

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

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN EN EL MERCOSUR

La Organización internacional del Mercado Común del Sur (Mercosur) tiene un sistema propio de solución de las controversias relativas al Derecho del Mercosur. Actualmente, este sistema se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur (en vigor desde el 1 de enero de 2004) y en su Reglamento, aprobado por la Decisión CMC n.º 37/03.

Debe indicarse que el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) no es un órgano judicial de carácter «permanente», sino que son los «integrantes» del TPR quienes «deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se les convoque» (art. 19). Dadas las amplias facultades que se reservan los Estados miembros del Mercosur en la designación de los árbitros que integran el TPR; en la elección de los árbitros que resolverán cada recurso concreto; y en la determinación de los criterios de funcionamiento del TPR, pese a su denominación, el TPR se configura como un tribunal arbitral de apelación («*Appeal Arbitral Court*») que puede constituirse en cualquier momento.

La composición del TPR es de cinco árbitros, de los que cada Estado miembro designa un árbitro y su suplente por un período de dos años, renovable por no más de dos períodos consecutivos. Tres meses antes del término del mandato de los árbitros, los Estados miembros deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candidatos (art. 18.5). En caso de expirar el período de actuación de un árbitro que se encuentre entendiendo de una controversia, éste deberá permanecer en funciones hasta su conclusión (art. 18.6).

La elección del quinto árbitro resulta más compleja. Deberá ser designado por un período de tres años, no renovable, salvo acuerdo en contrario de los Estados miembros. Deberá ser elegido por unanimidad de los Estados miembros, de entre los candidatos incluidos en una lista de árbitros, denominada «lista de quintos árbitros»; por lo menos, tres meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Si en el plazo previsto no se logra la unanimidad de los Estados miembros, su designación la realizará la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) en los dos días siguientes, por sorteo de entre los integrantes de la «lista de quintos árbitros». La «lista de quintos árbitros» se conformará con ocho integrantes, de los que cada Estado miembro propondrá dos, que deberán ser nacionales de los países del Mercosur.

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 recurrir directamente al arbitraje 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*» (art. 23) (véase la voz «Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur»). Los laudos del TPR, cuando actúe como tribunal de primera instancia, no son susceptibles de ulterior recurso ante ningún tribunal.

Al margen de este supuesto excepcional, el TPR es una tribunal de apelación, ya que «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 quince días, a partir de la notificación del mismo» (art. 17.1). No obstante, no todos los laudos (véase la voz «Laudos arbitrales en el Mercosur») de los tribunales arbitrales *ad hoc* pueden ser recurridos ante el TPR: existen excepciones y límites. Están excluidos los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc* que decidan una controversia *ex aequo et bono*; es decir, según equidad (art. 17.3). Respecto de los laudos de los tribunales arbitrales *ad hoc* fundados en Derecho, sí cabe el recurso de revisión contra los mismos, siempre que el recurso se limite a «las cuestiones de Derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del tribunal arbitral *ad hoc*» (art. 17.2). Por lo tanto, no cabe recurrir en revisión las controversias sobre los hechos.

Cabe distinguir entre el funcionamiento ordinario y el extraordinario del TPR. En lo que respecta a su funcionamiento ordinario, prima la regla de la autonomía de la voluntad de los Estados miembros del Mercosur, quienes de común acuerdo podrán definir los «criterios» para el funcionamiento del TPR (art. 20.3). Si no ejercen esta opción, el funcionamiento ordinario del TPR variará en función del número de Estados miembros del Mercosur afectados por la controversia. Si una controversia sólo afecta a dos Estados miembros, se puede considerar que el TPR funciona en «salas», ya que en estos casos el TPR estará integrado únicamente por tres árbitros. Dos de ellos serán nacionales de cada Estado parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la Presidencia, se designará por el Director de la SAM al día siguiente de la interposición del

En nuestra opinión, esta diferencia de funcionamiento en «salas» (compuestas por tres árbitros) y «plenario» (compuesto por cinco árbitros) puede significar en la práctica la frustración del objetivo que se persiguió 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 arbitrales *ad hoc* han sido controversias entre dos Estados miembros, por lo que su funcionamiento ha sido en «salas» de tres árbitros. Con un TPR funcionando con una composición de tres 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.

Respecto del funcionamiento extraordinario del TPR, el art. 24 del Protocolo de Olivos dispone que el Consejo del Mercado Común (CMC) «podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes». Esta sucinta disposición, que se ha desarrollado en la Decisión CMC n.º 23/04, merece dos comentarios. En primer lugar, se ha de destacar la amplia 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»; b) cuáles son los «procedimientos especiales» para 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 debieron quedar fijados en el 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 quince días, si una de las partes entiende que hay urgencia en su solución, puede recurrir unilateralmente al arbitraje. Es más, tiene dos opciones. Si opta por la creación de un tribunal arbitral *ad hoc*, el art. 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 situación puede ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia». Por lo tanto, en este caso, la previsión del art. 24 de unos «procedimientos especiales» ante el TPR, para casos que pudieran ocasionar «daños irreparables», carece de sentido. Como alternativa al establecimiento de un tribunal arbitral *ad hoc*, existe la opción, por mutuo acuerdo, de someterse directamente, y en instancia única, al TPR. Pero, también esta previsión, contemplada en el art. 23, expresamente incluye la potestad del TPR de dictar medidas provisionales como si de un tribunal arbitral *ad hoc* se tratara. Entendemos que en estas circunstancias es lícito cuestionar el sentido de la previsión del art. 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* (art. 22).

Cabe señalar, finalmente, que el Protocolo de Olivos también delegó en el CMC la posibilidad de «establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al TPR, definiendo su alcance y sus procedimientos» (art. 3). El CMC concretó esta previsión en el Reglamento del Protocolo de Olivos. Tienen legitimidad para solicitar opiniones consultivas todos los Estados miembros del Mercosur actuando conjuntamente, los órganos decisorios del Mercosur, los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados miembros y el Parlamento del Mercosur. La opinión consultiva deberá referirse necesariamente a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur. Para emitir tales opiniones, el TPR actuará en «plenario», disponiendo de un plazo máximo improrrogable de cuarenta y cinco días. 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.

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

sias en el Mercosur». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2, 2007, pp. 257-308. REY CARO, E. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002. 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: Laudos arbitrales en el Mercosur. Medidas compensatorias en el Mercosur. Tribunales arbitrales *ad hoc* en el Mercosur.