

EL ARBITRAJE COMO METODO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Por Gualtiero Martín Marchesini

Doctor en Ciencias Jurídicas. Académico de Paestum, Salerno, Italia (1989). Miembro del Comité Académico de Posgrado del C.A.L.Z. Arbitro de la Sala de Derecho Comunitario del Tribunal de Arbitraje Institucional del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

SUMARIO: 1.- Introducción.- 2.- Esquema de la situación actual del arbitraje en el MERCOSUR: 2.1. El Protocolo de Brasilia. 2.2. El Protocolo de Colonia. 2.3. El Protocolo de Ouro Preto. 2.4. Organo Jurisdiccional - Laudo Arbitral.. 3.- Resolución de Controversias entre particulares en el MERCOSUR: El Arbitraje: 3.1. Normación reguladora del arbitraje internacional entre particulares en el Mercosur: 3.1.1. Normas generales e integrales; 3.1.2. Normas específicas vinculantes; 3.1.3. Normas aplicables.- 4.- **CONCLUSIONES:** 4.1. Institucionalización: 4.2. Jurisdiccionalidad; 4.3. Equidad; 4.4. Soberanía; 4.5. Supranacionalidad; 4.6. Armonización; 4.7. Tribunal Jurisdiccional; 4.8 Tribunal Arbitral.- **SINTESIS.-**

1.- Introducción

Un proceso de integración **voluntario y de derecho**, como es el del Mercosur, se perfecciona cuando al mecanismo de concertación y de decisión se le añade un **mecanismo jurisdiccional** que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e interprete, en última instancia, las normas jurídicas de la integración.(1)

No está en la vocación de los Estados Miembros del Mercosur, al menos por ahora, establecer modificaciones sustanciales en los mecanismos de solución de controversias y menos aún de avanzar hacia la constitución de un órgano jurisdiccional permanente, como existe en la integración europea y venimos reclamando muchos de quienes tratamos el tema.(2)

Los procesos de integración surgidos en el continente americano a fines de la década anterior y en la presente ya a punto de culminar, tienen caracteres propios que los tipifican y los diferencian de los esquemas de integración clásicos.

Los caracteres propios de esta integración americana, que algunos autores han llamado “nueva integración”, son una liberalización comercial acelerada y general; la realización de las negociaciones sobre una base de reciprocidad; el establecimiento de relaciones más abiertas hacia el mundo, la búsqueda de relaciones especiales con otros países o grupos de países; mayor flexibilidad en el plano institucional; recesión económica y desempleo en los estados miembros como consecuencia de un elevado endeudamiento; disparidad de cambio de sus monedas; y, por último, tendencia al establecimiento “ab initio” de sistemas ágiles y flexibles de **solución de controversias**.(3)

Considerando el proceso de integración del Mercosur en su etapa actual de fines de milenio, podemos considerar “**al arbitraje** como instrumento condicionante de nuestro proceso de integración y arma de acción integradora. Para ello, debemos pensar sobre la conveniencia de adoptar el arbitraje como método de resolución de conflictos que puede contribuir a un mejor entendimiento” entre los Estados de la comunidad entre sí; entre un

Estado y un particular y entre los particulares que hacen circular sus capitales, bienes, servicios y personas dentro del Mercosur.(4)

Los métodos alternativos de solución de controversias es uno de los temas que despierta hoy mayor interés en el desarrollo y fortalecimiento de los organismos institucionales y agrupaciones regionales y subregionales.

Las controversias pueden resolverse por distintas vías entre las que se destacan la mediación y la jurisdicción en sus vertientes principales de carácter arbitral y judicial.(5)

En este trabajo, por razones de brevedad, nos dedicaremos al análisis del arbitraje.

2.- Esquema de la situación actual del arbitraje en el Mercosur

2.1. El Protocolo de Brasilia

La solución de controversias en el Mercosur sigue reglada por el “Protocolo para la Solución de Controversias” -Apéndice III del Tratado de Asunción” firmado en la Ciudad de Brasilia el 17 de Diciembre de 1991, conocido con el nombre de “Protocolo de **Brasilia**” (C.M.C. dec. 1/91, aprobado por Argentina por ley N° 24.102 A.D.L.A. LII-C, 2874).

Sobre los aspectos procesales, el Protocolo establece dos procedimientos específicos y diferenciados: uno para los Estados (descrito en los Capítulos II, III y IV), y otro para los “particulares” (en el Capítulo V).(6)

El sistema adoptado por dicho Protocolo para la resolución de un conflicto establece que “Los Estados Partes de una controversia intentarán, ante todo, la solución por medio de negociaciones directas, que no podrán exceder el plazo de quince días, salvo acuerdo entre las partes”(artículo 2°)

La controversia prevista tiene como sujetos únicamente a los Estados Partes.

Si la controversia no logra, si quiera en parte una solución directa, cualquiera de los Estados Partes involucrado en las negociaciones “podrá someterla a la consideración del Grupo Mercado Común”(art. 4° , ítem 1 del Protocolo).

El **Grupo Mercado Común** “evaluará la situación” y con la ayuda, si necesaria, de los expertos integrantes de la nómina prevista en el artículo 30, concluirá en un plazo máximo de treinta días (art. 6° del Protocolo) las propuestas y recomendaciones a los Estados Partes de la controversia, buscando la solución del problema” (artículo 5°).

Si no hubiera sido posible solucionar el diferendo, en las condiciones antes citadas, “cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al **procedimiento arbitral**, que consta en el Protocolo de Brasilia”.

