

Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur

Libros

Ernesto Rey Caro
Estudios de Derecho Internacional, Córdoba, República Argentina, Marcos Lerner Editora, 2002; 100 páginas.

El MERCOSUR (Mercado Común del Sur), originado en el Tratado de Asunción suscripto entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el 26 de marzo de 1991, se constituyó primariamente como una zona de libre comercio en los cuatro países, con un arancel externo común en las relaciones del bloque con el resto del mundo. Luego, en 1994, el Protocolo de Ouro Preto estableció la estructura institucional definitiva del Mercosur, que actualmente constituye una zona de libre comercio en su interior y una unión aduanera hacia el exterior, conformando en la actualidad una de las muy escasas uniones aduaneras en el mundo.

Como todo sistema regional que pretendía profundizar sus relaciones, el Mercosur contaba con un mecanismo de resolución de controversias, en el Protocolo de Brasilia, aprobado el 17 de diciembre de 1991, y su respectiva reglamentación¹, a más del Anexo al Protocolo de Ouro Preto – Procedimiento General para las Reclamaciones ante la Comisión de comercio del Mercosur (1994).

En los primeros años de existencia, el Mercosur fue una rea-

¹ MERCOSUR/CMC/DEC N° 17/98.

lidad palpable en nuestros países, puesto que en el lapso de cinco años se observó un incremento del 200% del comercio intra-Mercosur; cifras que siguieron subiendo en la segunda mitad de la década de los noventa. A más de ello, deben destacarse de esta época los acuerdos celebrados con sus miembros asociados, como Chile, y Bolivia y con otros grupos tales como la Unión Europea y la Comunidad Andina de Naciones.

El cambio de siglo encontró al bloque en una fase de crisis correlativas a las que atravesaban en sus ámbitos internos los Estados Partes, especialmente Argentina y Brasil; por ello se propusieron una serie de medidas tendientes a superar la retracción del proceso de integración. Muestra de esta preocupación son las palabras con que comienza Ernesto Rey Caro su libro, al señalar que *“La preocupación por el estancamiento del Mercosur a fines de la década pasada, indujo a los principales protagonistas del proceso a promover un “Relanzamiento”, que incluyó el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias”*². Con esta reflexión, el autor comienza su obra donde abordará el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur.

Un gran mérito de este libro es que fuera publicado casi inmediatamente después de la suscripción por parte del consejo Mercado Común³, del Protocolo de Olivos⁴, esto es el 18 de febrero del año 2002 terminándose de imprimir en abril de 2002. Seguramente ésta debe ser una de las razones por las cuales se divide en dos partes, la primera dedicada al análisis del Protocolo y la segunda un Anexo Documental, que contiene su texto completo.

Resulta importante destacar que el Protocolo de Olivos está vigente desde el año 2004, puesto que el último Estado Parte en depo-

² “Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur”. Estudios de Derecho Internacional. Marcos Lerner Editora, Córdoba, República Argentina, 2002, p. 10.

³ Cabe recordar, sumariamente, que los órganos principales del MERCOSUR son el Consejo Mercado Común y el Grupo Mercado Común. El primero, es el órgano superior encargado de la conducción política e integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados miembros, no obstante que, al menos cada seis meses, sesione con los respectivos presidentes de los países. El segundo, es el órgano ejecutivo del MERCOSUR, compuesto por representantes de los gobiernos coordinados por los respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores.

⁴ La reunión del Consejo Mercado Común se llevó a cabo en la Localidad de Olivos, ubicada en la provincia de Buenos Aires, República Argentina.

sitar el instrumento de ratificación fue Brasil, lo que hizo el pasado 02/12/2003. Por lo tanto, entró en vigencia a los 30 días de la fecha en que fue depositado el cuarto instrumento de ratificación⁵.

Sin duda que la necesidad de contar con un mecanismo de solución de conflictos eficiente era imperativa, teniendo como última ratio preservar el Estado de Derecho y el proceso de integración en conjunto. Dreyzin de Klor refiriéndose al tema, señalaba que “...la reformulación del sistema actual es una tarea que aparecía cada vez con mayor insistencia, como parte de la gran asignatura pendiente”⁶.

Avanzar hacia un órgano supranacional permanente con funciones jurisdiccionales, que ejerza el control de legalidad y que unifique interpretaciones, han sido propuestas de la doctrina para otorgar mayor legitimidad al proceso. No obstante, creemos que el carácter intergubernamental del Mercosur hasta la fecha no permite institucionalizar una corte supranacional.

