspender el cumplimiento del laudo hasta que decida sobre la solicitud presentada» (artículo 22.3). El Protocolo de Olivos, siguiendo al Proyecto del GAN, establece que el tribunal respectivo «podrá otorgar un plazo adicional para el cumplimiento del laudo» (artículo 28.2), por lo que hay que entender que ya no cabe la suspensión provisional del plazo para su cumplimiento.

⁵⁸ Cabe advertir que, a diferencia del recurso de aclaratoria, la interposición de un recurso de revisión ante el TPR contra un laudo de un Tribunal Arbitral *ad hoc* sí que produce efectos suspensivos de la obligación de cumplir el laudo en cuestión (artículo 29.2).

⁵⁹ El Protocolo de Olivos ha fraccionado la jurisdiccionalización de este tipo de divergencias, ya que el Proyecto de protocolo elaborado por el GAN contem-

las partes en la controversia deberán ajustar su conducta al nuevo pronunciamiento del tribunal, ni de lo que ocurre en caso de que no se proceda de esta forma. Llama también la atención la previsión contemplada en el artículo 30.3, pues si para este tipo de controversias «no fuera posible convocar al Tribunal Arbitral *ad hoc* interviniente, se conformará otro con el o los suplentes necesarios mencionados en los artículos 10.2 y 10.3». Esta previsión resulta correcta, aunque no se entiende el porqué de su alcance limitado, ya que no se ha regulado algo similar para el caso de que lo que no se pudiera convocar, por las razones que fuera, sea a los mismos árbitros que integraron el TPR.

Íntimamente relacionado con la cuestión de la obligatoriedad del cumplimiento de los laudos, está el tema de las medidas compensatorias. El Protocolo de Brasilia sólo dispuso que si un Estado Parte no cumplía el laudo en el plazo de 30 días, el o los otros Estados partes en la controversia podían adoptar medidas compensatorias temporales, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes (artículo 23). Esta regulación resultó claramente insuficiente y su puesta en práctica generó numerosos problemas. Por ello, el Protocolo de Olivos, siguiendo al Proyecto del GAN,⁶⁰ le dedicó a este aspecto el capítulo IX, compuesto por dos artículos referidos, res-

pló, conjuntamente a esta previsión, otro tipo de divergencia relativa al cumplimiento del laudo que el Protocolo de Olivos ha preferido regular en artículo distinto (el artículo 32). El GAN contempló conjuntamente la posibilidad, bastante real, de que se produzca una divergencia de opiniones sobre el grado de cumplimiento del laudo en los supuestos en los que el Estado obligado entiende que las medidas que adoptó sí daban cumplimiento al laudo; que el Estado beneficiado entendiera lo contrario y que, en consecuencia, impusiera unilateralmente medidas compensatorias al Estado obligado «hasta que cumpliera el laudo». Para estos casos, el Proyecto de protocolo del GAN establecía que, en un plazo de 30 días desde las medidas compensatorias, el Estado obligado podía poner esta situación en conocimiento del tribunal que hubiera dictado el laudo.

⁶⁰ El Proyecto de protocolo del GAN contenía algunas sugerencias muy interesantes que, lamentablemente, no fueron recibidas en el Protocolo de Olivos. Entre éstas destaca la previsión de que si un Estado parte en la controversia

pectivamente, a la facultad de aplicar medidas compensatorias (artículo 31) y a la facultad de cuestionar tales medidas (artículo 32).

Por lo que se refiere a la facultad de aplicar medidas compensatorias, ésta surge cuando el Estado obligado por el laudo no cumple, a juicio del Estado beneficiado, total o parcialmente el laudo arbitral tras vencer el plazo previsto para su cumplimiento. A esta apreciación unilateral del Estado beneficiado por el laudo le sigue la potestad, también unilateral, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporales, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes. Esta facultad unilateral del Estado beneficiado tiene dos condiciones muy concretas: estas medidas compensatorias se pueden comenzar a aplicar durante el plazo máximo no prorrogable de un año, contado a partir del día siguiente al término del plazo para el cumplimiento del laudo; y su imposición está encaminada a obtener el cumplimiento del laudo en cuestión. En cualquier caso, el Estado beneficiado puede imponer medidas compensatorias con independencia de que recurra o no al procedimiento previsto en el artículo 30 para la solución de divergencias sobre el cumplimiento de los laudos.