Como vemos, **los particulares** no están previstos en los artículos citados, ellos son objeto del Capítulo V, artículo 25 y siguientes del mencionado Protocolo donde se hace mención a los reclamos presentados por particulares, sean personas físicas o jurídicas, en razón de sanciones o aplicación, por partes de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas, con una o más de las siguientes características:

- a) efecto restrictivo o discriminatorio.
- b) estar involucrado en “competencia desleal”.
- c) incumplimiento del Tratado de Asunción; de las decisiones del Consejo del Mercado Común y de las resoluciones del Grupo Mercado Común.

El **Grupo Mercado Común**, que cumple una función clave, en el trámite para la solución de controversias, está definido en el Tratado de Asunción, como órgano ejecutivo de dicho Mercado.

Aquí aparece una distorsión ya que un órgano ejecutivo no debe de ejercer funciones jurisdiccionales.

Otra distorsión, que debe ser corregida, es que los particulares que quieran superar las controversias en el ámbito del Mercosur, deben formalizar sus reclamos “frente a la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual (art. 26, ítem 1 del Protocolo).

Estamos frente a una visible distorsión del significado del arbitraje que en un concepto moderno, es utilizado como “equivalente jurisdiccional” y está direccionado a la solución de conflictos que involucran derechos patrimoniales disponibles.

A pesar de ello, otra característica peculiar del arbitraje es que el **árbitro** o los **árbitros** deban ser **de confianza de las partes** y por ellas libremente elegidos, a través de una “convención de arbitraje” que incluya una “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral”.

La nueva ley brasileña de arbitraje N° 9307, que entró en vigencia el 23 de Noviembre de 1996, define el “compromiso arbitral” como “la convención por medio de la cual las partes someten un litigio al arbitraje de una o más personas, pudiendo ser judicial o extrajudicial”.

2.2. El Protocolo de Colonia

El Protocolo de Colonia del 17 de enero de 1994 determina: “Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible resuelta por consultas amistosas” (artículo 9).

En el caso de recurso al arbitraje internacional se mencionan dos instituciones “CISCI”, Centro Internacional de Soluciones de Controversias relativas a inversiones y “UNCITRAL”, un Tribunal de Arbitraje “ad hoc” de acuerdo a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Directorio Comercial Internacional.

Existió la necesidad de acrecentar éste Protocolo para la protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR y nace así por éste y otros motivos el Protocolo de Ouro Preto.

2.3. El Protocolo de Ouro Preto

El **Protocolo de Ouro Preto** del 17 de diciembre de 1994 (aprobado por Argentina por ley 24.560 ADLA LV-E, 5877), vino a establecer un “**Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común**” pero infelizmente quedó distante de lo que indicaba su ambicioso título “**Sistema Permanente**”.

Se aprobó el “**Protocolo de Medidas Cautelares**” también en Ouro Preto en diciembre/94 en el que se establece que “Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por jueces o Tribunales de otros Estados Partes”.

La admisibilidad de la **medida cautelar** será reglada por las leyes y resuelta por los jueces o tribunales del Estado requirente; y la “carta rogatoria referente al cumplimiento de una medida cautelar se tramitará por la vía diplomática o consular”.

El Protocolo de Ouro Preto en cuanto a las controversias que surgieran entre los Estados Partes, sostiene en su capítulo VI, artículo 43 que: “Las controversias que surgieran entre los Estados Partes 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 Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de

Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991”.

Como se observa, al fin y al cabo, lo que se hizo fue una referencia al “Protocolo de Brasilia”, dejando sin solución los problemas aquí antes referidos.

El artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto ha mencionado como “fuentes jurídicas del MERCOSUR”: a) El Tratado de Asunción; b) los acuerdos celebrados en el marco de ese tratado; c) las decisiones del Consejo del MERCOSUR; d) las resoluciones del Grupo Mercado Común y e) las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

El Protocolo de Ouro Preto ha creado “una Secretaría Administrativa como órgano de apoyo u operativo” (artículo 31 del Protocolo) que desempeña las siguientes actividades, entre otras: “servir como archivo oficial de la documentación del MERCOSUR”; “realizar la publicación y la difusión de las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR”.

El Protocolo de Ouro Preto ha creado también la Comisión de Comercio del Mercosur que entre sus atribuciones tiene “la consideración de los reclamos presentados por sus secciones nacionales, originadas por los Estados Partes o en demanda de particulares”.

Las reuniones de Ministros de Estado de los cuatro países miembros trataron con cierto éxito la solución de divergencias entre ellos y adelantaron propuestas de mérito para resolver problemas comunes en las reuniones de Jefes de Estado.

2.4. Organo Jurisdiccional - Laudo Arbitral

En cuanto al reconocimiento de la **sentencia arbitral** extranjera es digno de destacar que la ley brasileña N° 9307 del 23 de noviembre de 1996, en su artículo 34 dispone: “La sentencia arbitral extranjera será reconocida o ejecutada en Brasil, en conformidad con los tratados internacionales y en su ausencia, estrictamente con los términos de esta ley”.

De esta forma, quedó consagrada por ley, en Brasil, en lo que concierne a materia de arbitraje, la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas, valorizándose así, substancialmente, los tratados y sus protocolos referentes al MERCOSUR, aunque su Constitución Nacional no ha incorporado todavía dicha supremacía ni la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto.

Aunque eso represente un avance importante, en el sentido de armonizar las leyes sobre arbitraje en el MERCOSUR, no existe en la ley citada, o en otra cualquiera, disposición que autorice prever la posibilidad, a corto o mediano plazo, de un Tribunal de Justicia o un Tribunal Arbitral del MERCOSUR con carácter supranacional.

