



MERCOSUR. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, SU INSTITUCIONALIDAD

MERCOSUR. DISPUTE SETTLEMENT, ITS INSTITUTIONALISM

CLARA AMZEL-GINZBURG

RESUMEN

Este trabajo reseña la superación de diferencias en el bloque mercosureño. Considera la normativa que lo regula desde la misma creación del esquema mediante el fundacional Tratado de Asunción, que en su Anexo III contiene embrionariamente el modo de resolver los conflictos que se planteen. El instrumento que lo sucede es el Protocolo de Brasilia, iniciador de decisiones a cargo de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc -TAH-. Es reemplazado por el vigente Protocolo de Olivos, en el que a la primera instancia de los TAH se suma la posibilidad de examen del Tribunal Permanente de Revisión. Asimismo, se reseñan normas relativas a la necesidad de reforma institucional del sistema de solución de controversias, aún sin concreción. Se señala la conveniencia de introducir modificaciones para implementar un sistema jurisdiccional, sobre la base de dos propuestas.

PALABRAS CLAVE

Solución de controversias, normativa, sistema arbitral, laudos.

ABSTRACT

This article deals with dispute settlement in MERCOSUR as established first in the Treaty of Asuncion, Annex III. This treaty was followed by the Protocol of Brasilia that became the initiator of decisions by the Ad Hoc Arbitration Tribunals (AHAT). This Protocol was replaced by the presently in force Protocol of Olivos in which, in addition to the first instance of the AHAT, it provides the possibility of examination by the Permanent Tribunal of Revision. The article also outlines the rules for the institutional reform of the system of resolution of controversies, which has yet to be established. The usefulness of introducing modifications to implement a jurisdictional system on the basis of two proposals is discussed.

KEY WORDS

Dispute settlement, regulations, arbitration system, arbitrator's award.



INTRODUCCIÓN

En un proceso de integración es insoslayable establecer un sistema de solución de controversias. La violación de la normativa, ya sea por inobservancia de ella por alguno de sus miembros o por colisión de intereses entre algunos de sus Estados parte, causada por diferente interpretación de las reglas que rigen el esquema, requiere ser resuelta de modo que estatuya en su estructura institucional, el órgano y el procedimiento de resolución de diferendos. El régimen adoptado al respecto puede variar en cuanto a los métodos señalados en su ordenamiento jurídico. Así, se han establecido tribunales arbitrales –que se pronuncian mediante laudos- u órganos jurisdiccionales –cuyas decisiones son sentencias-. Las resoluciones adoptadas por unos y otros tienen la finalidad –como lo expresan los respectivos documentos que los crean- de dar una interpretación uniforme de las normas del proceso como medio de proporcionar seguridad jurídica.

El sistema de solución de controversias del MERCOSUR fue considerado en el Anexo III del fundacional Tratado de Asunción, con indicación de proceder oportunamente a dotar al esquema de un mecanismo permanente. El documento que lo sigue – Protocolo de Brasilia- se suscribió a escaso tiempo de la fundación del bloque, expresando que su vigencia se extendería hasta estatuir un sistema estable. No obstante, el Protocolo de Olivos, actualmente en vigor, manifiesta de modo similar su vigencia hasta la adopción de un sistema perdurable, por lo que se trata aún de un objetivo a cumplir.

Su evolución revela, con sus más y sus menos, la tentativa de dar pasos efectivos hacia su avance. En qué grado tal propósito se ha logrado, hasta el momento sólo es indicativo de que cabe efectuar una revisión más radical: la implementación de un modelo jurisdiccional.

1. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

1.1. Tratado de Asunción

El Tratado de Asunción (TA, marzo de 1991), constitutivo del bloque, en su Anexo III estableció un sistema de solución de controversias en el que dispuso que las diferencias entre Estados parte, originadas en la aplicación de dicho Tratado, serían resueltas mediante negociaciones directas. No lograda la solución, someterían el



diferendo a la consideración del Grupo Mercado Común (GMC), órgano ejecutivo del proceso (al que se refiere el art. 13 del TA), que en el lapso de 60 días debía efectuar recomendaciones para solucionar la controversia. A tal efecto, podía convocar expertos o grupos de peritos para contar con asesoramiento técnico. No alcanzada la solución, correspondía dar intervención al órgano superior del proceso, el Consejo del Mercado Común (CMC, que establece el art. 10 del TA), que adoptaría las recomendaciones pertinentes (numeral 1).

Dentro de los 120 días de la entrada en vigencia del Tratado de Asunción, el GMC elevaría a los Gobiernos una propuesta de sistema de solución de controversias que regiría durante el período de transición a vencer el 31 de diciembre de 1994 y, antes de esa fecha, los Estados parte adoptarían para el mercado común un sistema de solución de controversias permanente (numerales 2-3).

1.2. Protocolo de Brasilia para la solución de controversias

En virtud del compromiso asumido en el Anexo III del TA de adoptar un sistema de solución de controversias para el período de transición y por lo dispuesto de modo embrionario en ese Anexo, le siguió la firma del Protocolo de Brasilia –PB- (diciembre de 1991). Disponía como derecho aplicable a la resolución de las controversias entre Estados parte sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el marco de éste, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC, diferendos que se someterían a los procedimientos del PB (art. 1).

