

**EL ARBITRAJE EN
EL MERCOSUR Y LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES.
ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS**

Diego Alejandro Alzate Echeverri

Resumen

Una visión del arbitraje en Suramérica requiere necesariamente, dadas las condiciones actuales de globalización económica, una amplia reseña en cuanto a las uniones comerciales más importantes del hemisferio como lo son el Mercosur, y La Comunidad Andina de Naciones.

Desde la perspectiva jurídica, la adaptación a la globalización implica dinamismo, no solo en la comercialización de productos y celebración de contratos, sino en la resolución de controversias que se puedan suscitar en el desarrollo de éstos.

El arbitraje ha sido la tendencia regional concertada entre las uniones latinoamericanas a analizar, y es por ello que consideraremos con especial énfasis su evolución, así como los avances y posibles retrocesos, dentro de los cuales es factor fundamental la política de gobierno vigente de cada Estado.

Conscientes de la necesidad de una verdadera unión que avance con seguridad en el bienestar de los pueblos latinoamericanos resaltamos la

necesidad de categorizar el arbitraje como un instrumento imprescindible en el proceso integracionista.

Abstract

A vision of international commercial arbitration in South America necessarily requires, given the current conditions of economic globalization, a broad overview about the most important trade unions hemisphere such as Mercosur and the Andina Community of Nations.

From a legal perspective, adaptation to globalization implies dynamism not only in the marketing of products and contracting, but the resolution of disputes that may arise in their development.

Arbitration has been a concerted regional trend among Latin American unions to analyze, and that is why we will consider with particular emphasis developments as well as the advances and possible drawbacks, among which is the key factor in government policy in force in each state party.

Aware of the need for true union safely advance the welfare of Latin American countries highlight the need to categorize arbitration as an essential tool in the integration process.

Palabras clave

Arbitraje Comunitario, Mercado Común del Sur, MERCOSUR, Comunidad Andina de Naciones, CAN, Unión de Naciones Suramericanas UNASUR.

Keywords

Arbitration, Community, the Southern Common Market, MERCOSUR, Andean Community of Nations, CAN, Union of South American Nations UNASUR.

I. INTRODUCCIÓN

Mientras han pasado ya más de dos siglos de vida independiente en gran parte de América Latina, es indudable que la región sigue estando lejos de alcanzar niveles de bienestar propios de las áreas más desarrolladas del mundo. Los cambios estructurales de las últimas dos décadas han sido ciertamente importantes, sobre todo en las orientaciones de la política económica, pero aún están por verse sus efectos sobre el crecimiento y la cohesión social.

En las últimas dos décadas, América Latina ha emprendido el reto de acelerar los procesos de integración en un contexto global y regional, en el cual el Estado nacional pierde centralidad, al mismo tiempo que, sin embargo, ese mismo Estado no es capaz de cumplir la tarea de la integración.

Desde comienzos de los años noventa, la región ha adoptado el Regionalismo Abierto como estrategia de desarrollo, con el objeto de mejorar la competitividad de sus mercados a nivel internacional, y de igual manera, buscar la optimización en la coordinación de políticas entre los miembros de los grupos regionales.

En virtud a este regionalismo abierto, se han logrado resultados significativos en materia de liberalización comercial y comercio intrarregional, pero aún existen barreras importantes que disminuyen los beneficios potenciales de una integración más profunda.

En este ámbito de integración, el arbitraje se emplea en el área del Derecho Público, como mecanismo de solución de conflictos internacionales, asimismo el arbitraje comercial internacional es de gran utilidad para dar solución a conflictos entre particulares y entre particulares y el Estado, e igualmente desde lo institucional, el arbitraje se utiliza para solucionar conflictos relativos a la interpretación y aplicación de normas; es en este último caso del cual partimos para la elaboración de este escrito, haciendo pues un especial énfasis en el arbitraje institucional y su interpretación a las normas de derecho privado.

Así pues repasaremos brevemente para dar inicio a nuestra exposición, el arbitraje en la Unión Europea (UE), antes llamada Comunidad Económica Europea (CEE), cuna del derecho comunitario mundial, y fuente obligada del derecho de la integración.

Posteriormente esbozaremos el arbitraje en la integración regional de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), e igualmente en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR); seguidamente realizaremos un análisis a la propuesta de integración Sub-regional entre CAN y Mercosur, y el surgimiento de la UNASUR, finalizaremos con la novedosa e importante oleada globalizadora de los Tratados de Libre Comercio (TLC) celebrados por algunos países Suramericanos con los Estados Unidos de América, destacando sus dificultades y consecuencias en materia de integración.

Luego de este análisis político y económico a nivel regional y subregional, se planteará a modo de conclusión como el arbitraje es base y favorece positivamente las instituciones comunitarias, tanto como mecanismo para la

resolución de conflictos, a nivel empresarial, como también en el ámbito de gobernabilidad en los procesos de integración.

Debemos tener en cuenta que la ausencia de órganos supranacionales y de un ordenamiento jurídico autónomo con efecto directo y primacía respecto a las normas nacionales, conjuntamente con la debilidad de los organismos de resolución de controversias, han sido y siguen siendo un obstáculo de la integración, limitando seriamente su eficacia.