Se impone por otro lado, la distinción entre un eventual Tribunal Supranacional que trate de arbitraje en el MERCOSUR, y un Tribunal de Justicia, en sentido más amplio.

Aunque la creación de esta Corte de Justicia del Mercosur es todavía de difícil realización porque se necesita de una transformación cultural que admita concebir a la soberanía como una **competencia** que el Estado ejerce en sus relaciones externas y en sus asuntos internos, conforme a los principios y normas del derecho de la integración, que proteja además del “interés nacional” el “interés regional”, que no es otra cosa que defender el interés de cada uno de los miembros de la comunidad integrante del Mercosur. La **soberanía comunitaria** del grupo Mercosur debe de prevalecer sobre ciertos aspectos de lo que es hoy la **soberanía nacional** de los cuatro países miembros.

El Tratado de Asunción establece como principio, en su artículo 1° el compromiso de los Estados Partes, de armonizar sus legislaciones, en las partes pertinentes, para lograr

el fortalecimiento del proceso de integración, pero ese compromiso presupone la existencia de un proceso de transformación cultural que está ocurriendo lentamente.

No obstante están surgiendo iniciativas en el Mercosur para la creación de Tribunales Arbitrales. Estas propuestas de cuño comunitario aunque de iniciativa institucional privada están destinadas a la resolución de conflictos por medio del arbitraje “de iure”.

Como ejemplos cabe destacar el “Tribunal Permanente de Conciliación y Arbitraje” (T.P.C.A.) que será de “derecho y de instancia única” de “arbitraje y conciliación” cuyo reglamento consta de siete partes y fue elaborado por los “Colegios y Ordenes de Abogados del Mercosur (COADEM)” reunidos en Curitiba, Brasil, en su artículo 2º se establece que el mismo Tribunal estará compuesto por árbitros “iuris”, que quedarán por cuatro años en sus funciones teniendo como mínimo 20 árbitros por cada país y como máximo 100 debiendo éstos, según el artículo 9º, ser elegidos mediante selección previa y concurso de antecedentes entre profesionales abogados matriculados y habilitados en alguno de los países signatarios del Mercosur. Como anexo del reglamento se da un modelo de cláusula compromisoria y un proyecto de reglamento de conciliación voluntaria.

El COADEM en la “Carta de Curitiba” del 3 de Septiembre de 1995 dijo: “Las legislaciones de los países integrantes del MERCOSUR deben estar armonizadas en cuanto a su naturaleza jurisdiccional de arbitraje”; tal conclusión a tenido una respuesta afirmativa. Vale observar como ejemplo el contenido de la nueva ley brasileña, N° 9307 ya comentada.

Otro ejemplo del Tribunal Arbitral del Mercosur es el “Tribunal Internacional de Conciliación y Arbitraje del Mercosur” (TICAMER) surgido en 1993 en Argentina con su Secretaría General en Buenos Aires contando con asistencia administrativa de carácter técnico y secretaría originaria a cargo de la “Cámara Internacional de Comercio del Mercosur”. El TICAMER tiene personería jurídica reconocida en Argentina y Uruguay y recibió el apoyo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y el reconocimiento e inscripción en la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Su reglamento determina que la lista de sus árbitros y peritos esté compuesto de abogados y contadores. Los contadores podrán ser peritos pero de ninguna forma árbitros pues un árbitro institucional requiere inexorablemente el conocimiento del derecho, la formación y criterio jurídico que únicamente se adquiere siendo abogado, habiéndose perfeccionado como tal en el derecho de la integración y ejercido la profesión en el foro o en la magistratura, cosa que no tiene el profesional de las ciencias económicas.

Un último ejemplo lo tenemos en el “Tribunal de Arbitraje Institucional del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora” (T.A.I.C.A.L.Z.) que se puso en funcionamiento en el año 1998 y una de cuyas Salas es de “Derecho Comunitario. Mercosur”, el que se caracteriza por ser institucional ya que fue creado y funciona bajo la responsabilidad del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, está integrado por árbitros únicamente abogados con más de quince años en el ejercicio de la profesión, seleccionados mediante concurso abierto de oposición y antecedentes ante un Jurado de notables, durando seis años en el ejercicio de sus funciones. En el reglamento se inserta una cláusula compromi-

soria que deberá ser incluida en los contratos entre quienes se obliguen en el ámbito del Mercosur para poder acceder a él, o bien también podrá entender en la resolución de conflictos entre partes que lo acepten explícitamente en forma expresa, aunque no lo hubieren pactado.

El 12 de Junio de 1998 se celebró la “IX Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR”, en donde se trata el procedimiento arbitral institucional para la solución

de conflictos en el área. Lamentablemente en su artículo 16 cuando legisla sobre los Arbitros dice que: “podrá ser árbitro cualquier persona legalmente capaz y que goce de la confianza de las partes”. Es inconcebible que a esta altura de las circunstancias no se haya exigido que los Arbitros sean abogados, pues es indispensable el conocimiento legal, más la especialización en el derecho de la integración, para dirimir conflictos que se plantean entre Estados, entre un Estado y un particular y entre particulares integrantes de esta unión aduanera imperfecta.