Las etapas previstas para resolver el conflicto eran:

- las negociaciones directas (art. 2-3),
- la intervención del GMC, que al término de su actuación pronunciaría sus recomendaciones para superar el diferendo (art. 4-6),
- el procedimiento arbitral, a iniciarse cuando el diferendo no se hubiera resuelto en las dos etapas anteriores (art. 7-24).

Este procedimiento le competía a un Tribunal Arbitral Ad Hoc (TAH) que, en cada caso planteado, se debía constituir con tres miembros y cuya jurisdicción los Estados parte reconocían como obligatoria sin necesidad de acuerdo especial. El TAH decidiría el diferendo conforme al citado derecho, así como los principios y disposiciones



aplicables en la materia (como complementa el art.19 en su inc. 1 al art. 1). No quedaba excluida la facultad del TAH de decidir el diferendo *ex aequo et bono*, si las partes así lo hubieran convenido (art 19 inc. 2).

El laudo del Tribunal -a ser expedido por escrito en el plazo de 60 días- se debía adoptar por mayoría y ser fundamentado –sin poder alegar votos en disidencia, debiendo mantenerse confidencial la votación-, siendo inapelable y obligatorio, lo que no impedía solicitar aclaratoria o interpretación sobre su cumplimiento (art. 20-21 y 22 inc. 1).

El PB, parte integrante del Tratado de Asunción, sería aplicable a la resolución de los diferendos hasta la entrada en vigencia de un sistema de solución de controversias permanente, la adhesión de un Estado al Tratado de Asunción implicaba *ipso jure* la adhesión al PB (art. 34-35). Este Protocolo en comentario fue derogado por el Protocolo de Olivos (art. 55).

1.3. Protocolo de Ouro Preto

Del Protocolo de Ouro Preto (POP) –adicional al constitutivo TA- sobre estructura institucional del MERCOSUR (diciembre de 1994), se considerarán aquí las disposiciones vinculadas con el sistema de solución de controversias del bloque.

En tal sentido, cabe citar la inclusión de la Comisión de Comercio en la estructura del MERCOSUR que, junto con el CMC y el GMC, es un órgano con capacidad decisoria, asiste al GMC y se pronuncia mediante Directivas obligatorias para los Estados parte, tal como lo son las Decisiones del CMC y las Resoluciones del GMC. En el Capítulo VI, sobre solución de controversias (art. 43-44), se determina que las citadas Directivas se añaden al derecho aplicable a la resolución de los diferendos. El Anexo del Protocolo estatuye el Procedimiento General para las Reclamaciones ante la CCM.

Asimismo, se estableció en su artículo 44 que antes de la convergencia del arancel externo común (AEC) se efectuará una revisión del sistema de solución de controversias, con el fin de adoptar uno permanente, conforme a lo previsto en el Anexo III del TA y en el artículo 34 del PB.

1.4. Protocolo de Olivos



En enero de 2004, entró en vigencia el Protocolo de Olivos -PO- (firmado en febrero de 2002) en reemplazo del PB. La resolución de los diferendos entre los miembros está sujeta al mismo derecho aplicable que el establecido en el PB, por cierto con las ya incorporadas Directivas de la CCM (art. 1 inc. 1 y art. 34 inc. 1 del PO). De considerarse necesario, se pueden establecer mecanismos para resolver divergencias sobre aspectos técnicos reglados en instrumentos de políticas comerciales comunes (art 2 inc. 1).

La superación del conflicto se puede alcanzar mediante:

- negociaciones directas (art. 4-5),
- procedimiento optativo ante el GMC (art. 6-8),
- procedimiento arbitral a iniciarse cuando el diferendo no se resolvió en las dos etapas anteriores (art. 9-16). El laudo de esta primera instancia admite un recurso de revisión (art. 17-24).

La primera instancia está a cargo de los TAH que se constituyen para cada caso a resolver y se componen con tres árbitros (art. 10 inc. 1). Los Estados parte en la controversia designarán cada uno de ellos un árbitro. El tercero –y su suplente- será designado de común acuerdo por las dos partes y pasará a ser el Presidente del Tribunal. El Presidente y su suplente no podrán ser nacionales de los Estados parte en la controversia (art. 10 inc. 2-3). El objeto del diferendo queda determinado por los escritos de presentación y respuesta presentados ante el TAH y no puede ser ampliado con posterioridad. Los planteamientos expuestos en los escritos mencionados se basarán en las cuestiones consideradas en las etapas previas (art. 14 inc. 1-2). El TAH pronunciará su laudo en un plazo de 60 días que el Tribunal puede prorrogar por un plazo máximo de 30 días (art. 16).

1.4.1. Procedimiento de revisión

Cualquiera de las partes en la controversia puede presentar el recurso de revisión al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) dentro de los 15 días de notificación del laudo del TAH. El mismo se limita a las cuestiones de Derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del TAH. Los laudos de los TAH sobre la base de los principios *ex aequo et bono* no pueden ser objeto del recurso de revisión (art. 17 inc. 1-3).