II. EL ARBITRAJE EN LA UNION EUROPEA

La principal fuente de derecho comunitario en el mundo ha sido la Unión Europea, no solo por sus avances en materia de unificación llevados al último escalafón en el ámbito integracionista, sino por la experiencia adquirida durante el proceso, también enriquecen la larga y rica tradición jurídica del viejo continente.

En la UE no existe el arbitraje comunitario como método para la resolución de conflictos institucionales esto es para solucionar conflictos relativos a la interpretación y aplicación de normas, pero sí entre particulares como lo expondremos seguidamente.

La Unión Europea, mediante Resolución del 6 de Mayo de 1994 del Parlamento Europeo, acerca del fomento del recurso al arbitraje para la resolución de conflictos de orden jurídico, esgrime, que el aumento del mercado interior amplía el campo de los intercambios interestatales y plantea con esto dos problemas:

a) El incremento de los acuerdos privados que entran dentro del ámbito de más de un régimen u ordenamiento jurídico nacional, de los cuales, finalmente, sólo una será aplicable.

b) La excepcional sobrecarga de los tribunales de justicia debido a las controversias que se les someten, habida cuenta de que es ingente la cantidad de controversias que tienen su raíz en contratos accionados por los consumidores.

El arbitraje en la UE está excluido de la aplicación tanto del convenio de Roma, de 19 de Junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, como del convenio de Bruselas, del 27 de Septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial, y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y ambas exclusiones, sirven para resaltar la particularidad del arbitraje, toda vez que el órgano de arbitraje dispone de una gran independencia respecto de la elección.

La mayor parte de las normas del Derecho comunitario primario y derivado está compuesta por normas de orden público, y por consiguiente, con el acuerdo de arbitraje no podrán excluirse la aplicación de normas de esa índole, que por otra parte, en los casos en que el ordenamiento jurídico comunitario instituye la competencia exclusiva de los órganos institucionales de la Unión Europea para la resolución de controversias, esta competencia no podrá tampoco excluirse por un acuerdo por arbitraje (López-Medel, 1999).

En tales casos, se entiende que un eventual recurso al arbitraje pondría en peligro la interpretación y aplicación homogénea del Derecho Comunitario, y que esta necesaria homogeneidad sólo puede garantizarse mediante el respeto de las atribuciones confiadas por los Tratados al Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas y al Tribunal de Justicia de Primera Instancia.

Empero el Convenio de Ginebra, más concretamente el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, pretende –promover– el comercio y la solución de controversias y conflictos entre los países de Europa, en sentido amplio, ya que se incluyen los países del Este e, incluso, a Cuba.

En su artículo primero se establece que la aplicación de dicho Convenio se producirá cuando las controversias se refieran a personas físicas o jurídicas, que en el momento del acuerdo o sumisión al Arbitraje, tengan su domicilio, residencia o sede social en Estados contratantes diferentes.

Se hace una referencia genérica a que las controversias puedan ser resueltas por medio de Arbitraje, sin indicar cuáles pueden o no ser susceptibles de Arbitraje en el contexto internacional y tampoco qué ley o qué criterio es válido para determinarlo. Esta ausencia tiene su razón de ser en que, al igual que el concepto de orden público anteriormente explicado, las materias objeto de arbitraje también son cambiantes, en el sentido de que algunas de ellas pueden estar afectadas por consideraciones de orden público en un momento determinado y no estarlo en otro.

Por otro lado, materias inarbitrables en el ordenamiento interno pueden ser objeto de Arbitraje si éste es internacional. Por estas razones, la normativa sobre la arbitrabilidad no va siempre en una dirección, sino que evoluciona al mismo modo que el criterio de interés nacional e internacional del momento.

La UE ha establecido el uso del arbitraje en alguna de sus normativas. Por ejemplo en ciertas normativas alimentarias, tales como:

Reglamento 1262/2001 de la Comisión Europea, relativo a la compra y venta de azúcar por los organismos de intervención, que establece en su artículo 17 El Reglamento (CEE) No. 1265/69 de la Comisión, de 1 de julio de 1969, relativo a los métodos de determinación de calidad aplicables al azúcar comprado por los organismos de intervención. (...) Por otro lado, para solucionar las discrepancias derivadas de la comparación de los resultados de análisis que no concuerden, resulta adecuado fijar procedimientos de arbitraje adecuados.

La Comisión de las Comunidades Europeas con el deseo de aumentar la confianza de los consumidores en el funcionamiento del mercado interior y su capacidad para beneficiarse de las posibilidades que éste les ofrece incluye la posibilidad de que los consumidores puedan resolver sus litigios de forma eficaz y adecuada por la vía de procedimientos extrajudiciales.

Es así como mediante la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en el acápite de consideraciones, indica:

Conviene que los Estados miembros alienten a los organismos públicos o privados creados para la resolución extrajudicial de litigios a cooperar para resolver los litigios transfronterizos. Esta cooperación, en particular, podría tener como objetivo permitir al consumidor acudir a los órganos extrajudiciales establecidos en el Estado miembro en el que reside para presentar reclamaciones contra proveedores establecidos en otros Estados miembros. La constitución de la red FIN-NET ofrece mayor asistencia a los consumidores cuando utilicen servicios transfronterizos. (Directiva 2002/65/CE)

La red FIN-NET, es una red transfronteriza de denuncias extrajudiciales para los servicios financieros, se basa en la cooperación entre organismos nacionales de solución de litigios y es la primera red de Resolución Alternativa de Litigios (RAL) transfronteriza que funciona plenamente en la Unión Europea.

III. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)

Fue creada mediante el Acuerdo de Integración Subregional Andino, (Acuerdo de Cartagena), el 26 de mayo de 1969, conformada por los países Suramericanos de: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, con el propósito de mejorar el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social.

La Comunidad Andina de Naciones está conformada por órganos e instituciones, articuladas en el llamado: Sistema Andino de Integración (SAI), antes llamada Comunidad Andina o Pacto Andino, con diferentes funciones, que van desde normativas y de dirección política, hasta judiciales, ejecutivas, deliberantes, sociales, financieras y educativas.

Función Arbitral en La Comunidad Andina:

La Sección Quinta del Capítulo III del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado mediante Decisión 472, introduce una nueva función del Tribunal y de la Secretaría General, que consiste en dirimir mediante arbitraje determinadas controversias cuando las partes así lo acuerden.

Señalan, en efecto, los artículos 38 y 39 del Tratado:

Artículo 38.- El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.

Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro.

Artículo 39.- La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrando las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

La Secretaría General administra la fase prejudicial, mediante un procedimiento previsto por el reglamento establecido mediante la Decisión 623.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por su parte, es el órgano jurisdiccional encargado de dirimir, en forma definitiva las controversias que se deriven de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario. Sus competencias se encuentran previstas en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y desarrolladas en su Estatuto mediante la Decisión 500.

Ante una desavenencia entre dos particulares por la aplicación o interpretación de un contrato regido por el ordenamiento jurídico comunitario coexisten las siguientes opciones:

- Que la controversia sea sometida a mecanismos de arbitraje interno, a cargo de centros organizados al amparo de la ley nacional;
- Que el conflicto sea administrado y resuelto bajo las reglas de un centro de arbitraje internacional, si se dan las condiciones para ello, particularmente que las partes tengan su domicilio, residencia o sede social en países distintos.
- Que sea un árbitro independiente o *Ad-hoc* el que resuelva el conflicto, de acuerdo con las reglas que acuerden las partes y con la ley aplicable.
- Que las partes convengan someter a arbitraje por el Tribunal Andino o por la Secretaría General, conforme a las disposiciones del Tratado y de las normas y reglas que lo desarrollen.

Los conflictos suscitados por la aplicación de contratos de carácter privado constituyen, sin duda, el campo en el que puede desarrollarse con mayor amplitud la función arbitral de la Comunidad Andina. Se trata de las relaciones comerciales entre los principales actores de un proceso de integración económica: los empresarios.

La condición para que el arbitraje pueda ser sometido al Tribunal, y en estos casos también a la Secretaría General, consiste en que el conflicto se derive de la aplicación o interpretación de contratos de carácter privado que, en todo o en parte, se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Este órgano supranacional cuenta con competencia territorial en los cuatro Países Miembros de la Comunidad Andina para conocer las siguientes controversias: La acción de nulidad, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la acción laboral.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante sus sentencias, ha dotado del mayor contenido posible al ordenamiento jurídico comunitario al interpretar y aplicar el Derecho Comunitario, bajo los principios del efecto directo, de la aplicación inmediata y de la supremacía del Derecho Comunitario Andino. Hasta el año 2010, el Tribunal ha conocido de 1.813 interpretaciones prejudiciales solicitadas por los jueces nacionales, 116 acciones de incumplimiento en contra de los Países Miembros, 50 acciones de nulidad, 09 procesos laborales y 06 recursos por omisión o inactividad de los órganos comunitarios, ubicándose como la tercera

corte internacional más activa del mundo luego de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El ordenamiento jurídico comunitario andino, por regla general y en virtud de los principios de aplicación inmediata y efecto directo, entra a formar parte y a tener efecto automático en el sistema jurídico interno de los Países Miembros.

En tal sentido, los operadores jurídicos internos deben aplicar el Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino vigente, la norma comunitaria andina, que tal y como sucede con las demás normas jurídicas, es susceptible de interpretación por parte del operador jurídico. Si dicha labor fuera libre y sin condicionantes, podría haber tantas interpretaciones como operadores jurídicos existieran en el territorio Comunitario Andino. Para evitar este quiebre del sistema normativo, y con el fin de garantizar la validez del ordenamiento jurídico comunitario y la aplicación uniforme del mismo, se creó e instituyó la figura de la Interpretación Prejudicial.

El artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consagra en cabeza de este organismo la función de interpretar la normativa comunitaria andina para lograr su aplicación de una manera uniforme en todo el territorio comunitario.

Sobre este sistema de colaboración, el Tribunal ha manifestado:

Esta relación de colaboración se realiza con la finalidad de interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico y que consiste en explicar el significado de la norma para poder determinar su alcance y sentido jurídico; tiene como propósito, mantener la unidad de criterio sobre la legislación comunitaria en los Países Andinos, evitando que se produzcan tantas y diferentes interpretaciones que impidan la

aplicación uniforme de la Norma Jurídica Andina. (Sentencia del 18 de febrero de 2004, expedida en el proceso 142-IP-2003. G.O.A.C No.1050 de 6 de abril de 2004).