El MERCOSUR debería de crear un sistema de aprobación y registro de instituciones de arbitraje como las ya mencionadas, fijándose las exigencias previas para ello por parte de la estructura del Mercado Común del Sur, a fin de que quienes hayan llenado los requisitos para la inscripción se instituyan como Tribunales Arbitrales Institucionales del MERCOSUR.-

Otra alternativa que podría funcionar conjuntamente con la anterior sería la creación de un Tribunal Arbitral Oficial para la solución de controversias entre particulares, como parte de la estructura del MERCOSUR, lo que implica modificaciones en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto, cuya oportunidad debe de esperarse y cuya conveniencia discutirse aunque podría coexistir con los Tribunales Arbitrales ya creados.(7)

El MERCOSUR requiere hoy más que nunca tener un Tribunal de solución de controversias estable, por dos razones: la primera, porque los conflictos comerciales y las disputas sobre reglas acordadas se tienen que definir de acuerdo a derecho; y, la segunda, porque hay que sacar a los conflictos comerciales de la negociación política. Es dañino para los negociadores y más aún para los Jefes de Estado, verse envueltos en discusiones y disputas sobre reglas preestablecidas.

Como antecedente tenemos que a fines de la década de los ochenta, cuando EE.UU. y Canadá formalizaron una zona de libre comercio, los canadienses celebraron más el hecho de haber obtenido la formación de un Tribunal Arbitral que la concesión de un arancel cero para ingresar en el mercado norteamericano. La seguridad de acceso al mercado le venía garantizada por la existencia del Tribunal y la historia le demostró que ese convencimiento era certero pues Canadá ganó la mayor cantidad de casos frente a EE.UU.

3.- Resolución de controversias entre particulares en el MERCOSUR.

El arbitraje.

Actualmente el MERCOSUR enfrenta una crisis estructural, que desnuda algunas de las falencias constitutivas del sistema, que puede servirnos de verdadera alerta, por lo que debemos observarla con mucho detenimiento.(8)

Coincidimos con otros autores en que uno de los aspectos fundamentales de esta crisis es la poca o escasa consideración que se otorga a los derechos de los particulares, en la estructura institucional del MERCOSUR.

La demostración más clara de esta falta de preocupación por los derechos individuales es la inexistencia de un sistema de solución de controversias rápido y confiable para dirimir conflictos entre particulares y entre particulares y Estados del Mercosur, que permitiera no sólo resolverlos, sino también prevenirlos.

Los funcionarios estatales, que tienen poder de decisión dentro de los órganos del MERCOSUR, no se sienten atraídos por los sistemas alternativos de resolución de controversias.

A ello debe de agregarse que en los países integrantes de ésta región no existe una cultura del arbitraje, por lo que las partes y sus asesores no introducen cláusulas compromisorias en sus contratos.

En la divulgación del arbitraje, en su instalación en la conciencia jurídica de los integrantes de éste Mercado, tienen un papel muy relevante los colegios profesionales y las instituciones que agrupan a los hombres del mundo del derecho quienes deben preparar a los futuros árbitros y crear Tribunales Arbitrales Institucionales a los que las partes sometan libremente la resolución de sus conflictos y cuenten con el respaldo y la responsabilidad de las instituciones que los auspicien.

Esta divulgación del arbitraje en el derecho de la integración debe de estar dirigido en especial a los profesionales del derecho y a los pequeños y medianos empresarios quienes hasta hace poco años no participaban en el comercio exterior y que vertiginosamente son impulsados a ello por los avances de los procesos de integración. Los grandes empresarios y sus asesores acostumbrados a efectuar transacciones con los países o empresas del hemisferio norte, están acostumbrados a esta forma de resolución de conflictos, que a veces le vino sugerida o impuesta por el más fuerte en la contratación.

Hasta éstos últimos años las universidades del MERCOSUR no preparaban a sus futuros abogados o a sus graduados para trabajar con métodos alternativos de solución de controversias y a la introducción y manejo de cláusulas compromisorias en los contratos.

Los prejuicios contrarios al arbitraje no revisten el más mínimo análisis a la luz de las experiencias actuales de los países desarrollados donde se usa este sistema de resolución de conflictos para resolver las controversias entre Estados, entre un Estado y un particular y entre particulares entre sí.

El incremento de las transacciones comerciales produjo en esta última década del milenio un desarrollo cuantitativo y cualitativo del arbitraje internacional, tanto por la cantidad de conflictos resueltos por ese medio, como por la cantidad de particulares pertenecientes no sólo a los de países del primer mundo que son amplia mayoría; sino también aunque en minoría los países periféricos.

El desarrollo aparece también a nivel normativo con la ratificación de tratados internacionales sobre la materia; con la sanción de leyes como la ley 9307 sancionada en 1996 por el Brasil y ya mencionada anteriormente y la ley 26.572 dictada en 1955 por Perú; como así también las nuevas reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial de 1966 y de la Cámara de Comercio Internacional que entró en vigencia en 1998.

La supremacía de los tratados internacionales respecto de la ley interna estatal está claramente receptada en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, Convención que ha sido ratificada por los cuatro Estados miembros del MERCOSUR y que nos permite avanzar favorablemente en el proceso de integración regional a pesar de los impedimentos constitucionales de Brasil y Uruguay al respecto.

3.1. Normación reguladora del arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR.

3.1.1. Normas Generales e Integrales.

En primer lugar debemos decir que no existen en el MERCOSUR normas que regulen en forma integral el arbitraje internacional entre particulares.