El TPR estará integrado por cinco árbitros. Cada Estado miembro designará un árbitro y su suplente por un período de dos años, renovable por no más de dos períodos consecutivos. El quinto será designado por un período de tres años no renovable, salvo acuerdo en contrario de los miembros, y debe ser elegido por unanimidad. La lista para su designación –con un total de ocho propuestos- se conformará con los dos propuestos por cada Estado y deberá ser nacional de alguno de los países miembros del bloque. Sin embargo, los Estados de común acuerdo podrán definir otros criterios para su designación (art. 18 inc. 1-4)¹.

Los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión, aceptada su designación, deben estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque (art. 19). Este artículo, desde su título, justifica la observación de que no se trata de un tribunal permanente sino que sus integrantes son los que deben estar disponibles con ese carácter.

Respecto del funcionamiento del Tribunal, si el diferendo se plantea entre dos Estados parte, lo integrarán tres árbitros. Dos de ellos serán nacionales de los Estados involucrados en la controversia y el tercero –a cuyo cargo estará la Presidencia- no será nacional de ninguno. Si en la controversia intervienen más de dos Estados, el TPR estará integrado por cinco árbitros. Sin embargo, los Estados parte, de común acuerdo, pueden definir otros criterios para el funcionamiento del Tribunal (art. 20 inc.1-3). El TPR puede confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del TAH. Su laudo es definitivo y prima sobre el del TAH (art. 22 inc. 1-2). Si las partes han llevado a cabo negociaciones directas y el procedimiento optativo ante el GMC no ha solucionado la diferencia, pueden acordar de modo expreso someterse directamente y en instancia única al TPR. En tal caso, los laudos son obligatorios, no se los puede someter a revisión y tienen fuerza de cosa juzgada (art. 23 inc. 1-2).

Los laudos de un TAH y el del Tribunal Permanente de Revisión se adoptan por mayoría, deben ser fundados y firmados por el Presidente y por los demás árbitros, los

¹ El 19-1-2007 los cuatro miembros fundadores del bloque firmaron el Protocolo Modificatorio del PO en previsión de futuras alteraciones en el número de los Estados partes del MERCOSUR. Dicho Protocolo no se encuentra vigente, conforme a la página oficial www.mercosur.int, consultada el 2-8-2014.



cuales no pueden fundar votos en disidencia, deben mantener la confidencialidad de las deliberaciones y de la votación. Los laudos de los TAH son obligatorios para las partes a partir de serles notificados y tienen para ellos fuerza de cosa juzgada si no se someten a revisión en el plazo indicado por el Protocolo de Olivos. Los del TPR son inapelables, obligatorios desde que son notificados y tienen fuerza de cosa juzgada (art. 26 inc. 1-2). Es obligatorio cumplirlos en la forma y con el alcance en que el que se los dictó. De haberse impuesto medidas compensatorias previstas en el PO no implica que la parte obligada quede eximida de cumplirlos (art. 27).

Cualquiera de las partes en el diferendo puede solicitar aclaración del laudo, ya sea dictado por un TAH o por el TPR respecto de la forma en que debe ser cumplido; la aclaratoria se puede solicitar en el plazo de quince días de su notificación (art.28 inc. 1). El plazo para el cumplimiento de los laudos de cualquiera de las dos instancias es el que se establezca en ellos y, en caso de no determinarlo, dentro de los 30 días de ser notificados. De interponerse recurso de revisión se suspende el plazo establecido por el TAH, mientras se sustancia el recurso (art. 29 inc.1-2).

Si el beneficiado por el laudo estima que las medidas adoptadas no dan cumplimiento al mismo, dentro de los treinta días de la adopción de las medidas, puede someter la situación a la consideración del TAH o del TPR, según sea el caso (art. 30 inc. 1).

El incumplimiento total o parcial de la parte obligada a hacerlo, faculta a la otra parte dentro del plazo de un año a partir de la fecha de vencimiento para efectivizarlo, a comenzar la aplicación de medidas compensatorias temporarias como suspender concesiones u obligaciones equivalentes para obtener su cumplimiento. En primer lugar, se debe procurar que las concesiones u obligaciones equivalentes que se suspenden lo sean en el mismo sector o sectores afectados. Pero de ser impracticable o ineficaz realizarlo en ellos, se puede revertirlo a otro sector o sectores con indicación de las razones en las que se basa la decisión (art. 31 inc. 1-2). Por su parte, si el obligado a cumplir el laudo estima que las medidas adoptadas son satisfactorias, puede llevar la situación a que la considere el TAH o el TPR, según corresponda (art. 32 inc. 1).

Los Estados parte reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial la jurisdicción de los TAH –que en cada caso se constituyen para resolver las controversias- y del TPR. El derecho aplicable para la solución de los diferendos en



ambas instancias es el Tratado de Asunción (TA), el Protocolo Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas del CCM, así como los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables al caso. No obstante, los TAH y el TPR, al actuar este último en instancia directa y única, están facultados para resolver el diferendo *ex aequo et bono* si así lo hubieran acordado las partes (art. 33-34).

La sede del TPR es la ciudad de Asunción, aunque por razones fundadas se puede reunir en otras ciudades del MERCOSUR. Los TAH los pueden hacer en cualquier ciudad de los Estados parte del bloque (art. 38).