IV. EL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)

La República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay suscribieron el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción con el objeto de crear el Mercado Común del Sur, Mercosur.

El 4 de julio de 2006 se suscribió el Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur, mediante el cual Venezuela se constituyó como Estado parte. La formalización del ingreso de Venezuela al Mercosur se vio demorada hasta 2012 por la falta de ratificación del Protocolo por el Congreso paraguayo. El Mercosur tiene como países asociados a Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

El objetivo primordial del Tratado de Asunción es la integración de estos Estados partes a través de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, el establecimiento de un Arancel Externo Común (AEC) y la adopción de una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes. (Monnet, 2010).

El Arbitraje en el Mercosur:

El Protocolo de Brasilia: La solución de controversias en el Mercosur en un principio estuvo 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”, y su Reglamento aprobado el 10 de Diciembre de 1998.

Contiene este protocolo también el anexo sobre Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio de Mercosur, del Protocolo de Ouro Preto, del 17 de Diciembre de 1994, y la Directiva sobre el Mecanismo de Consultas en la Comisión de Comercio del Mercosur, de estos se extraía la regulación de controversias entre Estados Partes del Mercosur, y de las reclamaciones de los particulares contra Estados Partes

El Mercosur también aprobó en 1998 dos tratados sobre arbitraje internacional: el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, suscrito en Buenos Aires el 23 de Julio de 1998, y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, que son idénticos, con las salvedades propias que en uno de ellos son parte Bolivia y Chile, además de los Estados del Mercosur. Argentina aprobó ambos acuerdos por ley 25.223 del 24 de Noviembre de 1999, publicada en el boletín oficial del 5 de Enero de 2000 (Noodt 1997).

El sistema adoptado por el Protocolo de Brasilia 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.

Si la controversia no logra, siquiera en parte una solución directa, cualquiera de los Estados partes involucrados en las negociaciones, podrá someterla a la consideración del Grupo Mercado Común.

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

Si no hubiera sido posible aún 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 (artículo 9º Y 10º)

El protocolo de Brasilia constituye una importante innovación respecto de anteriores esquemas de integración regional en América Latina, al incorporar por primera vez un mecanismo arbitral para la solución de conflictos, como una instancia neutral que fortalece la observancia de los compromisos. (Perrino, 2013).

El Protocolo de Olivos: Actualmente, el Protocolo de Olivos es el sistema de solución de controversias en el Mercosur, el cual fue firmado el 18 de Febrero de 2002 y entró a regir el 1 de Enero de 2004, este protocolo en virtud de su Artículo 55 apartado 1, deroga a partir de su entrada en vigencia el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias suscripto el 17 de Diciembre de 1991, y deroga el Reglamento de Protocolo de Brasilia.

El procedimiento de solución de controversias en el Mercosur a través del Protocolo de Olivos, está básicamente establecido mediante dos instancias de arbitraje:

La primera instancia se realiza ante un Tribunal Arbitral Ad Hoc, es decir formados para cada litigio concreto, para formar el Tribunal Ad Hoc cada parte elige un árbitro de una la lista permanente compuesta de doce (12) juristas de cada uno de los países miembros. El tercer árbitro, que se desempeñará también como presidente, no debe tener la nacionalidad de ninguno de los estados miembro. Si no puede ser elegido por común acuerdo de las partes, el mismo se establece por sorteo entre aquellos que integran una lista de árbitros no nacionales preestablecida.

La segunda instancia se realiza ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, quien puede intervenir directamente en primera instancia, si las partes están de acuerdo en recurrir directamente a él.

Este mecanismo se denomina *per saltum* (por salto). En este caso el Tribunal Permanente actúa examinando la totalidad del problema, incluyendo los hechos, las pruebas y los argumentos jurídicos.

Si las partes llegan al Tribunal, luego de que exista un laudo dictado por un Tribunal Arbitral Ad Hoc cuestionado por alguna de ellas, el Tribunal solo analiza las cuestiones jurídicas para verificar si existen errores en el laudo, el laudo que dicta Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur es obligatorio y definitivo (Lopresti, 2007).

Dentro de las innovaciones introducidas en el Protocolo de Olivos, podemos destacar: La elección de foro para dirimir las controversias, el establecimiento de un mecanismo de control *post-laudo* como lo es la creación de un Tribunal Permanente de Revisión jurídica con la facultad de emitir opiniones consultivas (Bouzas, y Soltz, 2008).

Características del Arbitraje en el Mercosur:

La Elección de Foro: El Protocolo de Olivos (PO), contiene previsiones expresas en cuanto a la necesidad de elegir el foro ante el cual se dirimirán los conflictos. Este aspecto no fue contemplado en el Protocolo de Brasilia, y al respecto el Protocolo de Olivos establece que si una controversia se encuentra en condiciones de ser sometida tanto al sistema de solución de controversias del Mercosur, como al de la Organización Mundial del Comercio, el Estado reclamante deberá elegir uno de estos mecanismos, o bien convenirlo con la contraparte, dejando automática y definitivamente excluido al otro foro. (Rozemberg, y Pena 2005)

Por otra parte, al establecer este precepto, el Protocolo de Olivos refuerza el carácter de cosa juzgada que tienen los laudos emitidos por el Tribunal, eliminando la posibilidad de que un mismo asunto sea juzgado dos veces y evitando el eventual dilema que debería enfrentar un país si tuviera que acatar conclusiones contradictorias emitidas por foros diferentes.