Asimismo, estamos convencidos de que la “regionalización” debe construirse fundamentalmente sobre la base de una cierta homogeneidad social y cultural. En ese marco, la homogeneidad a la que nos referimos no sólo significa igualdad sustancial de todas las entidades miembros y de la entidad global, sino fundamentalmente cierto grado de acuerdo respecto de algunos valores y principios sobre los cuales se estructure la integración. Es que la integración puramente económica, vista desde la perspectiva de los Estados, sujetos tradicionales del Derecho Internacional Público, puede llevar una vez más a construir categorías nuevas de superpoderes (ahora supraestatales), con total prescindencia de la persona humana.

En este contexto, para nosotros “la regionalización” no es un fin en sí misma, sino únicamente un “medio” que sólo resultará adecuado a nuestro gran fin (la protección de la dignidad de la persona) si se construye sobre la base de ciertas y determinadas premisas. En síntesis creemos que se debe estar por la regionalización, pero no “cualquier tipo” de regionalización.

⁵ Protocolo de Olivos: Artículo 52.1. El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, entrará en vigor el trigésimo día contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el cuarto instrumento de ratificación

⁶ “Protocolo de Olivos” trabajo presentado en el “Forum Brasil-Europa” organizado por la Fundación Honrad Adenauer y la Universidad Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 22-24 de noviembre de 2002, <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/05-22-for-protocololivos.thm>

Por ello, opinamos que el Mercosur tiene aún un largo camino por recorrer con vistas a la necesaria homogeneidad para su desarrollo. En este contexto, el Protocolo de Olivos sólo viene a modificar y mejorar el sistema de solución de conflictos.

Al inicio, el autor hace una sinopsis de las discusiones previas a la suscripción del Protocolo, en que se destacan los proyectos del Grupo Ad-Hoc sobre Aspectos Institucionales y del Grupo de Alto Nivel, que sirvieron como base para el texto final del Protocolo de Olivos e incluye mínimos pero suficientes antecedentes históricos, para entrar de lleno en el análisis pormenorizado del Protocolo, siguiendo su estructura de capítulos y artículos.

A primera vista, la ausencia de un glosario de abreviaturas puede dificultar la lectura, lo que el autor procura salvaguardar en el mismo texto. Se advierte asimismo que la inclusión de subtítulos podría haber contribuido a la lectura del libro.

Al tratar el artículo 3, Rey Caro manifiesta que se debería haber determinado expresamente el valor de las opiniones consultivas del Tribunal permanente de Revisión (la mayor novedad del Protocolo, como bien señala el autor y comentaremos más adelante), punto que sin duda ha sido omitido en el Protocolo.

El autor continúa con el tratamiento de cada uno de los procedimientos instituidos por el Protocolo, señalando las falencias de las “negociaciones directas” y el “procedimiento arbitral Ad-Hoc”. Sobre esto último, destacamos que la existencia de una lista cerrada de árbitros resulta una modalidad totalmente distinta de la seguida por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en la cual justamente no hay listados oficiales para dirimir las cuestiones sometidas al arbitraje. Con esto se señala la gran diferencia entre las cuestiones reguladas en el Protocolo de Olivos y el Reglamento de Arbitraje de dicha Cámara, cuyo reconocimiento es mundial y las disputas a las que se aplica son más amplias⁷.

⁷ El artículo 1 expresa “...*La función de la Corte (Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de comercio Internacional) consiste en proveer a la solución mediante arbitraje de las controversias de carácter internacional, surgidas en el ámbito de los negocios, de conformidad con el presente Reglamento de arbitraje de la CCI (el “Reglamento”). La Corte proveerá asimismo la solución mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento, de las controversias que no revistan un carácter internacional, surgidas en el ámbito de los negocios, cuando exista un acuerdo de arbitraje que así la faculte*”.

El Protocolo, en sus primeros capítulos, regula los conflictos entre Estados Partes del Mercosur y, sobre el particular, Rey Caro opina que las aclaraciones que sobre los candidatos a árbitros pueden pedir los Estados implicaría que ellos ejercen un real “derecho de veto” a su nominación (pág. 25). Aquí no concordamos con su opinión, ya que por el tipo de controversias y las connotaciones que los laudos tienen sobre el desarrollo del Mercosur, se justifica este derecho prioritario de los Estados aun a costa de colocar a los árbitros en situaciones de exposición que, seguramente, sus condiciones personales no lo merecen, pero dado que el consentimiento de los Estados es la base para el desarrollo de este proceso de integración, quizás no haya otra alternativa que los árbitros que no estén dispuestos a pasar por este proceso no acepten las nominaciones de sus Estados.