En cualquier etapa del procedimiento, la parte que presentó la controversia puede desistir o las partes involucradas pueden llegar a una transacción y, en ambos casos, se da por finalizada (art. 45). Todos los documentos presentados en el curso de un procedimiento previsto en el PO son de carácter reservado a las mismas, excepto los laudos arbitrales (art. 46 inc. 1).

La revisión del sistema de solución de controversias para alcanzar uno permanente – con referencia a lo dispuesto en el numeral 3 del Anexo III del fundacional Tratado de Asunción- está prevista en el artículo 53 de este PO. La adhesión al TA implica *ipso jure* la adhesión al PO, así como la denuncia del PO entraña *ipso jure* la denuncia del TA (art 54). El PO deroga –desde su entrada en vigencia (1-1-2004)- el PB (art. 55 inc. 1).

1.4.2. Pronunciamientos de los TAH y del TPR

De estos pronunciamientos, algunos de los laudos de los TAH se emitieron durante la vigencia del PB y otros del PO².

Los laudos de los TAH fueron los siguientes:

- -28-04-99 Argentina-Brasil: Aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco.
- -27-9-99 Argentina-Brasil: Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo.

² www.mercosur.int, consulta del 2-8-2014.



- -10-5-00 Brasil-Argentina: Salvaguardias sobre productos textiles.
- -21-5-01 Brasil-Argentina: Medidas antidumping contra la exportación de pollos.
- -29-9-01 Uruguay-Argentina: Restricciones al acceso al mercado de bicicletas.
- -9-1-02 Uruguay-Brasil: Prohibición de importación de neumáticos remoldeados.
- -19-4-02 Argentina-Brasil: Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios por no incorporación al ordenamiento interno de Brasil de Resoluciones del GMC.
- -21-5-02 Paraguay-Uruguay: Aplicación del impuesto específico interno (IMESI) a la comercialización de cigarrillos.
- -4-4-03 Argentina-Uruguay: Incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana.
- -5-8-05 Uruguay-Brasil: Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y derivados.

A partir de la vigencia del PO los laudos de los TAH fueron los siguientes:

- 25-10-05 Uruguay-Argentina: Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (revocado por laudo 1/2005 del TPR).
- 6-9-06 Uruguay-Argentina: Omisión de Argentina para adoptar medidas para prevenir y/o hacer cesar impedimentos a la libre circulación.

Los laudos, las opiniones consultivas y la resolución del TPR son los que se detallan a continuación:

Laudos

- 1/2005. Recurso de revisión de Uruguay al laudo del 25-10-05 sobre prohibición de importar neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay.
- 1/2006. Laudo complementario. Recurso de aclaratoria solicitado por Argentina por el laudo 1/2005.
- 2/2006. Recurso de revisión de Argentina sobre decisión del TAH (6-9-06) en Uruguay-Argentina por impedimentos a la libre circulación por cortes de puentes.
- 1/2007. Solicitud de pronunciamiento de Argentina por el exceso de aplicación de medidas compensatorias en Uruguay-Argentina sobre prohibición de importar neumáticos remoldeados de Uruguay.
- 1/2008. Laudo en Asunto 2008 "Divergencia sobre cumplimiento laudo 1/2005 iniciada por Uruguay (art. 30 PO)".



- 1/2012. Laudo en Asunto 2012 “Procedimiento excepcional de urgencia solicitado por Paraguay por suspensión de su participación en los órganos del MERCOSUR y la incorporación de Venezuela como miembro pleno”.

Opiniones Consultivas

- 1/2007. Solicitud presentada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Primer Turno de Asunción en “Norte SA contra Laboratorios Northia s/ indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante”, vía Corte Suprema de Justicia de Paraguay.
- 1/2008. Solicitud de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil “Sucesión Carlos Schnek y otros c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”.
- 1/2009. Solicitud del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del 2º Turno Autos “Frigorífico SA c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Exhorto”, República Oriental del Uruguay.

Resolución

- 1/2008. Resolución Plenaria del planteo procesal de previo pronunciamiento introducida por Argentina en el Asunto 1/2008 “Divergencia s/ cumplimiento del laudo 1/2005 iniciada por Uruguay (art. 30 del PO)”.

1.4.3. Reclamos de los particulares

El derogado Protocolo de Brasilia en su capítulo V y el vigente Protocolo de Olivos en su capítulo XI acordaba y acuerda respectivamente a las personas físicas y jurídicas, la facultad de efectuar reclamos. El PO establece que ellos proceden, en el caso de la sanción o aplicación de cualquiera de los Estados parte, de medidas legales o administrativas que sean de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal en violación del TA, del POP, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM (art. 39). Los reclamos se formalizan ante la Sección Nacional del GMC del Estado parte donde los reclamantes tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios. Los particulares deben aportar elementos que permitan determinar si es verosímil la violación y existencia o amenaza de un perjuicio



para que sea admitido por la Sección Nacional y por el GMC y por el grupo de expertos en caso de ser convocado (art. 40)³.

1.4.4. Incorporaciones al PO

Los aspectos no considerados en el PB, incorporados al PO son: el TPR -precedentemente comentado-, la opción de foro (art.1 inc. 2) y las opiniones consultivas (art. 3).