Control post-laudo: Si bien el protocolo de Brasilia ya establecía el principio de obligatoriedad de los laudos, y contemplaba que ante su incumplimiento se pudieran adoptar medidas compensatorias temporarias tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, el Protocolo de Olivos desarrolla mecanismos propios para asegurar este cumplimiento, especificando además que la adopción de este tipo de medidas retaliatorias no exime al Estado parte de su obligación de cumplir con lo dispuesto por el laudo.

La escasa experiencia en cuanto al grado de cumplimiento de los laudos Arbitrales en el Mercosur (en sus primeros trece (13) años de experiencia, el

recurso arbitral solo ha sido utilizado en nueve (9) oportunidades), permite detectar las dificultades para prever cuando y como los laudos serán ejecutados. (Rozemberg y Pena, 2005).

El Protocolo de Olivos, prevé que la instancia post-laudo sea utilizada para controlar las medidas efectivas que se toman para su cumplimiento, como para examinar las eventuales medidas compensatorias que pudiera tomar el Estado reclamante.

La Creación de un Tribunal Permanente de Revisión: La tercera innovación importante del Protocolo de Olivos, se vincula con la búsqueda de una interpretación uniforme de la normativa de Mercosur, como lo es la creación de un Tribunal Permanente de Revisión (TPR) con la capacidad de resolver los recursos de revisión jurídica que le sean elevados.

Este tribunal con sede en Asunción, deberá examinar las cuestiones de derecho tratadas en las diferentes controversias y las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el seno de los tribunales *Ad-hoc*, pudiendo confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones de los mismos, su laudo tiene carácter definitivo y es solo susceptible del recurso de aclaratoria.

También los Estados partes pueden optar por someter el diferendo directamente y como única instancia ante el Tribunal Permanente de Revisión, y en este caso el Tribunal tiene las mismas atribuciones que los tribunales *Ad-hoc*, y su laudo no puede ser sometido a revisión, una de las principales críticas acerca del funcionamiento de los Tribunales *Ad hoc*, en relación con el Tribunal Permanente, ha sido que los mismos no permiten la construcción de una verdadera jurisprudencia comunitaria, que enriquezca e incluso profundice el

proceso de integración, y que pueda evitar la generación de interpretaciones contradictorias sobre cuestiones análogas, con las consecuencias negativas sobre la seguridad jurídica que brinda el proceso (Caetano, 2009)

Aun cuando la forma más segura de superar estas cuestiones sea a través de un tribunal de tipo Supranacional, las innovaciones introducidas por el Protocolo de Olivos permitirán, a través de procedimientos más informales y sin la renuncia de soberanía, ir homogenizando la interpretación de las normas del bloque.

La solicitud de Opiniones Consultivas: Es otra de las modificaciones introducidas por el Protocolo de Olivos, y han sido caracterizadas como un instrumento que tiene como objeto lograr la unificación de la interpretación del derecho Mercosureño, desentrañando el alcance y el sentido de las normas regionales (Klein Vieira, 2011)

Existen tres tipos de legitimados activos para pedir la Opinión Consultiva al Tribunal Permanente de Revisión:

- a) Los órganos decisorios del bloque (El Consejo del Mercado Común CMC, Grupo Mercado Común GMC y Comisión de Comercio del Mercosur CCM) y el Parlamento del Mercosur;
- b) Los Estados Partes actuando conjuntamente, y;
- c) Los jueces y tribunales, de cualquier instancia, del Poder Judicial de los Estados Partes, a través de su respectivo tribunal supremo nacional.

La Opinión Consultiva debe ser hecha en forma escrita y redactada en términos precisos, en Europa este procedimiento se denomina cuestión prejudicial

y en la Comunidad Andina como lo dijimos anteriormente se llama interpretación prejudicial. El mecanismo de la Opinión Consultiva tiene asimismo un valor adicional, desde la perspectiva de los particulares, al permitir el acceso indirecto de éstos al Tribunal Permanente de Revisión, a través de sus jueces nacionales.

De hecho, las Opiniones Consultivas , en los supuestos de incumplimientos del derecho Mercosureño por el Estado Parte del cual es nacional el afectado o en el cual éste tiene la sede de sus negocios, son la única opción que dicho particular tiene para obtener el respeto de sus derechos, pues el sistema clásico de solución de controversias del Mercosur, en los supuestos de reclamos de un particular, exige que la denuncia sea realizada por éste ante dicho Estado, y si éste lo considera conveniente, podrá endosar el reclamo y plantearlo en el Grupo del Mercado Común (Perotti, 2010)

En síntesis, la solución de controversias en el Mercosur, presenta un singular avance en materia arbitral, y cuenta como lo dijimos con dos instancias, la de los Tribunales *Ad-hoc*, y la del Tribunal Permanente de Revisión, donde los conflictos a resolver son planteados por los Estados parte, los particulares solo tienen una vía indirecta a través de esos actores en caso de estar afectados por la interpretación, aplicación, o incumplimiento de la normativa del bloque.