Los instrumentos elaborados por el Mercosur que se refieren a la solución de controversias no tratan el arbitraje entre particulares. El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, el Anexo sobre Procedimiento General para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, del Protocolo de Ouro Preto, del 17 de diciembre de 1994 y la Directiva 6/96 (C.C.M.) Mecanismo de Consultas en la Comisión de Comercio del Mercosur (aprobada en la XIII reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, realizada en Buenos Aires, los días 18 y 19 de Junio de 1996), regulan las controversias entre Estados Parte del Mercosur y las reclamaciones de los particulares contra Estados Parte.

Sin embargo, el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto el 27 de Junio de 1992 (aprobado por Argentina por ley 24.578 -A.D.L.A., LV-E 5899-) trata conjuntamente con el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, el de los laudos arbitrales extranjeros (arts. 18 a 26).

Además, el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, suscripto en Buenos Aires, el 5 de Agosto de 1994 (aprobado por Argentina por ley 24.669 -A.D.L.A., LVI-C, 3421-) otorga validez a los acuerdos arbitrales (art. 4º, párrafo 2º).

Si bien no existen otras normas dentro del Mercosur que contemplen aunque sea parcialmente el tema, hay que preguntarse si no existen tratados internacionales sobre arbitraje aplicables entre los países del Mercosur.

3.1.2. Normas específicas vinculantes.

La única Convención referida específicamente al arbitraje, que vincula a los cuatro países del Mercosur es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscripta en Panamá el 30 de Enero de 1975, en el marco de la Primer Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I) (aprobada por Argentina por Ley 24.322 - A.D.L.A, LIV-C, 2776-)

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscripta en Nueva York, el 10 de Junio de 1958 (aprobada por Argentina por ley 23.619 -A.D.L.A., XLVIII-D, 4230-), ratificada por Argentina, Paraguay y Uruguay -entre más de 115 países del mundo-, no lo ha sido por Brasil. Además, la Convención de Nueva York, tiene un carácter subsidiario con relación a otras convenciones sobre arbitraje (art. VII).

Por ello y porque el Mercosur no ha elaborado hasta el momento una regulación integral de la materia, la Convención de Panamá debe ser considerada como el instrumento base en lo que se refiere al arbitraje comercial internacional entre particulares en el ámbito del Mercosur.(9)

Esta Convención (ver art. 4º) debe complementarse o integrarse dentro del Mercosur, con el Protocolo de Las Leñas de 1992 y respecto de Uruguay, quién no ha aprobado aún este Protocolo, con la Convención Interamericana sobre Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, suscripta en Montevideo, el 8 de Mayo de 1979 en el marco de la CIDIP-II (aprobada por Argentina por la ley 22.921 -A.D.L.A., XLIII-D, 3819-).

La aplicabilidad de éstas Convenciones en el ámbito del Mercosur fue señalada por la Sección Argentina de CIAC-OEA en la Primera Reunión Regional de los países del Mercosur de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC-OEA realizada en

Buenos Aires el 25 de Abril de 1997. Posteriormente, se expuso en la “XVI reunión de CIAC-OEA”, realizada en Río de Janeiro del 11 al 13 de Mayo de 1997.

3.1.3. Normas aplicables.

De la enumeración señalada resulta que existen actualmente normas aplicables al arbitraje entre particulares en el Mercosur. Es cierto que no se trata de regulaciones integrales, ya que fundamentalmente tratan el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

Si embargo, no debe perderse de vista que la Convención de Panamá regula también la validez del acuerdo arbitral, tanto a través de normas materiales (art. 1º), como de normas de conflicto (art. 5º, 1º a) y que el Protocolo de Buenos Aires exige que el acuerdo no se haya otorgado en forma abusiva (art. 4º).

Además, la Convención de Panamá contiene una norma muy sabia en cuanto al procedimiento arbitral: si las partes no han acordado el procedimiento, se aplican las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Así lo dispone el art. 3 de la Convención de Panamá: “A falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”.

Fácil es advertir que la aprobación de un Protocolo de Arbitraje del Mercosur va a implicar necesariamente una superposición de fuentes normativas, que será difícil resolver. Hoy en día la cantidad de tratados internacionales, hace cada vez más compleja la determinación de la preeminencia o a la coordinación de unos respecto de otros. En ésta época los conflictos de convenciones son una preocupación equivalente a los conflictos de leyes del siglo pasado.

Por eso, la técnica de elaboración y aplicación de los tratados internacionales requiere no sólo la determinación precisa de sus ámbitos de aplicación, sino también el análisis de su relación con otras convenciones.

La redacción de una norma de relación del Protocolo de Arbitraje del Mercosur con otras Convenciones y Protocolos debe ser muy cuidadosa; una formulación demasiado abierta como la del art. 35 del Protocolo de Las Leñas no resultaría suficiente para solucionar los problemas que se presenten. Debería meditarse profundamente esta cuestión.

La reflexión sobre los posibles conflictos de convenciones debería tener en consideración también, la posibilidad de omitir la regulación de aquellos aspectos ya contemplados por las normas vigentes en el Mercosur, en caso de que se considere apropiada esa normativa.

Por lo contrario, si se estimara que alguna de las normas de la Convención de Panamá es inapropiada para el Mercosur, y se decide regularla en forma diferente en el Protocolo del Mercosur, debería indicarse expresamente la inaplicabilidad dentro del Mercosur de la norma en cuestión, a través de una fórmula particular y expresa y no simplemente general.

El régimen del Protocolo de Brasilia no tiene por objeto resolver las diferencias entre particulares en el ejercicio de su actividad privada, ante el perjuicio causado por un incumplimiento contractual.

La falta de solución de las disputas entre particulares en los mecanismos previstos hasta ahora por el sistema de integración del MERCOSUR tiene el defecto de que pueden llegar a aplicarse contenidos normativos dispares según los países involucrados en el caso concreto.