Opción de foro. Conforme al artículo 1 inc. 2, las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del PO, que también puedan ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio (OMC) o de otros esquemas preferenciales de comercio de los que sean parte individualmente los Estados del MERCOSUR, se pueden someter a uno u otro foro a elección de la parte demandante, sin que ello impida que las partes en la controversia de común acuerdo convengan el foro. Iniciado el procedimiento de solución de controversias y habiéndolo elegido, ninguna de las partes puede recurrir a otro respecto del mismo objeto, tal como lo define el artículo 14 (consignado en el punto 1. 4).

Opiniones consultivas. Respecto de la solicitud de opiniones consultivas (OC) al TPR es el CMC el que puede establecer los mecanismos relativos a la solicitud de dichas opiniones y definir su alcance y sus procedimientos (art. 3).

La Dec. 37/03, cuyo Anexo es el Reglamento del PO (RPO), contiene precisiones respecto de la opción de foro y las OC. El Estado parte que decide ejercer la opción de foro debe informar al demandado cuál fue el elegido. Si pasados quince días desde la fecha en que se realizó esa notificación no hay acuerdo entre las partes, la parte demandante puede ejercer la opción y comunicarlo a la parte demandada y al GMC. Antes de iniciar negociaciones directas o un reclamo ante la Sección Nacional del GMC, ya debe efectuarse la opción de foro, porque iniciar dichas negociaciones o el reclamo implica haber elegido el procedimiento del PO. Se entiende que la parte demandante eligió el sistema de solución de controversias –SSC- de la OMC si solicita la conformación de un Grupo Especial de acuerdo con el art 6 del Entendimiento

³ El procedimiento establecido para efectuar los reclamos, la intervención del GMC, la participación de un grupo de expertos en caso de ser convocados, lo relativo al dictamen del grupo de expertos está estatuido en los artículos 41, 42, 43 y 44 del Protocolo de Olivos.



Relativo a las Normas y los Procedimientos que Rigen la Solución de Diferencias, en dicha Organización. Por su parte, el CMC oportunamente reglamentará la aplicación de los SSC de otros esquemas preferenciales de comercio (RPO art. Inc. 1-5).

Según lo dispone el RPO, la legitimación para solicitar al Tribunal Permanente de Revisión Opiniones Consultivas es de todos los Estados actuando conjuntamente, los órganos del MERCOSUR con capacidad decisoria –CMC, GMC, CCM- y los Tribunales Superiores de los Estados parte con jurisdicción nacional (art. 2). Los citados Estados y los órganos decisorios están facultados para solicitarlas sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del TA, el POP, Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC y Directivas del CCM. El Estado o Estados parte que deseen solicitar una OC presentarán un proyecto de solicitud a los demás para consensuar su alcance y contenido. Alcanzado el consenso, la Presidencia Pro Tempore preparará el texto de la solicitud y lo presentará al TPR. Si alguno de los órganos decisorios decide solicitar una OC, la solicitud deberá constar en el acta de la reunión en la que se decidió pedirla y será presentada por la Presidencia Pro Tempore al TPR por intermedio de la Secretaría del Tribunal (ST) (art. 3 inc1-3). Por su parte, los Tribunales Supriores de Justicia de los miembros con jurisdicción nacional pueden solicitar OC referidas exclusivamente a la interpretación jurídica de los tratados y protocolos y normativa de los mencionados órganos decisorios, las mismas deben estar relacionadas con causas en trámite en el Poder Judicial del Estado solicitante (art. 4 inc.1). La solicitud de OC se presentará por escrito y en ella deberán constar en términos precisos la cuestión que da lugar a la consulta y las razones que la motivan, indicando las normas del MERCOSUR vinculadas con el pedido. En caso de corresponder, se acompañará la documentación que coadyuve a su dilucidación (art. 5). Para emitir la OC, el TPR se integrará con todos sus miembros (art. 6). Las OC deberán ser fundadas y firmadas por todos los árbitros intervinientes (art.9 inc.2) y no serán vinculantes ni obligatorias (art. 11).

La Dec.2/07 es el Reglamento de Procedimiento para la solicitud de OC al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados parte del bloque. Cada uno de ellos establece, en sus respectivas jurisdicciones, las reglas internas para efectuar la solicitud (art 1 inc.2). Son competentes para solicitarlas:

- República Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación



- República Federativa de Brasil: Supremo Tribunal Federal
- República de Paraguay: Corte Suprema de Justicia
- República Oriental del Uruguay: Suprema Corte de Justicia y Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Los Estados que en el futuro se adhieran al TA e *ipso jure* al Protocolo de Olivos notificarán a los Estados partes sobre el órgano competente designado para tramitar solicitudes de OC al TPR. Esta designación deberá ser formalizada por Decisión de la CMC (art.2).

Los cuatro Tribunales Superiores citados cumplieron el requisito de fijar sus reglas internas para solicitar OC; Argentina: Acordada N° 13/2008 de la CSJN (18-6-2008); Brasil: Emenda Regimental N° 48 del 3-4-2012 del Supremo Tribunal Federal; Paraguay: Acordada N° 549 de la CSJ (11-11-2008); Uruguay: Acordada 7604 de la SCJ (24-8-2007).