V. INTEGRACIÓN SUB- REGIONAL: MERCOSUR, COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES Y UNASUR

Tanto la Comunidad Andina como el Mercosur fueron planteados desde su creación como procesos de integración abiertos y con una proyección hacia el exterior, sobre todo al resto de América Latina. Ejemplo de ello ha sido la

ampliación del estatus de país asociado al Mercosur a casi todos los países de la subregión.

Con respecto a la Comunidad Andina, por su parte, el Protocolo de Sucre de 1997 introdujo un nuevo mecanismo de integración: la profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales y la relación con esquemas extra-regionales en el ámbito político, social y económico comercial.

Esta vocación aperturista de ambos bloques tuvo su realización a partir de 1995 con el comienzo de negociaciones cuyo objetivo último se fijaba en la conformación de un área de libre comercio en América del Sur (Amzel, 2012).

Existen significativos vínculos entre los dos bloques, materializados en los Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica (ACE), los cuales iniciaron en 1996 cuando el Mercosur suscribió el ACE 35 con Chile, y el ACE 36 con Bolivia.

En 1998, la CAN y Mercosur, suscribieron un Acuerdo Marco, y en 2002 el ACE 56. Por su parte Mercosur y la República del Perú celebraron el ACE 58. En 2004, Ecuador, Colombia y Venezuela concretaron con el Mercosur el ACE 59, y de este modo se completó la zona de libre comercio entre ambos bloques, Can y Mercosur.

La ALADI, calificó el ACE 59 como:

Instrumento jurídico comercial de especial significación para la integración sudamericana y con proyecciones sustanciales para el establecimiento de un espacio de libre comercio entre países de la ALADI (ALADI 2005)

El alcance del Acuerdo (ACE 59) trasciende el ámbito de los nueve países signatarios, ya que con él culminó el proceso de establecimiento de espacio de

libre cambio entre la CAN y el Mercosur, de manera que ahora los nueve Estados miembros de estas dos Organizaciones internacionales de integración están ligados convencionalmente. Constituye, pues, un instrumento jurídico de especial relevancia para la integración suramericana.

Luego de estos Acuerdos Parciales de Cooperación, posteriormente para el año 2006, se realizó la Cumbre de Jefes de Estado de la Comunidad Suramericana de Naciones en Cochabamba, en la que se colocó la piedra fundamental para la unión Suramericana, y en 2007, se dio paso determinante a la creación de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), que luego en el año 2008 se firmó su tratado constitutivo en Brasilia.

Como destacamos antes, en la convergencia CAN-Mercosur en lo comercial, el Tratado de UNASUR manifiesta que la integración suramericana, se ha de construir mediante un proceso innovador que incluya todos los logros del Mercosur y la CAN, con el objetivo de construir de manera participativa y consensuada un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus miembros, dando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento, y el medio ambiente, con el fin de eliminar la desigualdad, socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia, y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

En UNASUR, el sistema de resolución de conflictos ha de ser desarrollado, ya que el Tratado Constitutivo solo se refiere a los que derivan de la interpretación o aplicación de las disposiciones de dicho Tratado. Las previsiones se refieren a

las negociaciones directas, la consideración del Consejo de Delegadas y Delegados, y un tercer paso en que el conflicto se somete a la consideración del Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores.

Lo hasta aquí previsto en el Tratado Constitutivo de UNASUR, guarda estrecha similitud con lo previsto en la disposición del Anexo III del Tratado de Asunción, la marcha del bloque determinará el desenvolvimiento del contenido que tendrá la normativa sobre la resolución de conflictos.

VI. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y SU INFLUENCIA EN EL PROCESO ECONÓMICO LATINOAMERICANO

Los acuerdos integradores de carácter bilateral, como lo son los TLC, apuntan únicamente al aumento del flujo comercial entre los países firmantes, con notables diferencias en comparación a una completa política comunitaria o de mercado común, la cual implica entre otras tareas: armonizar políticas internas, liberalizar la circulación de factores, negociar directamente con terceros, y definir mecanismos que garanticen la equidad y el equilibrio de la región.

En este sentido, los acuerdos de integración se diferencian de los TLC en que se formulan a través de tratados marco, instrumento jurídico que se limita a establecer los principios fundamentales y los instrumentos para llevarlos a la práctica, con estructuras de decisión y coordinación exclusivamente intergubernamentales, y como tal, no comprende instituciones supranacionales con personería jurídica propia.

Coincidimos al decir de la internacionalista Regueiro Bello Lourdes (2008) en que actualmente la integración regional se caracteriza por darse tres procesos

simultáneos: desarticulación y rearticulación de los espacios; nuevas alianzas y diversificación en cuanto a los modelos de integración (Regueiro, 2008).