El Estado beneficiado por el laudo que decida imponer medidas compensatorias debe cumplir con dos obligaciones de comportamiento. Por una parte, este Estado «procurará», en primer lugar, suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. Si considera unilateralmente que esta posibilidad es impracticable o ineficaz, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan esta decisión.⁶¹ Por otra parte, las medidas compensato-

considerase inconveniente a sus intereses o imposible adoptar medidas compensatorias temporales, podría reclamar ante el TPR el pago de una compensación económica, que sería evaluada y dispuesta por el TPR.

⁶¹ A diferencia de lo dispuesto en el art. 22 del ESD de la OMC, el Protocolo de Olivos no proporciona definición auténtica alguna de lo que deba entenderse por «sector» o «sectores», lo que otorga al Estado beneficiado por el laudo una gran discrecionalidad cuyo ejercicio puede llegar a causar evidentes abu-

rias que vaya a adoptar las deberá notificar formalmente al Estado Parte que deba cumplir el laudo con una anticipación mínima de 15 días. Llama la atención que esta obligación de informar, en contraste con la previsión del artículo 29.3, no se extiende a los otros Estados Partes ni a ningún órgano del MERCOSUR, lo que acentúa el carácter marcadamente bilateral del sistema de solución de controversias del Protocolo de Olivos.

De la misma manera que el Protocolo de Olivos reconoce el derecho unilateral del Estado beneficiado por el laudo a imponer medidas compensatorias temporales, también reconoce correlativamente al Estado obligado la facultad, obviamente unilateral, de cuestionar tales medidas compensatorias. Ahora bien, el Protocolo de Olivos ha reducido a sólo dos, y creemos que hay más, los motivos que el Estado obligado por el laudo puede alegar para cuestionar tales medidas compensatorias. El primer motivo es que exista un desacuerdo sobre el grado de cumplimiento del laudo. Ya se ha adelantado que es posible que el Estado Parte beneficiado por el laudo aplique medidas compensatorias por considerar insuficiente el cumplimiento del laudo, pero que el Estado Parte obligado a cumplirlo estime que las medidas adoptadas son satisfactorias y suficientes en sí mismas para dar por cumplido el laudo arbitral. En estos casos, el Estado obligado dispone de un plazo de 15 días, contados desde la notificación de las medidas compensatorias que se le van a imponer, para llevar la situación a la consideración del Tribunal Arbitral *ad hoc* o del TPR, según corresponda, quienes tendrán un plazo de 30 días desde su constitución para pronunciarse al respecto. El segundo motivo se da en caso de que el Estado Parte obligado a cumplir el laudo considere excesivas las medidas compensatorias aplicadas. Para este motivo, los plazos para poner en conocimiento del tribunal que corresponda esta situación y para su

sos. La indeterminación jurídica de lo que constituye un «sector» o «sectores» puede igualmente acarrear dificultades prácticas al Tribunal Arbitral *ad hoc* o al TPR cuando realicen, como se indicará a continuación, el control jurisdiccional acerca de si las medidas compensatorias aplicadas resultan excesivas o no.

pronunciamiento son los mismos que para el motivo anterior.⁶² Cuando se alegue el segundo motivo, el tribunal que corresponda deberá evaluar, según el caso, la fundamentación esgrimida para aplicarlas en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad⁶³ con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo.

En ambos casos, nada se indica acerca de si el Tribunal Arbitral *ad hoc* o el TPR, según corresponda, pueden o no dejar en suspensión la aplicación de las medidas compensatorias hasta que se pronuncie sobre las mismas. Entendemos que el silencio será, en estos casos, negativo. En caso de que el pronunciamiento del tribunal competente sea favorable al Estado obligado por el laudo principal, el Estado Parte que adoptó las medidas compensatorias deberá adecuarlas a la decisión del tribunal en un plazo máximo de 10 días, salvo que el tribunal estableciera un plazo diferente. Nada se dispone para el supuesto de que el pronunciamiento sea favorable al Estado que impuso las medidas compensatorias. Obviamente, éstas continuarán vigentes, pero el hecho de que no se haya previsto ninguna consecuencia adicional a las mismas puede convertirse en un aliciente para que el Estado obligado por el laudo principal lleve siempre y en todos los casos a la consideración del tribunal compe-