2. NORMATIVA SOBRE INSTITUCIONALIDAD

En cuanto a las normas específicas del bloque que se refieren a reformas de la institucionalidad cabe señalar las siguientes:

- Dec. 21/05. En su Considerando se indica que “*el proceso de desarrollo de la integración del MERCOSUR requiere una revisión y actualización institucional a fin de consolidar los logros obtenidos y adaptar el MERCOSUR a las nuevas exigencias del proceso*”. En el artículo 1 de la norma se establece constituir un Grupo Ad Hoc de Alto Nivel para la Reforma Institucional (GANRI), que integrarán representantes de los Estados partes.
- Dec. 22/06. Estipula que para cumplir las metas del TA se necesita fortalecer “*las instituciones fundamentales que inspiraron su constitución*”. “*Por ello se decide instruir al GMC para que identifique el nivel de evolución de las instituciones y principios del MERCOSUR a la luz de de los objetivos del TA y la evolución de sus normativas derivadas*”.
- Dec. 29/06. Lineamientos para la Reforma Institucional del MERCOSUR. Prescribe instruir al GANRI a considerar con prioridad lineamientos para la reforma institucional, entre los que enumera el “*Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias y fortalecimiento de sus órganos institucionales*” (art. 2).



- En cuanto a la Dec. 9/07 también se refiere a instruir al GANRI para que elabore y someta al CMC ajustes al PO sobre la base de propuestas de los Estados parte (y el plazo que se le acuerda –junio de 2007– es prorrogado por Dec. 17/07 por uno nuevo).
- -Dec. 56/07. El GANRI tiene mandato para presentar una propuesta integral de reforma institucional del MERCOSUR. Esa propuesta incorpora en su artículo 2 entre los temas “...b) *Perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y fortalecimiento de sus órganos institucionales...*”.

Las normas precedentes –entre las que destaca la Dec. 21/05 de creación del GANRI, dependiente del CMC y a cargo de presentación de las propuestas de reforma, aunque algunas de ellas pendientes de concreción- evidencian que el objetivo de revisión institucional abarca diferentes aspectos. Además del SSC, también se cuentan la reestructuración de los órganos decisorios del bloque y de los foros subordinados, sus competencias, lo relativo a la incorporación, vigencia y aplicación de la normativa; la posible creación de órganos para la administración de las políticas comunes; optimización de las funciones y competencias de la Secretaría del MERCOSUR, entre otras cuestiones.

3. PROPUESTAS DE CREACIÓN DE TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL MERCOSUR

Alejandro D. Perotti (2009: 199-220) presentó en el VI Encuentro de Cortes del MERCOSUR (Brasilia 21-11-2008), un documento en el que expone los principios básicos para establecer un Tribunal de Justicia del bloque. Al finalizar su trabajo, el autor estima que sus propuestas pueden resumirse en un cuadro, muy ilustrativo, y su contenido indica los elementos básicos relativos a dicho Tribunal. Así, ese órgano -Tribunal de Justicia del MERCOSUR- de carácter jurisdiccional y permanente, tendría su sede en Asunción, Paraguay. Su jurisdicción sería exclusiva en cuanto a la interpretación del derecho del bloque. Lo integrarían tantos jueces y sus suplentes como Estados del bloque, nacionales de dichos Estados. Los magistrados deberían reunir las condiciones exigidas en el país de su nacionalidad para ejercer las más altas funciones judiciales o bien ser jurisconsultos de notoria competencia. Su elección correspondería a los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados parte por consenso y permanecerían en su cargo durante seis años. Su presupuesto sería aportado por éstos con cuotas igualitarias o bien conforme a un régimen relativo a la política de reducción de las asimetrías. Los fondos provendrían del FOCEM (Fondo



para la Convergencia Estructural del MERCOSUR) o con parte de la recaudación aduanera de la agrupación. El Tribunal contaría con las siguientes competencias:

-Acción de nulidad, a ser ejercida por los órganos del MERCOSUR que contravinieran disposiciones mercosureñas de la jerarquía superior; podría ser ejercida por los Estados parte, determinados órganos del bloque y particulares.

-Acción por omisión, en los casos de inactividad de los órganos del MERCOSUR infringiendo las normas del bloque, compete a los Estados parte, determinados órganos del MERCOSUR y particulares.

-Acción de incumplimiento, a ejercerse en caso de acción u omisión de un Estado parte opuesta a las normas del MERCOSUR; serían competentes los Estados parte, determinados órganos del bloque, con una fase administrativa previa ante determinado órgano del mismo. No está excluida la alternativa de que la ejercieran los particulares.

-Cuestión prejudicial, es la consulta de los órganos jurisdiccionales de los Estados parte respecto de la interpretación o validez de las normas del bloque en el marco de un juicio en el que se invoquen dichas normas, también las pueden efectuar determinados órganos del MERCOSUR.

-Jurisdicción laboral, en los casos de diferendos entre funcionarios de los órganos del MERCOSUR y dichos órganos, y entre éstos y quienes les prestan servicios.

-Acción por responsabilidad extracontractual, en los casos de daños causados por órganos del bloque o sus agentes cuando ejercitan sus funciones; podrían intentarla los Estados partes y los particulares.