Al referirse al Artículo 16 y al plazo para la dictación del laudo arbitral, lo compara con el Protocolo de Brasilia y destaca que el de Olivos ha sido mucho más explícito y claro, pensamiento que compartimos.

Muy bien señala el autor que la reforma más trascendente introducida por el Protocolo de Olivos es la vinculada a la creación del “Tribunal Permanente de Revisión”; siendo ésta uno de los principales motivos de la adopción de un nuevo instrumento para lograr una “interpretación uniforme de la normativa del Mercosur”. Certestamente reconoce que es un progreso con relación al protocolo de Brasilia, pero que se aleja de lo que los estudiosos han propuesto y a lo que hicimos referencia más arriba.

Al respecto, no dejamos de reconocer la importancia que puede tener para el desarrollo de todo el proceso de integración la interpretación uniforme que supere la diversidad interpretativa de los jueces nacionales y de los árbitros intervinientes; pero para avanzar en el modelo de la Unión Europea, el Mercosur requiere previamente homogeneizar condiciones de vida, relaciones sociales, económicas y jurídicas. En este estado de cosas, el protocolo de Olivos resulta un importante avance.

Critica Rey Caro su conformación, ya que no es un tribunal permanente sino de árbitros sujetos a disponibilidad permanente. Prosigue con la designación de los árbitros, analizando todas las alternativas respecto de sus cinco miembros. Reprocha especialmente que sólo se integrará con cinco miembros en caso de que

la controversia involucre a más de dos Estados Partes, lo cual parece que no ocurrirá nunca, porque él mismo señala que bajo el Protocolo de Brasilia nunca se había producido un caso con más de dos Estados Partes del Mercosur. Por ello, destaca que no se logrará la interpretación uniforme con tres árbitros que trabajarán casi permanentemente en el Tribunal y que en integraciones sucesivas podrán adoptar otros criterios.

Sin duda, la integración de cuatro Estados Partes del MERCOSUR llevó a los redactores del texto a no plantear desde el inicio un tribunal permanente integrado por tres miembros. No obstante, coincidimos plenamente con Rey Caro en que la propuesta en el Protocolo tampoco es una solución, que se aleja del objetivo de creación del tribunal y, por ende, la modificación del sistema de solución de controversias.

El autor continúa tratando los alcances del pronunciamiento del Tribunal Permanente de Revisión. Explica cómo las partes pueden obviar la intervención del Grupo Mercado Común y el Tribunal Ad-Hoc, para acudir directamente al Tribunal Permanente, expresando que ésta puede ser la vía más apropiada para evitar dilataciones y mayores costos.

Reprocha la redacción del Artículo 24 del Protocolo porque resulta “fuera de contexto” (pág. 39), puesto que prevé que el Consejo Mercado Común puede establecer procedimientos especiales para casos excepcionales de urgencia. Rey Caro lo relaciona con los Artículos 23 y 15 del Protocolo y opina que el Artículo 24 no era necesario. Concordamos con el autor, ya que disposiciones como la mencionada socavan la seguridad jurídica que se pretende alcanzar con un procedimiento de solución de controversias perfectamente reglamentado.

Posteriormente, incorpora un acertado comentario sobre los laudos, destacando su confidencialidad y la imposibilidad de fundar los votos en disidencia de los árbitros, con lo cual expresa que se limita el desarrollo del derecho, idea a la que suscribimos.

Menciona el Artículo 28, relativo al recursos de aclaratoria y la discusión doctrinal de si se trata o no de un verdadero recurso. Analiza los Artículos 29 y 30, este último referido a la existencia de divergencias para el cumplimiento de los laudos, destaca qué pasaría si no pudiera convocarse nuevamente al mismo Tribunal Ad-Hoc o al de Revisión, señalando la falta de antecedentes sobre estas cuestiones.

Con acertada técnica trata el Capítulo IX “medidas compensatorias” y sus mecanismos, y expresa que el Protocolo de Brasilia ya se había ocupado de estas medidas que pueden adoptar los Estados cuando la parte perdedora no cumple los laudos.

Posteriormente se refiere a las “Disposiciones comunes” tratadas en el Capítulo X del Protocolo de Olivos, manifestando que el Artículo 33 consagra una forma importante para el sistema cerrado de solución de controversias, en virtud de la cual los Estados Partes aceptan las respectivas jurisdicciones de los Tribunales Ad-Hoc y del Tribunal Permanente de Revisión. Esta disposición tiene el mismo efecto que la llamada “Convención de Nueva York”⁸ en cuanto asegura que los laudos arbitrales obtengan el reconocimiento en todos los Estados Partes del MERCOSUR.