⁶² La única diferencia afecta al momento a partir del cual computar el plazo de 15 días para poner en consideración del tribunal competente la situación producida. Para el primer motivo, el plazo se computa desde la notificación formal al Estado obligado por el laudo arbitral de las medidas compensatorias que se le van a imponer. Cabe recordar que esta notificación se debe realizar con una anticipación mínima de 15 días, por lo que este primer motivo se debe llevar a la consideración del tribunal competente antes de que comience la aplicación efectiva de tales medidas compensatorias. Por el contrario, cuando se alegue el segundo motivo, el plazo es «hasta 15 días después de la aplicación de esas medidas», lo que supone en la práctica disponer de un tiempo mayor para alegar este motivo.

⁶³ Al analizar la proporcionalidad, el tribunal competente 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.

tente la imposición de medidas compensatorias alegando cualquiera de los dos motivos posibles, pues nada tiene que perder.

Creemos que el intento de someter a control jurisdiccional las divergencias que puedan surgir acerca del cumplimiento del laudo que ha realizado el Protocolo de Olivos ha sido parcial y que, en consecuencia, debieran haberse previsto otros motivos que facultasen a las partes en la controversia a someter tales divergencias al tribunal competente en cada caso. Hemos señalado ya que la imposición de medidas compensatorias está sometida a una premisa (que el Estado obligado no cumpla total o parcialmente el laudo tras vencer el plazo de su cumplimiento) y a dos condiciones. Es en relación a estas dos condiciones donde pueden comenzar a surgir problemas. Una de estas condiciones consiste en que la imposición de medidas compensatorias esté encaminada a obtener el cumplimiento del laudo en cuestión. ¿Qué ocurre si el Estado obligado entiende que las medidas impuestas no responden a esta finalidad si no a otra distinta? Una interpretación amplia acerca de lo que son «medidas excesivas» podría cubrir esta laguna. Pero más difícil de solucionar por la vía interpretativa es la divergencia que surge cuando se cuestiona la segunda condición, es decir, cuando el Estado obligado pretenda alegar que la imposición de medidas compensatorias se ha producido después de vencido el plazo de un año que el Estado beneficiado por el laudo dispone para ello. En este supuesto, ninguno de los dos motivos previstos en el Protocolo de Olivos (divergencia sobre el grado de cumplimiento del laudo o medidas excesivas) da cobertura procesal a esta pretensión.

Tampoco se ha previsto ningún control jurisdiccional relativo a la terminación de la vigencia de las medidas compensatorias. Es más que probable imaginar el supuesto en el que un Estado beneficiado por un laudo aplique correctamente medidas compensatorias al Estado obligado que no cumpla el laudo en el plazo previsto. Resulta también fácil de imaginar que, en estos casos, lo más frecuente será que el Estado obligado llegue a realizar un cumplimiento tardío del laudo arbitral. Pero cumpliendo el laudo, aunque sea tar-

díamente, el tenor literal del Protocolo de Olivos no le proporciona ningún motivo para llevar esta situación a la consideración del tribunal competente, exigiendo la terminación de las medidas compensatorias correctamente impuestas. La regulación que el artículo 32.1 del Protocolo de Olivos contiene acerca de la posibilidad del Estado obligado de alegar como motivo ante el tribunal competente que sí ha cumplido el laudo, en contra de la opinión del Estado beneficiado, está concebida para cuando esta divergencia se plantee al término del plazo previsto para su cumplimiento y no para los casos de cumplimiento tardío. Una posibilidad de subsanación sería que el Estado obligado pudiera alegar este primer motivo ante el tribunal competente en el plazo de 15 días contados, ya no desde la notificación formal de que se le van a imponer medidas compensatorias, sino desde la adopción de las medidas correspondientes que den efectivo cumplimiento al laudo. Pero esta interpretación contradice el tenor literal del artículo 32.1. En mi opinión, tampoco se trata de un supuesto de «medidas excesivas», ya que este motivo supone que se puedan seguir aplicando medidas compensatorias pero por una cuantía menor o en un sector diferente, cuando en realidad se trata de medidas compensatorias que se deben dar por terminadas al haber desaparecido la causa que provocó su adopción.