-Control previo de los acuerdos internacionales, solicitud de dictamen de compatibilidad de las disposiciones del Tratado de Asunción y normas complementarias con proyectos de acuerdos internacionales a ser firmados por los Estados parte y el MERCOSUR, o los Estados en el ámbito del MERCOSUR con terceros Estados, grupos de Estados y organizaciones internacionales; la podrían ejercitar los Estados parte y el CMC, el GMC, la CCM y el Parlamento del MERCOSUR.

Este Tribunal de Justicia debería ser constituido por un Protocolo Modificador del TA que al mismo tiempo derogue el PO. Concluida esta descripción sobre la base de lo expuesto por Alejandro Perotti (2009) relativo a los elementos básicos del citado órgano, se considerará una segunda propuesta.



Por su parte, el Parlamento del MERCOSUR (PM) presentó un proyecto de norma (MERCOSUR/PM/PN 02/2010) sobre Corte de Justicia, elevado al CMC. El documento consta de cinco capítulos (artículos 1 a 53, a los que se agregan en el último capítulo las Disposiciones Transitorias).

El texto dispone que se crea la Corte de Justicia del MERCOSUR –sede en la ciudad de Asunción- como órgano judicial con jurisdicción propia e independiente, con la organización y las competencias que se establecen en ese proyecto de Protocolo (art.1). Estará integrada por un número de jueces igual al de sus Estados miembros y sus respectivos suplentes. Los magistrados deberán ser nacionales de los Estados parte, gozarán de absoluta independencia al ejercitar sus funciones y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún Gobierno ni organismo, absteniéndose de cualquier actuación incompatible con el carácter e independencia propia de su cargo. Cada Estado miembro se compromete a respetar este principio y a no influir en el desempeño de las funciones de los jueces, quienes no podrán desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, salvo las docentes (art. 2-3). Los mismos deberán gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones exigidas en el país de su nacionalidad para ejercer las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia, cada uno de ellos tendrá un suplente. Se los designa para un período de seis años y podrán ser reelegidos. Los jueces y demás funcionarios de la Corte desempeñarán sus funciones de manera permanente y en la sede establecida (art. 4, 6, 7, 10).

Los Estados parte se obligan a otorgar a la Corte todas las facilidades requeridas para el cumplimiento de sus funciones. La misma y los jueces tendrán en los Estados parte las inmunidades y los privilegios que corresponden a su categoría y son reconocidos por los usos internacionales y en especial por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas respecto de la inviolabilidad de sus archivos y correspondencia oficial. A tal efecto, los jueces tendrán categoría equivalente a los jefes de misión. Los locales de la Corte son inviolables y sus bienes y haberes tienen inmunidad en cualquier procedimiento judicial, salvo renuncia expresa de la misma. Asimismo, el Secretario y sus funcionarios internacionales tendrán en el Estado parte sede las inmunidades y los privilegios que corresponden a su categoría, que para el Secretario es la de alto funcionario internacional, y para los internacionales, la que se establezca de común acuerdo entre ella y el Estado parte sede (art. 11).



En cuanto a las competencias conferidas a la Corte, son las relativas a la acción de nulidad (art. 17-21), por omisión (art. 22-23), de incumplimiento (art. 24-32), la cuestión prejudicial (art. 33-39), la función arbitral (art. 40-42) y la jurisdicción laboral (art. 43).

Sus sentencias, resoluciones interlocutorias y demás decisiones, no admiten ningún recurso, son definitivas e inapelables, lo que no obsta a que la Corte de oficio o a solicitud de parte las aclare o amplíe; asimismo, son obligatorios para los Estados partes, los órganos del MERCOSUR y las personas físicas y jurídicas y deben ser publicadas en el Boletín Oficial del MERCOSUR, excepto decisión contraria (art. 46 inc. 1-2).

Los Estados parte no someterán ninguna controversia surgida de las normas de derecho del MERCOSUR a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno, distintos de los establecidos en este Protocolo (art. 47 inc. 1). De considerarlo necesario para cumplir sus funciones, la Corte se podrá dirigir directamente a las autoridades de los Estados parte y a los órganos del bloque (art. 48).

En las Disposiciones Generales, el artículo 51 inc. 1 señala que al entrar en vigencia derogaría el Protocolo de Olivos y las demás normas derivadas que resulten incompatibles. El Protocolo del proyecto de norma sería parte del Tratado de Asunción y la adhesión a él significaría *ipso jure* la adhesión a ese Protocolo, así como su denuncia significaría *ipso jure* la denuncia del TA.

REFLEXIONES FINALES

Al reseñar el sistema de solución de controversias del MERCOSUR se advierte que, desde la creación del bloque, este aspecto del esquema mereció ser incorporado en el Anexo III del Tratado de Asunción. Sólo meses después de la firma de ese instrumento, se suscribió el Protocolo de Brasilia, que instituyó un mecanismo arbitral de superación de los conflictos, precediendo –tres años- al Protocolo de Ouro Preto en el que se estableció la estructura orgánica y se completó así lo dispuesto de modo básico en el tratado fundacional. El vigente Protocolo de Olivos no alteró la orientación arbitral anterior e instituyó una segunda instancia, abriendo así la posibilidad de revisión de los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc. La incorporación de la opción de foro y de opiniones consultivas no obligatorias ni vinculantes merece ser evaluada como no compatible con el afianzamiento de un proceso de integración. La posibilidad de sustraer el conflicto al foro propio no condice con el sometimiento del



diferendo a un juez u órgano que ha de tomar su decisión conforme a una normativa que le es ajena o que es ajena a los principios y objetivos del proceso de integración. Al respecto Perotti señala (2009: 215) que la falta de obligatoriedad a las opiniones consultivas *“ciertamente puede ser impugnada en su validez frente a lo previsto en el artículo 38 del POP que constituye una norma de superior jerarquía al RPO”*⁴.