Dentro de procesos de integración plurilaterales como lo son el Mercosur y la Comunidad Andina, se han dado en los últimos años acuerdos bilaterales entre países miembros de dichos procesos con los EEUU. En el caso de la CAN, Perú y Colombia firmaron TLC con los Estados Unidos, trayendo consigo implicaciones políticas, jurídicas y comerciales dentro de la Comunidad Andina, poniendo de esta manera a prueba la convivencia ente los Estados comunitarios y sus relaciones con las demás formas de integración regional como ALADI y MERCOSUR.

Por otro lado es preciso analizar que la proliferación de tratados bilaterales (TLC) puede precisamente originar con ocasión de que las instituciones del Mercosur han demostrado no poder resolver eficazmente los conflictos y las problemáticas que tienen lugar a raíz de los intercambios comerciales, ni han logrado poner los intereses del bloque por encima de los intereses de los gobiernos de turno (Miranda y Ramírez, 2012)

En la negociación del TLC entre los países andinos y EEUU, la Comunidad Andina de Naciones no se hizo presente como institución, ya que esta fue una exigencia de los negociadores estadounidenses, por ello el escenario se presenta negativo para el bloque, con un evidente debilitamiento institucional.

Como resultado de la negociación del TLC entre EEUU con Colombia y Perú, Venezuela denunció el acuerdo y se retiró de la CAN, y posteriormente ingresó al Mercosur, por su parte Bolivia y Ecuador solicitaron su retiro de la CAN, mientras que Chile solicitó su ingreso.

Al respecto se pronunció la Comunidad Andina mediante la Decisión 598 denominada Relaciones Comerciales con terceros países de la cual se colige el objetivo de preservar el ordenamiento jurídico Andino en las relaciones entre los países miembros de la Comunidad Andina y hace prevalecer la normativa comunitaria en sus relaciones con terceros, deduciéndose de esta manera que no puede haber compatibilidad entre una Unión Aduanera o Mercado Común, con los TLC individualmente firmados por países miembros.

En la Decisión 598 se permite que los países negocien y firmen acuerdos de libre comercio bilaterales, pero bajo ciertas condiciones, y bajo esta decisión de reforma el Artículo 86 del Acuerdo de Cartagena, esta excepción constituye la desregulación de la Unión Aduanera ya que el Arancel Externo Común es un requisito indispensable en este grado de integración y sin este es imposible lograrlo.

En este orden de ideas, tras el posible fallo, por lo menos en teoría, de la Comunidad Andina de Naciones, surge en momentos de coyuntura política la Alianza del Pacífico (ALPA), con el ingrediente principal de que sus países firmantes, esto es: México, Colombia, Perú y Chile, tienen acuerdos de libre comercio (TLC) firmados y ratificados con los EEUU, lo que les da un punto de partida claro en la integración con el hemisferio norte.

VII. CONCLUSIONES

Como lo hemos expuesto anteriormente, podemos afirmar que la característica fundamental de la última década en el escenario económico regional suramericano, ha propendido al reordenamiento y reconfiguración de los espacios de integración.

Convenimos además, en decir, que un proceso de integración regional voluntario y de derecho, 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, ya que los procesos de integración americana analizados, se caracterizan por la tendencia del establecimiento “*ab initio*” de sistemas ágiles y flexibles de solución de controversias (Martin-Marchesini, 2004).

Los Sistemas de Arbitraje Comercial Internacional a través de Centros de Arbitraje, en combinación con los principios del Derecho Comunitario Andino y del Mercosur, sumadas ambas experiencias, dan parámetro de suma importancia en la propuesta de una unificación de normas de resolución de controversias para la región suramericana, la cual probablemente en cuanto al desarrollo del procedimiento arbitral no difiera trascendentalmente de las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), y de la Cámara de Comercio Internacional, seguidas muy de cerca por algunos países de la Subregión en sus respectivas reglamentaciones, pero que, valorada en conjunto, podría aparecer como un acercamiento a un sistema, que denominaría «arbitraje comunitario», en el cual se conjuguen la estructura institucional y jurídica de la Comunidad Andina y el Mercosur, con los instrumentos y la organización del arbitraje interno.

Los dos procesos de integración aquí tratados, se establecieron en América Latina y el Caribe en la década de 1960, en las cinco décadas transcurridas se agregaron otros que conforman un mapa en el que se evidencia la difícil o al menos débil articulación entre ellos. En lo que respecta al Sur del continente

UNASUR, ha iniciado la marcha no solo para ensamblar a los espacios ampliados ya existentes, sino para unificar a los países de este hemisferio.

No se puede desconocer que la unificación apunta a que en esencia, superando la idea de acuerdos subregionales, la mayor aspiración con UNASUR ha sido crear un referente que -careciendo de la presencia de Estados Unidos, el cual es visto como un integrante forzado y por demás fragmentario-, permita instalar una verdadera y completa integración regional.