Finalmente, también pueden surgir problemas prácticos difíciles de solucionar con una interpretación literal del Protocolo de Olivos, en los casos en los que el Estado beneficiado por un laudo aplique unilateralmente medidas compensatorias y simultáneamente lleve a la consideración del tribunal competente una divergencia sobre el cumplimiento del laudo, de conformidad con el artículo 30. No se puede de antemano rechazar la posibilidad de que el tribunal competente llegue a pronunciarse en estos casos a favor del Estado obligado por el laudo principal. Pronunciamiento que puede, a su vez, referirse a dos hipótesis distintas: primera, que las medidas adoptadas por el Estado obligado por el laudo principal sean en sí mismas satisfactorias y suficientes para dar por cumplido el laudo principal; segunda, que el tribunal competente efectivamente se pronuncie constatando un incumplimiento parcial del laudo principal, pero en

un grado o cuantía inferior al pretendido por el Estado beneficiado por el laudo principal. Las consecuencias jurídicas de ambos pronunciamientos son claramente distintas, aunque ninguna se ha previsto en el Protocolo de Olivos. En la primera hipótesis, el pronunciamiento del tribunal competente debiera acarrear la nulidad automática y absoluta de las medidas compensatorias impuestas, así como la obligación de indemnizar por todos los perjuicios causados al Estado obligado por el laudo principal. En la segunda hipótesis, las consecuencias del pronunciamiento del tribunal competente debieran implicar la modificación inmediata de las medidas compensatorias impuestas para adecuarlas al pronunciamiento del tribunal competente, así como la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados debidos a los excesos de tales medidas.⁶⁴

En estos casos, la situación así creada puede llegar a complicarse debido no sólo a que el Protocolo de Olivos no contempla las consecuencias del pronunciamiento del tribunal competente en los procedimientos de divergencias sobre el cumplimiento del laudo previstos en el artículo 30, sino también por su falta de previsión, como ya se ha señalado, acerca del plazo en el que se deben cumplir tales pronunciamientos.⁶⁵ Resulta también paradójico que el Proto-

⁶⁴ Aunque el artículo 43.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos aborda algunos de estos problemas, creemos sin embargo que su contenido sigue siendo altamente insuficiente, pues sólo dispone que: «No podrán aplicarse medidas compensatorias en el caso que existiere un pronunciamiento del Tribunal en base a los procedimientos establecidos en el artículo 30 del Protocolo de Olivos, disponiendo que las medidas adoptadas para dar cumplimiento al laudo son suficientes. Si las medidas compensatorias ya estuvieran aplicándose, deberán ser dejadas sin efecto».

⁶⁵ Cabría preguntarse si el plazo previsto en el artículo 32.3 del Protocolo de Olivos para cumplir la decisión de los tribunales competentes cuando quien cuestione las medidas compensatorias sea el Estado obligado por el laudo principal se podría aplicar analógicamente a los pronunciamientos de estos mismos tribunales cuando quien plantee una divergencia sobre el cumplimiento del laudo conforme al procedimiento del artículo 30 sea el Estado beneficiado por el laudo principal. Esta laguna del Protocolo de Olivos se podía haber corregido.

colo de Olivos contemple expresamente las consecuencias de la posibilidad de incumplimiento de un laudo arbitral principal, una vez vencido el plazo previsto para su cumplimiento, y no contemple sin embargo la posibilidad de que lo que se incumpla sea el pronunciamiento del tribunal competente tras un procedimiento de los del artículo 30 acerca de divergencias sobre el cumplimiento del laudo. En estos casos, y respecto de las dos hipótesis señaladas, aunque el Estado obligado por el laudo principal pudiera cuestionar de nuevo las medidas compensatorias por los dos motivos previstos en el artículo 32, resulta excesivo, a nuestro parecer, tener que plantear otra vez ante el mismo tribunal competente un motivo sobre el que este tribunal ya se ha pronunciado previa y expresamente por la vía del artículo 30.