Continúa Rey Caro, con el Artículo 35 y las exigencias a los árbitros, expresando que no son excesivas. En cuanto a la provisión de los costos efectuada por el Protocolo de Olivos, considera que es una novedad que se haya provisto un fondo especial para efectuar el pago y que haya concedido su administración a la Secretaría Administrativa. El tema de los costos del arbitraje siempre constituye materia primordial al momento de definir su uso habitual, particularmente cuando entre los Estados Partes existen divergencias de monedas y los gastos suelen ser altos. Por ello, la previsión del Fondo nos demuestra la firme voluntad de avanzar en el arbitraje.

Respecto del Capítulo XI, dedicado al “Reclamo de Particulares”, opina que no se han registrado innovaciones sustanciales con relación al Protocolo de Brasilia. Trata en detalle cada uno de los artículos dedicados al tema, criticando el Artículo 41 porque considera que el numeral 1 implica la estatización del proceso y un retroceso. Pasada la fase de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común, el Protocolo y el autor abordan el procedimiento ante este Grupo, que puede rechazar o aceptar el reclamo del

⁸ La “Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, que data del 10 de junio de 1958, ha sido un instrumento fundamental para el desarrollo y cumplimiento por parte de los Estado que la suscribieron (más de 130 hasta la fecha) de las sentencias arbitrales dictadas en un Estado distinto de aquel en que se pide su reconocimiento y ejecución.

particular. Ante esta última opción, esta instancia debe convocar a un grupo de expertos, tratando su constitución, funcionamiento y conclusión de reclamo, conforme a su dictamen.

El autor aborda el Capítulo XII del Protocolo y menciona que algunas cuestiones no habían sido tratadas por el Protocolo de Brasilia y otras sí. Critica el Artículo 45 que trata de las transacciones y el desistimiento, expresando que la reglamentación podrá suplir situaciones que él formula y que no fueron tratadas, no obstante su importancia.

Cuestiona el Artículo 46 sobre la reserva de la documentación, excepto sobre los laudos, y expresa que si se trata de procedimientos arbitrales ya concluidos, dicha documentación debería ser pública.

Concordamos con el autor respecto de que al unificar las reglas de procedimientos que deben aplicar los Tribunales Arbitrales Ad-Hoc, el Artículo 51 es una interesante solución, porque si bien subsisten ciertas facultades de estos tribunales, el procedimiento debe atenerse al marco de las “reglas modelo que deben ser aprobadas por el Consejo Mercado Común”.

Menciona las disposiciones finales, entre las que destacamos la vigencia del Protocolo de Brasilia para causas en resolución y los idiomas de los procedimientos, que serán el español y el portugués (el idioma es uno de los requisitos fundamentales en cualquier procedimiento arbitral).

Por último, el autor llega a varias conclusiones que podrían clasificarse e excelentes con las cuales no se puede menos que estar de acuerdo.

La utilidad del libro se refleja en los aportes que realiza para la futura reglamentación del Protocolo de Olivos. Asimismo, efectúa una contribución en temas prácticos que deben ser abordados por quienes tengan las responsabilidades de llevar adelante su implementación.

Cabe agregar que el “Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR”, ha sido aprobado por el Consejo Mercado Común mediante Decisión N° 37/03, de fecha 15 de diciembre de 2003, haciéndose presente en sus Considerandos que la reglamentación se dicta en cumplimiento del Artículo 47 del Protocolo y que se fundamenta en “La necesidad de contar con dicha reglamentación una vez en vigencia el

Protocolo a efectos de asegurar la efectividad de sus mecanismos y la mayor seguridad jurídica del proceso de integración”.

De reciente vigencia, observamos que tanto el Reglamento como el Protocolo contemplan cuestiones planteadas por Rey Caro, lo que reafirma el amplio manejo que tiene el autor de todo el sistema del MERCOSUR.

El libro está bien presentado y no cabe duda de que su autor es un profesor universitario comprometido con la necesidad de explicar los temas a sus estudiantes de un modo llevadero y claro.

Por lo expuesto, la obra resulta un aporte APRA el proceso de integración del MERCOSUR, uno de cuyos pilares es indudablemente el ámbito académico de nuestros países. En esto coincidimos quienes fervientemente creemos en el papel fundamental de nuestras universidades para el desarrollo de nuestra región.

Andrea Lucas Garín

Programa de magíster en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio (LL.M.), Universidad de Chile – Universidad de Heidelberg.