Los únicos que tienen legitimación procesal para llevar el procedimiento a la instancia jurisdiccional que se prevé -el arbitraje- son los Estados Partes que mantienen una controversia. En efecto, siempre que un Estado no haga suya la posición del particular, aún cuando éste haya demostrado la ilegalidad de la medida y la existencia o

la posibilidad del perjuicio que la norma le cause, la acción del particular siempre termina en un dictamen técnico sin valor obligatorio.(10)

También debemos señalar que el art. 25 del Protocolo establece que la reclamación privada sólo puede fundarse en medidas legales y administrativas, no se habla de **incumplimientos** como cuando se refiere a las reclamaciones entre Estados. Como la expresión **incumplimientos** abarca tanto las acciones como las omisiones, tenemos que el art. 25 al referirse a “medidas legales y administrativas” deja fuera a las omisiones y justamente las omisiones de los gobiernos son las dificultades más grandes que un particular enfrenta cuando debe exportar entre los países con los cuales existen tratados.(11)

Por último la doctrina señala que quedan pendientes algunas cuestiones apenas bosquejadas en el Protocolo, las que tendrán que resolverse por vía reglamentaria o bien a través de la jurisprudencia de los mismos tribunales arbitrales.(12)

Como vimos, la normativa actual del Mercosur, trata en forma extremadamente restringida y con un procedimiento muy dificultoso de llevar adelante, los reclamos de los particulares cuando éstos se dirijan contra actos o decisiones de los Estados Parte.

Es necesario que un Estado Parte se haga cargo del reclamo del particular y lo tome como propio, para que puedan requerirse medidas correctivas o instar el procedimiento arbitral.

Los **reclamos de particulares**, están contemplados en el Mercosur como un tímido mecanismo previsto para escuchar a las empresas y personas físicas, pero no hay una verdadera regulación de las controversias entre un particular y un Estado, que carecen de una vía institucional para ser resueltas, salvo en lo que se refiere a inversiones extranjeras.

En los Protocolo de Colonia antes mencionado y en el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no Partes del Mercosur, firmado en Buenos Aires el 5 de Agosto de 1994, decisión 11/94 del C.M.C. se contempla en caso de controversia entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, la opción del inversor para reclamar ante los tribunales estatales del país receptor de la inversión o ante un tribunal ad-hoc o ante instituciones internacionales de arbitraje.

4.- Conclusiones: A pesar de ser reiterativo en algunos conceptos que considero básicos y fundamentales del proceso integrador del MERCOSUR, me permito sugerir algunas ideas para la solución de las controversias: (13)

4.1. Institucionalización: El **proceso de integración** del MERCOSUR para garantizar plenamente la solución de controversias entre los Estados miembros, entre un Estado y un particular o entre particulares, requiere avanzar hacia la existencia de un derecho comunitario que tenga **prioridad jerárquica** sobre el **derecho interno** estadual, el que será dictado e interpretado por **organismos específicos** e independientes de **carácter supranacional**. Esto significa que se debe llegar a la firma de un **nuevo tratado cuadro** que revitalice el **Tratado de Asunción** y que institucionalice a ésta unión aduanera creando un **cuerpo deliberativo**, bicameral, hacedor de la ley comunitaria, con representación de los ciudadanos del MERCOSUR y de los Estados miembros; un organismo que **interprete** esa ley, ya sea un **Tribunal de Justicia o Arbitral**, cuyas decisiones serán aplicadas por los jueces estatales; y, un **cuerpo ejecutivo** que integrarán los Jefes de Estado.

4.2. Jurisdiccionalidad: Un proceso de integración **voluntario y de derecho** como el del MERCOSUR se perfecciona, cuando al mecanismo de concertación y de decisión

se le añade un **mecanismo jurisdiccional** que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e **interprete**, en última instancia, las normas jurídicas de la integración.

4.3. Equidad: La **equidad** en el reparto de las cargas y beneficios es uno de los caracteres típicos de un proceso de integración **voluntario y de derecho** como es el del MERCOSUR. El derecho que rija a la comunidad debe de dar la garantía de que las **cargas y beneficios** del proceso de integración serán **distribuidos equitativamente** entre todos los participantes, sin que predominen los intereses de los Estados más fuertes, ni tampoco de los socialmente más poderosos, sino que éste proceso debe de estar dirigido a beneficiar a todos los sectores sociales de cada uno de los Estados miembros del Mercosur **por igual**.

4.4. Soberanía: El avance de los procesos de integración traen consigo una adaptación del concepto de soberanía a las nuevas circunstancias; y de aquella concepción clásica y tradicional que concebía a la soberanía como conjunto de atributos y derechos inherentes a la personalidad del Estado, es decir soberanía **poder** o **potestad**, se va evolucionando hacia un **nuevo concepto** que la considera como una **competencia** que el Estado ejerce en sus relaciones externas y en sus asuntos internos, conforme a los principios y normas del derecho comunitario, con el que se protegerá además del **interés nacional** el **interés general** y el **interés comunitario**, que no es otra cosa que defender el interés de cada uno de los miembros de la comunidad regional.

4.5. Supranacionalidad: Este nuevo concepto nace para dar explicación a un fenómeno autónomo que es el de las comunidades, las que no encontraron puesto apropiado ni en las categorías del derecho público ni en las del derecho internacional clásico; y también nace como un ideal en el orden político que se ansía conseguir en América.