III.2. La solución de los reclamos de particulares

Uno de los aspectos más criticables del Protocolo de Olivos es que ha mantenido un gran continuismo con el Protocolo de Brasilia en la regulación de los «reclamos» de particulares. Frente a una opinión doctrinal que ha reclamado mayoritariamente, sino por unanimidad, un mayor protagonismo de los particulares, el Protocolo de Olivos sigue reconociéndoles tan sólo un mero derecho de iniciativa, y nunca un auténtico *ius standi* ni ante el Tribunal Arbitral *ad hoc*, ni ante el TPR. Este derecho de iniciativa sigue siendo bastante limitado, pues tan sólo se reconoce a los particulares afectados por la sanción o aplicación estatal «de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación» del Derecho del MERCOSUR.⁶⁶

Los reclamos de los particulares deben superar, en el Protocolo de Olivos, las mismas tres fases previstas en el Protocolo de Brasi-

⁶⁶ La única novedad que introduce el artículo 39 del Protocolo de Olivos respecto del artículo 25 del Protocolo de Brasilia consiste en que el Derecho del MERCOSUR ahora también incluye al Protocolo de Ouro Preto y a las directivas de la CCM.

lia, habiéndose introducido únicamente novedades menores que no siempre se pueden considerar como progresos. Así, el procedimiento se inicia con el deber de los particulares afectados de formalizar sus reclamos ante la Sección Nacional del GMC del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios.⁶⁷ Se sigue exigiendo a los particulares que aporten elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio. La única novedad que sobre este particular introduce el Protocolo de Olivos consiste en convertir a estos dos requisitos en condiciones *sine qua non* para que el reclamo pueda ser «admitido» por la Sección Nacional correspondiente y pueda llegar a ser «evaluado» por el GMC y por el grupo de expertos, en su caso.

Si la Sección Nacional del GMC no «admite» el reclamo del particular, ello significa el fin del procedimiento sin que contra su decisión quepa recurso alguno. Si, por el contrario, estima que se han cumplido estas condiciones *sine qua non* y siempre que considere, además, que el objeto del reclamo del particular no sea el mismo que el sometido previamente a los procedimientos de solución de controversias entre Estados Partes, la Sección Nacional correspondiente del GMC deberá admitir a trámite el reclamo del particular afectado. En este caso, el Protocolo de Olivos ha suprimido la opción que existía en el Protocolo de Brasilia consistente en iniciar consultas con la Sección Nacional del GMC del Estado Parte demandado o elevar sin más trámites el caso ante el GMC, ya que la Sección Nacional que lo admitió a trámite deberá necesariamente entablar consultas con la Sección Nacional del GMC del Estado Parte al que se le atribuye la violación, para en un plazo máximo de 15 días, salvo acuerdo en contrario, tratar de buscar una solución in-

⁶⁷ Al no haber cambiado el artículo 40.1 del Protocolo de Olivos los criterios del artículo 26.1 del Protocolo de Brasilia, se sigue planteando el interrogante de qué ocurre cuando una persona física tenga su residencia habitual en un Estado Parte y la sede de sus negocios en otro Estado Parte. Se debió haber corregido esta laguna en el Protocolo de Olivos.

mediata a la cuestión planteada. Finalizado el plazo de consultas sin haber alcanzado una solución, la Sección Nacional del GMC elevará el reclamo sin más trámite al GMC. Cabe constatar que en este primer procedimiento de solución de los reclamos de los particulares, éstos han perdido lamentablemente todo el protagonismo jurídico que, al menos, les reconocía el Protocolo de Brasilia.⁶⁸

La intervención del GMC se inicia con un segundo examen de la admisibilidad del reclamo del particular. Ya se ha señalado que este segundo examen puede resultar excesivo, toda vez que contra su decisión no cabe recurso alguno y en su decisión no participa el particular afectado, rompiéndose el principio de igualdad procesal ya que, sin embargo, sí participa el Estado Parte demandado. Cabe destacar que el Protocolo de Olivos amortigua esta posibilidad, que también existía en el Protocolo de Brasilia, al exigir que la conclusión sobre su inadmisibilidad, y su consiguiente rechazo, sea tomada por consenso del GMC.⁶⁹ A falta de tal consenso negativo, se entiende que el GMC no ha rechazado el reclamo, considerándose en consecuencia aceptado.

⁶⁸ Si se compara el texto del artículo 41 del Protocolo de Olivos con los artículos 27 y 28 del Protocolo de Brasilia, además de constatar la desaparición de la opción que tenía la Sección Nacional del GMC que admitió a trámite el reclamo del particular, se puede igualmente constatar una estatalización del procedimiento de solución, toda vez que han desaparecido en el Protocolo de Olivos tanto la consulta de la Sección Nacional del GMC al particular para determinar qué opción seguir (art. 27 del Protocolo de Brasilia), como el que, tras el fracaso de las consultas, el particular pudiera pedir que se elevase su reclamo al GMC (art. 28 del Protocolo de Brasilia). En consecuencia, el Protocolo de Olivos introduce en esta fase una pérdida de protagonismo de los particulares durante la tramitación de sus reclamos, que quedan exclusivamente controlados por los representantes estatales que componen las respectivas Secciones Nacionales del GMC. Ello es, sin duda, un retroceso importante y lamentable.