Dependerá de la voluntad política de los gobiernos concertados, y del deterioro que puedan hacer las propuestas divisionistas lanzadas desde Washington, para quien la eventual marcha hacia la integración Sudamericana se cruza en la hoja de ruta del Acuerdo para el Libre Comercio de las Américas (ALCA),

La creación de una gran Nación Sudamericana no es una utopía lejana, la Comunidad Andina de Naciones y el Mercosur, separados, no tienen la fuerza para negociar el ALCA, empero UNASUR como unión embrionaria, debe retomar las experiencias aportadas por las integraciones antecedentes, conforme a la institucionalidad adoptada constituyendo una vía eficaz a la gobernabilidad del proceso integracionista, definida esta como: La capacidad colectiva de resolver los problemas que existen entre los Estados que conforman parte del proceso integrador (Prats, 2003) , solo así se resguardarán mejor los intereses regionales por encima de los intereses nacionales, y de imposiciones de mercado.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- Amzel-Ginzburg, C. (2012). Problemáticas Institucionales en la Integración Regional. En N. B. Mellado. *Instituciones, Comercio y Cooperación Monetaria en la Integración Suramericana: Sus efectos sobre la Gobernabilidad Regional* (pp. 218-233). Buenos Aires: Lerner.
- Bouzas, R., da Veiga, P., y Ríos, S. (2008). Crisis y perspectivas de la integración en América del Sur. En R. Lagos (comp.) *América Latina: ¿Integración o Fragmentación?* (pp. 319-348). Buenos Aires: Edhasa.
- Caetano, G., Vasquez, M., y Ventura, D. (2009). Reforma Institucional del Mercosur. Análisis de un reto. En *La Reforma Institucional del Mercosur. Del diagnóstico a las propuestas*. (pp.21-76). Montevideo: Trilce.
- CEPAL (Diciembre, 1968). La CEPAL y el análisis del desarrollo Latinoamericano. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Revista CEPAL*, pp. 2-21.
- Díez, C. (1995). El Arbitraje en el Tratado de Maastricht y en el Acuerdo General de Comercio. *Noticias de la Unión Europea*, 125, 47-52.
- Klein, Vieira, L. (2011). Interpretación y Aplicación Uniforme del Derecho de la Integración. (Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur). Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Martín-Marchesini, G. (2004). El arbitraje como método de solución de controversias en el Mercosur. *Revista de Derecho del Mercosur*, 4(3), 122-126.

- Miranda, J. y Ramírez, L. (2012). Comercio y Gobernabilidad en la CAN. En N. B. Mellado. *Instituciones, Comercio y Cooperación Monetaria en la Integración Suramericana: Sus efectos sobre la Gobernabilidad Regional* (pp. 120-138). Buenos Aires: Lerner
- Monnet, C. J. (2010). *Manual de Integración Andina, del Caribe y del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*. Recuperado de http://www.redmercosur.org.uy/uploads/cms_news_docs/Brief_5Manualintandina.pdf
- López Medel M. (1995). Arbitraje, Jurisdicciones Nacionales y Cuestión Prejudicial. *Estudios Doctrinales*. Boletín 1849. España: Ministerio de Justicia.
- Lopresti, R. (2007). *Constituciones del MERCOSUR* (Segunda Edición). Buenos Aires: La Ley.
- Moros, Á. (2006). Indicadores de la Sociedad de la Información: Un Análisis Comparativo entre la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). *Terra Nueva Etapa*, 23, 97-126.
- Noodt Taquela M. B. (1997). Solución de Conflictos en el Mercosur, *Solución de Controversias en el Hemisferio*, Cámara de Comercio de Bogotá-Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. 239-285.
- Perotti A.. (2010) *Opiniones Consultivas al T.P.R. del Mercosur. El Rol de los Abogados y Jueces y el Valor para los Particulares*, Mercosur ABC.

Perrino, M. (2013). La Supremacía del Ordenamiento Jurídico de Integración Sobre las Normas de Derecho Interno de los Estados Miembros: Unión Europea - Mercosur. *Informe Integrar*, 77, 2-24.

Prats, J O. (2003), El Concepto y el Análisis de la Gobernabilidad. *Revista Instituciones y Desarrollo*, 15, 11-29.

Regueiro, B, Lourdes, M. (2008). Los T.L.C. en las Perspectiva de la Acumulación Estadounidense. *Visiones desde el Mercosur y el ALBA*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, Colección Becas de Investigación.

Rozemberg, R., Celina, P. (2005). Una Aproximación al Desarrollo Institucional del Mercosur, sus Fortalezas y Debilidades. *Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración y Programas Regionales*, Buenos Aires.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Acuerdo de Cartagena. Recuperado de: http://infoleg.mecon.gov.ar/?page_id=199

Decisión 500 del Tribunal de Justicia de la CAN. Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec500s.asp>

Decisión 598 del Tribunal de Justicia de la CAN. Recuperado de: <http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/Decisiones/dec598s.asp>

Decisión 623 del Tribunal de Justicia de la CAN. Recuperado de:
<http://www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/DEC623s.asp>

Protocolo de Brasilia. Recuperado de:
http://www.tprmercosur.org/es/docum/Protocolo_de_Brasilia_es.pdf

Protocolo de Olivos, recuperado de. Recuperado de:
http://www.mercosur.int/msweb/SM/Actas%20TEMPORARIAS/CMC/XXXII%20CMC%20FINA%20ATA%201-07/Anexo%20II%20NORMAS%20FINALES/Protocolo%20Modificadorio%20PO_ES

Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje. Recuperado de:
<http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp>

Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje. Recuperado de
www.adr.org/rules/international/camca_rules.html

Secretaría General y Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.
Recuperado de: <http://badicc.eclac.cl/controversias/can>

Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).
Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/unasur/tratado>