Las Constituciones de los países que integran el MERCOSUR no prevén implícita ni explícitamente la atribución de competencias a **órganos supranacionales**; Argentina otorga a los tratados con los Estados extranjeros el carácter de ley suprema de la Nación, criterio también adoptado por Paraguay, pero no ocurre lo mismo con Brasil y Uruguay que mantienen el criterio de supremacía de la norma constitucional, lo que constituye una traba para el proceso de integración pues el derecho integracionista estaría siempre sometido al contralor constitucional individual del Estado por sus órganos jurisdiccionales, por ello es conveniente que en futuras reformas constitucionales se cuente con normas positivas redactadas en la atmósfera de los **nuevos conceptos de soberanía y supranacionalidad**.

Los **órganos supranacionales** que deberán crearse en el ámbito del Mercosur, **tendrán competencia delimitada** y adoptarán decisiones de **cumplimiento obligatorio** para los Estados miembros y los individuos que habitan en ellos, siendo los **organismos de dichos Estados** los encargados de **aplicar y ejecutar** las normas comunitarias; éste es un proceso que diferencia al **sistema comunitario** del **sistema federal**.

4.6. Armonización: La armonización de la legislación sobre los medios de solución de controversias entre los Estados miembros del MERCOSUR y los particulares, en especial el arbitraje, tendrá sus **límites** en los **finés** de la **integración**.

Este proceso de armonización de la legislación procesal atinente a la resolución de conflictos a través del arbitraje servirá para impulsar a los Estados integrantes del

MERCOSUR a **revertir** su legislación interna de fondo y de forma, perfeccionando ya sea la ley o los organismos de aplicación, de tal modo que faciliten la creación de Tribunales Arbitrales Supranacionales, cuyos laudos sean de **cumplimiento obligatorio** para los **Estados miembros** y los **particulares**, **ejecutando** dichos laudos los **Jueces internos** de dichos Estados.

4.7. Tribunal Jurisdiccional: El proceso de integración del MERCOSUR requiere de un mecanismo jurisdiccional o sea de un **Tribunal de Justicia institucionalizado**, que controle la legalidad de los actos jurídicos dictados e interprete, en última instancia, las normas jurídicas de la integración, impulsando el proceso integrador, con total independencia de los demás órganos comunitarios e integrado por jueces probos que puedan dictar normas realmente **fieles** (porque describen con acierto el contenido de la voluntad de sus autores), **exactas** (porque se cumplen) y **adecuadas** (porque los conceptos empleados y los cambios en la realidad que producen -generando **materializaciones**- sirven a los fines de sus autores). (14)

Este Tribunal aportaría **seguridad jurídica** y **estabilidad** al proceso de integración; favorecería al fortalecimiento de la **supranacionalidad** y a la reafirmación del **principio de supremacía** o de **prioridad jerárquica** del derecho de la integración sobre las normas nacionales que pudieran contradecirlo; aseguraría el **control de legalidad** independiente de los Estados socios y de los otros órganos comunitarios legislativos o ejecutivos; aseguraría la **interpretación final uniforme y la aplicación de las normas de la integración**, otorgando seguridad jurídica al proceso; sería **permanente** y no **ad-hoc** como el Tribunal Arbitral previsto en el Protocolo de Brasilia; permitiría llevar a la contraparte a una **instancia jurisdiccional obligatoria** asegurándose un **resultado justo**; otorgaría a las partes una **instancia superior** que no significaría una Corte Supranacional por sobre las Nacionales, que intervendría ante actos y normas **comunitarios** reconociendo que el primer Juez del caso será siempre un órgano jurisdiccional nacional; sus sentencias serían **obligatorias, inapelables y definitivas**; tendría competencia para entender en **todo tipo de conflictos** y además **competencia consultiva** como **recurso prejudicial**; daría **acceso a la justicia**, a los **particulares**; y, por último, otorgaría **seriedad** y **consolidación** al proceso de integración.(15)

4.8. Tribunal Arbitral: El MERCOSUR debe de contar también con **Tribunales Arbitrales estables y permanentes** que coexistan con el Tribunal Jurisdiccional Supranacional (16) siendo los primeros **institucionales** patrocinados por entidades representativas de la comunidad y el segundo, órgano oficial creado por los Estados integrados en el tratado marco o Protocolo especial al respecto. Contaría así el proceso de integración con las ventajas del arbitraje, que son **celeridad, plasticidad procesal, economía, especialidad** ya que los árbitros serían abogados especializados en derecho de la integración; confianza de las partes en el árbitro o Tribunal Arbitral acordado por ellas en la **cláusula compromisoria** para resolver sus conflictos e **inmediatez** entre el árbitro, las partes y el proceso; conjuntamente con las ventajas de un órgano administrador de justicia supranacional que son el **imperium, la permanencia** de los **jueces, su continuidad e inamovilidad**, su **neutralidad política**, la existencia de una **jurisprudencia firme y exigible**, que fije las reglas pretorianas del derecho comunitario que marquen el ritmo de la integración e interpreten el incipiente derecho comunitario, con total **independencia** de los **órganos** que lo **dictan y ejecutan**. No puede avanzar un

proceso de integración sin un **organismo arbitral o jurisdiccional** que **dirima** los conflictos y las disputas que surjan de la divergente interpretación de las normas por parte de los Estados socios integrados y de los particulares en sus conflictos entre sí o con un Estado miembro.