⁶⁹ El requisito del consenso no se contempló en el Protocolo de Brasilia, aunque se introdujo en el artículo 26 del Reglamento de ese Protocolo.

En caso de que el GMC «acepte» el reclamo del particular, el GMC debe convocar de inmediato a un grupo de expertos⁷⁰ para que, de nuevo por tercera vez, dictamine en un plazo improrrogable de 30 días acerca de su procedencia. 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 (artículo 42.3). Cabe destacar que, en todos los procedimientos sucesivos que se han previsto para la solución de los reclamos de los particulares, ésta es la primera y única vez que el particular afectado podrá exponer sus argumentos desde que inicialmente formalizara su reclamo ante la Sección Nacional correspondiente del GMC. También se debe señalar que el Protocolo de Olivos introduce como novedad que la audiencia se extienda a todos «los Estados involucrados en el reclamo» y no sólo al Estado contra el cual se efectuó el reclamo.

El artículo 44.1 del Protocolo de Olivos ha elaborado más cuidadosamente los pronunciamientos que puede contener el dictamen que el grupo de expertos debe elevar al GMC,⁷¹ contemplando hasta tres hipótesis posibles que, en la práctica, se reducirán a dos. La primera hipótesis es muy similar a lo dispuesto en el artículo 32 del Protocolo de Brasilia. Consiste en que el dictamen verifique por

⁷⁰ El artículo 43 del Protocolo de Olivos sigue al pie de la letra lo dispuesto en el artículo 30 del Protocolo de Brasilia, por lo que no ha habido ningún cambio respecto del procedimiento para la constitución del grupo de expertos y la designación de los miembros de cada grupo de expertos *ad hoc*, ni respecto de la forma en que quedará constituida la lista de expertos. En consecuencia, se mantiene la ruptura, que en su momento ya se señaló, del principio de igualdad procesal, toda vez que el Estado Parte demandado, y no el particular reclamante, participa en la elaboración de la lista de expertos, en la designación de los expertos que integrarán cada grupo de expertos y en el hecho de que uno de los expertos que conformen el grupo elegido deberá ser de su nacionalidad, es decir, deberá haber sido propuesto por el Estado Parte demandado.

⁷¹ Aunque no se exige en el Protocolo de Olivos, el artículo 54.1 del Reglamento del Protocolo de Olivos correctamente exige que el dictamen del grupo de expertos debe ser «fundamentado» en todos los casos. Esta previsión debió figurar en el Protocolo de Olivos.

tercera vez la procedencia del reclamo del particular contra un Estado Parte. La novedad consiste en que esa verificación se debe realizar por unanimidad del grupo de expertos, lo que no se exigía en el Protocolo de Brasilia. Para este supuesto, las consecuencias siguen siendo lamentablemente las mismas. Cualquier otro Estado Parte nunca el particular afectado, podrá requerir al Estado infractor la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. De nuevo si tal requerimiento no prospera en 15 días, sólo el Estado Parte que lo efectuó, y nunca el particular afectado ni otro Estado Parte, podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto para las controversias estatales. En consecuencia, para esta hipótesis no se ha avanzado nada y se sigue enmascarando el proceso de estatalización de los reclamos de los particulares en su etapa decisiva, a quienes se les sigue negando un auténtico *ius standi* en los procedimientos arbitrales.

La segunda hipótesis consiste en que el dictamen del grupo de expertos se adopte igualmente por unanimidad, pero que en su contenido considere improcedente el reclamo del particular. En estos casos, el GMC dará de inmediato por concluida la tramitación del reclamo del particular «en el ámbito del presente capítulo». La tercera hipótesis, cuyos resultados prácticos son reconducibles a la segunda, consiste en que el grupo de expertos no alcance la unanimidad en su dictamen en un sentido u otro. En estos casos, el grupo de expertos elevará sus distintas conclusiones al GMC, quien dará por concluida la tramitación del reclamo del particular «en el ámbito del presente capítulo».