Cabe señalar que el Anexo III del Tratado de Asunción en su numeral 3, el Protocolo de Brasilia en su artículo 34, el Protocolo de Ouro Preto en su artículo 44 (véase último párrafo de la sección 1.3.) y el Protocolo de Olivos en su artículo 53, determinan el cese de su vigencia hasta que finalmente se establezca un sistema de permanente de solución de conflictos, reconocimiento del carácter transitorio que amerita ser reemplazado por uno estable.

Asimismo, diversas normas del Consejo del Mercado Común -21/05, 22/06, 29/06, 56/07- relativas a la reforma institucional, admiten que el propio desarrollo del proceso de integración requiere su fortalecimiento como medio de perfeccionar el funcionamiento del bloque. Entre las diferentes áreas contempladas se cuenta el sistema de solución de controversias.

El procedimiento arbitral del MERCOSUR contrasta con procesos de integración que cuentan con órganos jurisdiccionales. Son los casos de la Unión Europea con su Tribunal de Justicia, la Comunidad Andina que también estableció un Tribunal de Justicia, y en el Sistema de Integración Centroamericana actúa la Corte Centroamericana de Justicia.

El porqué de propiciar la instauración de un sistema jurisdiccional radica en que a los tribunales de justicia se les acuerda un carácter permanente, lo que implica *“funcionamiento constante y regular”*, ya que de no ser así se *“impide la formación de un espíritu jurisdiccional y de una doctrina judicial estable, la profesionalización y especialización del Tribunal y sus miembros, la consolidación interna y externa del órgano, su representatividad internacional y su percepción de los demás tribunales nacionales e internacionales y en particular de los habitantes del MERCOSUR”*

⁴ Artículo 38 del POP; *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos el MERCOSUR...”*



(Perotti, 2009: 204). El Parlamento del MERCOSUR en la exposición de motivos de proyecto de Protocolo Constitutivo de Corte de Justicia, indica que se trata de crear un órgano “*jurisdiccional, judicial, independiente cuya función esencial será garantizar la interpretación y aplicación uniformes del derecho del MERCOSUR, afianzando la consolidación jurídica e institucional del proceso de integración*”. Se señala que la propuesta se funda en la experiencia de la aplicación del Protocolo de Brasilia y del Protocolo de Olivos como en los regímenes de derecho comunitario comparado, citando a las Comunidades Europeas, la Comunidad Andina y el Sistema de Integración Centroamericana, entre otros. Además cabe mencionar que en diferentes reuniones anuales de los Presidentes de Cortes Supremas del MERCOSUR se han iniciado acciones para contribuir con propuestas a la creación de una Corte regional.

Relacionar el sistema de solución de controversias con la institucionalidad conduce a plantearse los términos de su revisión, por cierto que todo cambio implica formular los lineamientos que han de orientarlo. Cabe considerar que algo más de dos décadas transcurridas desde el inicio del proceso son suficientes para poner en evidencia los desafíos a enfrentar. La experiencia derivada de la práctica del sistema, los aportes doctrinarios, de los magistrados judiciales y las reiteradas expresiones de la normativa en el sentido de reforma, no parecen estímulo apto para motivar la acción de las instancias políticas encargadas de dar el paso –por las razones expuestas precedentemente en los ámbitos comentados (académico, PM, iniciativas de reuniones de Presidentes de Cortes Supremas, del MERCOSUR)- hacia el establecimiento de un tribunal jurisdiccional permanente.

BIBLIOGRAFÍA

DREYZIN de KLOR Adriana y PEROTTI Alejandro D. (2011). *Derecho originario del MERCOSUR*, Marcial Pons Argentina SA. Buenos Aires, Argentina.

CAETANO Gerardo (coordinador) (2009). *La reforma institucional del MERCOSUR. Del diagnóstico a las propuestas*, CEFIR (Centro de Formación para la Integración Regional), Montevideo, Uruguay.

PARLAMENTO DEL MERCOSUR (2010), Proyecto de Protocolo Constitutivo de Corte de Justicia (MERCOSUR/PM/PN 02/2010).

PEROTTI Alejandro Daniel (2009). “Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR”, en: CAETANO Gerardo (coordinador), *La reforma institucional del MERCOSUR. Del diagnóstico a las propuestas*, CEFIR, Montevideo, Uruguay.



Sitios Web consultados

MERCOSUR, <http://www.mercosur.int>

CLARA AMZEL-GINZBURG: Abogada, Universidad Nacional de Buenos Aires. Magister en Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Autora de diversas publicaciones. E-mail: claraginz@yahoo.com.ar

Fecha de recepción: 4-08-2014

Fecha de aceptación: 8-09-2014