5. - *Síntesis*: El **MERCOSUR**, que enfrenta una profunda crisis, si aspira a integrarse en un proceso superior, como es en un **Mercado Común** o más aún en una **Unión Aduanera plena**, deberán los Estados miembros negociar un nuevo **tratado cuadro, tratado marco o tratado constitución**, que acoja al **Tratado de Asunción** y a los **Protocolos** dictados en su consecuencia, los perfeccione con la experiencia adquirida aquí y en el derecho comparado comunitario, introduciendo el nuevo concepto de **supranacionalidad**; dándole al derecho de la integración **prioridad jerárquica** sobre el derecho de los Estados socios; concebiendo a la **soberanía** más como una **competencia** que como un poder del Estado, que proteja además del interés nacional el **interés comunitario**; **institucionalizando** el proceso con órganos independientes, autónomos y con funciones bien definidas, en especial **creando tribunales institucionales** de solución de controversias estables, integrados por **hombres del derecho** especializados en integración, coexistiendo también con **tribunales arbitrales** creados por **instituciones** que nucleen a profesionales en ejercicio de la ciencia jurídica, que garanticen en especial a los **particulares** que los pacten a través de **cláusulas compromisorias**, la resolución de los conflictos que se planteen en la comunidad por problemáticas **integracionistas** con otro particular, con un Estado socio o entre Estados, teniendo siempre presente que la integración no tiene su **fin en sí misma**, sino que es un **medio** para alcanzar con **equidad y justicia** el desarrollo integral de una región, el **bien común** para todos los que la integran y consencuentemente la ansiada **paz social** de los pueblos integrados hacia el progreso.

NOTAS

1.- MARTIN MARCHESINI; Gualtiero: “Libre circulación de la Mano de Obra en el MERCOSUR” en Revista de Derecho del Mercosur, año 3, N° 3, junio de 1999, pag. 21, edit. La Ley, Bs.As..

2.- REY CARO; Ernesto J. : “Comentario al reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el MERCOSUR” en Revista de Derecho del Mercosur, año 3, N° 3, Junio de 1999, pag. 11, Edit. La Ley, Bs. As.-

3.- GARRE COPELLO; Belter: “Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur” en Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Montevideo, R.O. del Uruguay, Abril de 1995, Montevideo.-

4.- ZAPIOLA PEREZ; Horacio: “Arbitraje en el MERCOSUR” en Revista de Derecho del Mercosur, año 2 N° 1, Febrero de 1998, pag. 40, Edit. “La Ley”, Bs. As.

5.- CIURO CALDANI; Miguel Angel: “Hacia un régimen adecuado de solución de controversias en el MERCOSUR”, en Derecho de la Integración N° 7, año 1998, Pag. 27 de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Comunitarios, Rosario 1998.-

6.- GARNELLO; Vicente: “Evolución Institucional y Jurídica del MERCOSUR”, INTAL. Documento de Divulgación N°3, noviembre de 1998, pag. 14.-

7.- DE TARSO SANTOS; Paulo: “Solución de Controversias en el Proceso de Integración Regional. Conciliación y Arbitraje en el MERCOSUR”. Exposición en el Seminario sobre Dimensión Jurídica de la Integración, celebrado en Montevideo, Uruguay 2/3 de diciembre de 1996, publicada por ALADI, Sec. Gral. SEC/Di 879- 16/12/96.-

8.- ZAPIOLA PEREZ; Horacio: ob. cit. en 4, pag. 41, ap. III.-

9.- NOODT TAQUELA; María Blanca: “Como regular el Arbitraje entre particulares en el Mercosur?” en Revista de Derecho del Mercosur, N° 3, Junio de 1998, pag. 198, Edit. La Ley, Bs. As. 1998.-

10.- ZEBALLOS; Carlos: “El Protocolo de Brasilia” en Integración Latinoamericana INTAL, Bs. As. , Diciembre de 1992, N° 185.-

11.- XAVIER DE MELLO; Eugenio: “Solución de Controversias en el Mercosur. Protocolo de Brasilia” en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político”, Serie Congresos y Conferencias N°8, pag. 73, Montevideo 1993.-

12.- GARRE COPELLO; Belter: ob. cit. en 3, pag. 227.-

13.- MARTIN MARCHESINI; Gualtiero: Los conceptos de “institucionalización”, “jurisdiccionalidad”, “equidad”, “soberanía”, “supranacionalidad”, “armonización” ya los he esbozado en mi publicación citada en el apartado 1 con referencia a la “Libre circulación de la mano de obra en el MERCOSUR”, pero a pesar de pecar de reiterativo, considero necesario remarcarlos con referencia a este tema, pues es necesario que ellos germinen y crezcan para que nuestro MERCOSUR se convierta en un proceso superior de integración que compita con los otros procesos avanzados como el de la Unión Europea en los que estos conceptos están ya consolidados.-

14.- CIURO CALDANI; Miguel Angel: ob. cit. en 5, pag. 3.-

15.-VARGAS; Abraham Luis: “El Tribunal de Justicia Permanente del MERCOSUR: una necesidad “sistémica” actual para satisfacer los conflictos, intereses y Derecho Comunitario involucrados”, en Revista de Derecho del Mercosur, año 1, N° 3, noviembre de 1997, pag. 39 y sig. en especial pag. 85 ap. 6, Edit. La Ley, Bs. As. año 1997.-

16.- ESTOUP; Luis Alejandro: “Tribunal Arbitral vs. Tribunal Jurisdiccional:Cuál de ellos necesita el MERCOSUR ?” en Revista de Derecho del Mercosur, Suplemento N° 1, Junio de 1998, Edit. La Ley, Bs. As. 1998.-