De la lectura del artículo 44.1 del Protocolo de Olivos, se puede fácilmente concluir que las posibilidades del dictamen no son realmente tres hipótesis sino dos, ya que o bien el dictamen adoptado por unanimidad del grupo de expertos ratifica por tercera vez la procedencia del reclamo de un particular contra un Estado Parte, o bien en caso contrario, y con independencia de que el dictamen se adopte por mayoría o que exista unanimidad de contenido contrario, el resultado es el mismo: el fin de la tramitación del reclamo del particular.

Sin embargo, para lo que el artículo 44.1 contempla como hipótesis segunda y tercera del dictamen del grupo de expertos, se ha añadido en ambos casos el inciso final de que se da por concluida la tramitación del reclamo del particular «en el ámbito del presente capítulo». Esta coletilla, que origina incertidumbres, debe leerse conjuntamente con la novedad que el Protocolo de Olivos introduce en su artículo 44.2. Según esta disposición, la finalización de la tramitación del reclamo del particular por parte del GMC cuando el dictamen del grupo de expertos responda a la segunda o tercera de las hipótesis comentadas, «no impedirá que el Estado Parte reclamante⁷² dé inicio a los procedimientos previstos en los capítulos IV a VI del presente Protocolo», es decir, a los procedimientos previstos para la solución de controversias entre Estados Partes. Esta disposición me parece sumamente criticable por lo que representa. Significa, en definitiva, que en ninguna de las tres hipótesis sobre el contenido del dictamen del grupo de expertos, el dictamen será obligatorio o definitivo. Nunca el dictamen obligará a nada y, con total independencia tanto de su contenido (procedencia o improcedencia del reclamo del particular), como de la forma de adopción del mismo (por mayoría o unanimidad), se nos está diciendo que tanto el procedimiento ante el grupo de expertos, como por extensión los procedimientos previos para el arreglo de los reclamos de particulares (consultas entre Secciones Nacionales del GMC, intervención del GMC) no son más que trámites dilatorios que, en el mejor de los casos y después de superar tres exámenes sobre su procedencia, ocultarán una eventual metamorfosis de lo que inicialmente fue un reclamo de un particular contra un Estado Parte en una reclamación entre Estados Partes. Desde luego, ésta no es la mejor de las formas posibles de incentivar el acceso de los particulares a los procedimientos de solución de controversias del MERCOSUR.

⁷² Por «Estado Parte reclamante» sólo cabría entender a aquel Estado Parte cuya Sección Nacional del GMC inicialmente admitiese a trámite por primera vez el reclamo del particular.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

No resulta fácil emitir un juicio de valor que afecte al conjunto del Protocolo de Olivos y a su Reglamento. Ciertamente en ellos encontramos progresos, lagunas y retrocesos en el sistema de solución de controversias previsto para el MERCOSUR. De entre las novedades introducidas que cabe alabar, destacan la supresión del carácter obligatorio de la fase de intervención del GMC para la solución de las controversias estatales, la facultad de solicitar opiniones consultivas y la creación de un TPR, pese a que casi después de dos años de la entrada en vigor del Protocolo de Olivos este TPR todavía no haya conocido de ningún caso.

Entre los aspectos más criticables, destacamos ahora tan sólo dos. En primer lugar, la nota de provisionalidad que caracteriza a todo el sistema, pues supone retrasar y no abordar la creación del siempre anunciado sistema «permanente» de solución de controversias del MERCOSUR. En segundo lugar, es igualmente criticable el que se trate de un sistema concebido principalmente para la solución de las controversias comerciales que surjan exclusivamente entre los Estados Partes. Las escasísimas posibilidades de acceso a estos sistemas de solución que se establecen a favor de los particulares y la desconexión prácticamente total que existe entre el sistema de solución de controversias del MERCOSUR y los órganos judiciales nacionales de los Estados Partes resultan inconcebibles en una organización que se pretende de integración económica entre varios Estados. El que el sistema de solución de controversias del MERCOSUR se erija al margen de los principales operadores económicos no hace más que poner de relieve que falla la premisa del sistema: existe una ausencia de voluntad política de los Estados Partes del MERCOSUR por avanzar decididamente en la integración económica. Mientras esta voluntad política no se dé, el sistema de solución de controversias del MERCOSUR no podrá ser un motor que acelere la integración económica, pudiendo llegar a constituirse en un freno a la misma.