

Volumen 48 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Enciclopedia del Arbitraje

Segunda Parte

Director:

Jorge Luis Collantes González

Coordinadores académicos:

Domitille Baizeau (LALIVE, Ginebra)

Anne-Carole Cremades (Schellenberg Wittmer, Ginebra)

Marco de Benito Llopis-Llombart (IE Law School, Madrid)

Bárbara de la Vega Justribó (Universidad Carlos III de Madrid)

Jaime Gallego (LALIVE, Ginebra)

Jorge Mas Taladriz (Madrid)

Coordinación general y asistencia:

Anna Arnalte

Vanessa Ghahremani Thomsen

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ENCICLOPEDIA DEL ARBITRAJE
SEGUNDA PARTE

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, junio 2018
Tiraje: 500 ejemplares
Fecha de publicación: junio 2018

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2017-16941

ISBN: 978-612-47449-6-9
Impreso en el Perú - Printed in Peru

MEDIDAS COMPENSATORIAS EN EL MERCOSUR

El tema de las medidas compensatorias está íntimamente relacionado con la cuestión de la obligatoriedad del cumplimiento de los laudos arbitrales en el Mercosur (véase la voz «Laudos arbitrales en el Mercosur»). Por ello, el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur le dedicó a este tema dos artículos referidos, respectivamente, a la facultad de aplicar medidas compensatorias (art. 31) y a la facultad de cuestionar tales medidas (art. 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 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 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 art. 30 para la solución de diferencias sobre el cumplimiento de los laudos.

El Estado beneficiado por el laudo que decida imponer medidas compensatorias debe cumplir dos obligaciones de comportamiento. Ese 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. En segundo lugar, las medidas compensatorias que vaya a adoptar, las deberá notificar formalmente al Estado que deba cumplir el laudo con una anticipación mínima de quince días.

Correlativamente, el Protocolo de Olivos reconoce al Estado obligado por el laudo la facultad unilateral de cuestionar tales medidas compensatorias. No obstante, 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 las medidas compensatorias. El primer motivo es que exista un desacuerdo sobre el grado de cumplimiento del laudo. Es posible que el Estado beneficiado por el laudo arbitral aplique medidas compensatorias por considerar insuficiente el cumplimiento del laudo, pero el Estado obligado puede estimar que las medidas adoptadas son suficientes en sí mismas para darlo por cumplido.

En este caso, el Estado obligado dispone de un plazo de quince 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 Tribunal Permanente de Revisión (TPR), según corresponda (véanse las voces «Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur» y «Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur»), quienes tendrán un plazo de treinta días para pronunciarse al respecto.

El segundo motivo se da en caso de que el Estado 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 pronunciamiento son los mismos que para el motivo anterior. Cuando se alegue el segundo motivo, el tribunal que corresponda deberá evaluar, según el caso, la fundamentación esgrimida para aplicar en su caso las medidas compensatorias en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo.

Si el pronunciamiento del tribunal competente fuera favorable al Estado obligado por el laudo principal, el Estado que adoptó las medidas compensatorias deberá adecuarlas a la decisión del tribunal en un plazo máximo de diez días, salvo que el tribunal establezca 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 puede convertirse en un aliciente para que el Estado obligado por el laudo principal recurra siempre ante el tribunal competente, la imposición de medidas compensatorias, pues nada tiene que perder.

Creemos que el intento del Protocolo de Olivos de someter a control jurisdiccional las diferencias que puedan surgir acerca del cumplimiento del laudo, es insuficiente y, 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 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 surgen los 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, sino a otra distinta? Una interpretación amplia acerca de lo que son «medidas excesivas» podría cubrir esta laguna. Pero, más difícil de solucionar es la controversia que surge cuando lo que se cuestiona es la otra condición; es decir, cuando el Estado obligado alegue 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 (diferencias sobre el 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. Puede ocurrir que un Estado beneficiado por un laudo aplique correctamente medidas compensatorias al Estado obligado que no cumpla el laudo en el plazo previsto. En estos casos, lo más frecuente es que el Estado obligado llegue a realizar un cumplimiento tardío del laudo arbitral. Pero, cumpliendo el laudo, aunque sea tardíamente, 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 art. 32 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, está concebida para cuando esta controversia 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 quince 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 art. 32. En nuestra opinión, tampoco se trata de un supuesto de «medidas excesivas», ya que este motivo supone que se puedan seguir aplicando medidas compensatorias, aunque 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.

Una interpretación literal del Protocolo de Olivos puede causar problemas prácticos en el supuesto en que el Estado beneficiado, por un laudo aplique medidas compensatorias; y, simultáneamente, lleve a consideración del tribunal competente, una controversia sobre el cumplimiento del laudo, de conformidad con el art. 30.

No se puede descartar la posibilidad de que el tribunal competente llegue a pronunciarse 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 son en sí mismas suficientes para dar por cumplido el laudo principal; segunda, que el tribunal competente constate 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 distintas, aunque ninguna se ha previsto en el Protocolo de Olivos. En la primera hipótesis, el pronunciamiento del tribunal competente debe 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, el pronunciamiento del tribunal competente debe implicar la modificación inmediata de las medidas compensatorias impuestas para adecuarlas a su decisión, así como la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados, debido a los excesos de tales medidas.

En todo caso, resulta paradójico, en nuestra opinión, que el Protocolo 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 acerca de si se ha cumplido o no el laudo principal.

(Autor: Valentín Bou Franch, Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Valencia. OrcidId: 0000-0002-4046-6337).

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

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Laudos arbitrales en el Mercosur. Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur. Tribunal Permanente de Revisión en el Mercosur.