

HIDROVIA PARAGUAY-PARANA, ENTRADA EN VIGOR DEL ACUERDO Y SOLUCION DE CONTROVERSIAS

por

JOSE MARIA GAMIO

1. INTRODUCCION.

El proyecto de la Hidrovía Paraguay-Paraná tuvo su primera formulación política en la reunión de Ministros de Obras Públicas y Transporte de la Cuenca del Plata celebrada en Santiago de Chile el 1º de setiembre de 1989.

En dicha reunión se resolvió impulsar, al más alto nivel político, el referido proyecto al tiempo que se dispuso crear un Comité Intergubernamental de la Hidrovía como órgano encargado de su ejecución.

Circunstancias económicas ponían de manifiesto las amplias perspectivas que presentaba el corredor fluvial como vía de salida de la creciente producción en el corazón del continente.

Se ha expresado que el pleno desarrollo de la Hidrovía requiere la remoción tanto de obstáculos físicos como jurídicos que traban la navegación y el transporte fluvial.

Desde el punto de vista jurídico la labor del Comité Intergubernamental tuvo su primera concreción con la firma, en el encuentro presidencial de "Las Leñas" realizado en el mes de junio próximo pasado, del Acuerdo de Transporte Fluvial —denominado "Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra"— y de los siguientes Protocolos Adicionales:

- Asuntos aduaneros.
- Navegación y seguridad.
- Seguros.
- Condiciones de igualdad de oportunidades para una mayor competitividad.
- Soluciones de controversias.
- Cese provisorio de bandera.

El objeto del presente trabajo será realizar un somero análisis de los siguientes temas: entrada en vigor de los citados instrumentos jurídicos y régimen de solución de controversias.

2. ENTRADA EN VIGOR DEL ACUERDO.

Al respecto es preciso distinguir entre el Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra y sus Protocolos Adicionales aunque, en líneas generales, la solución para todos estos instrumentos, es concordante.

2.1. ACUERDO DE TRANSPORTE FLUVIAL.

El preámbulo del Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra contiene referencias tanto al Tratado de Brasilia de 1969, por el cual se constituyó la Cuenca del Plata, como al Tratado de Montevideo de 1980 por el cual se creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALADI).

En la opción, los signatarios parecen haberse inclinado por colocar el Acuerdo bajo el "paraguas jurídico" del Tratado de ALADI al establecer que las Partes "conviene en celebrar - el Acuerdo - al amparo de dicho Tratado" (Preámbulo, último párrafo).

El amparo al sistema de ALADI se hace dentro del régimen de los Acuerdos de Alcance Parcial (AAP) reglamentado por la Resolución 2 del Consejo de Ministros de la Asociación (Preámbulo, penúltimo párrafo).

Con la inserción del Acuerdo en el marco del Tratado de ALADI, se habría pretendido, aparentemente, soslayar las dificultades y demoras que acarrearía someter al mismo, al proceso de ratificación propio de los tratados en sentido estricto.

No obstante, debe tenerse presente que el art. 30, en su inciso primero, establece:

"El presente Acuerdo y sus Protocolos Adicionales entrarán en vigor treinta (30) días después de la fecha en que la Secretaría General de la ALADI comunique a los países signatarios la recepción de la última notificación relativa al cumplimiento de las disposiciones legales internas para su puesta en vigor..."

En consecuencia, aunque la modalidad adoptada de registrar el Acuerdo como AAP, en el marco de ALADI, haría innecesaria cualquier otra formalidad, la norma transcrita deja librado a la voluntad de los países signatarios determinar, de acuerdo con sus normas internas, cuando se consideran obligados por el mismo.

A estar a la información que disponemos, a la fecha ninguno de los países signatarios, ha hecho llegar a la Secretaría General de ALADI la notificación prevista en el artículo 30.

No hay previsión respecto a la aplicación provisional del Acuerdo y sus Protocolos Adicionales hasta tanto culminen los procedimientos internos de aprobación.

2.2. PROTOCOLOS ADICIONALES.

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 30 del Acuerdo, antes transcrito, los Protocolos Adicionales entrarán en vigor en la misma fecha que el Acuerdo. La norma citada es recogida, asimismo, por cada uno de los Protocolos.

Existe una excepción en el Protocolo Adicional sobre Navegación y Seguridad respecto a las normas para la prevención, reducción y control de la contaminación de las aguas ocasionada por los buques, las embarcaciones y sus operaciones en la Hidrovía, contenidas en su Título VII.

En efecto, se establece en este Protocolo que los países signatarios procurarán el establecimiento gradual de dichas normas, las que deberán estar totalmente vigentes a más tardar el 31 de diciembre de 1994 (art. 101).

3. SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

3.1. INTRODUCCION Y ANTECEDENTES.

El Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra prevé que uno de sus Protocolos Adicionales es el relativo a Solución de Controversias (Cap. X, art. 26 y art. 17 inc. e).

Es notorio que la fuente de inspiración de la solución adoptada la constituyó el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el ámbito del MERCOSUR, suscrito el 17 de diciembre de 1991.

3.2. MARCO INSTITUCIONAL.

El Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra prevé como órganos del mismo (art. 22):

a) El Comité Intergubernamental de la Hidrovía (C.I.H.), órgano del Tratado de Cuenca del Plata, es el órgano político.

b) La Comisión del Acuerdo, en adelante "*la Comisión*" es el órgano técnico.

Aunque el Acuerdo no establece en forma expresa una relación de jerarquía entre ambos órganos, de la norma que fija las competencias de la Comisión se desprende que la misma está subordinada al Comité (art. 23 lit. f).

3.3. AMBITO DE APLICACION.

El Protocolo prevé la solución a las controversias vinculadas con el Acuerdo que pueden ser de dos tipos:

a) entre países signatarios (arts. 2 a 16).

b) de los particulares afectados por medidas de los países signatarios en violación del Acuerdo (art. 17).

3.4. CONTROVERSIAS ENTRE PAISES SIGNATARIOS.

Las controversias entre los países signatarios del Acuerdo que el Protocolo regula, son aquéllas que pudieren presentarse con motivo de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas del mencionado Acuerdo, así como de sus Protocolos y de las decisiones del C.I.H. y de la Comisión del Acuerdo (art. 1º).

3.4.1. *Procedimientos.*

3.4.1.1. *Introducción.*

El Protocolo organiza la solución de controversias mediante un encadenamiento de procedimientos tendientes, en las primeras etapas, a solucionar el diferendo mediante la amigable composición de los países partes. Sólo en caso de que no se arribe a una solución, se prevé el sometimiento del caso a un proceso de decisión obligatorio a través de un Tribunal Arbitral.

3.4.1.2. *Procedimientos de amigable composición.*

Se prevé la aplicación de este procedimiento en tres etapas:

- 1) consultas y negociaciones directas entre las partes;
- 2) sometimiento a consideración de la Comisión de Acuerdo;
- 3) sometimiento al C.I.H.

Si no se alcanza una solución a la controversia en los procedimientos enunciados, que se aplicarán en el orden mencionado, se pasa al procedimiento siguiente.

En la hipótesis de la intervención de la Comisión se prevé la posibilidad de que, cuando ésta lo considere conveniente, se recurra al asesoramiento de expertos (art. 3). Este es un procedimiento característico de los mecanismos de solución de controversias en el ámbito del GATT.

No resulta fácil de justificar, a nuestro juicio, la participación en estos procedimientos del C.I.H. habida cuenta que parece duplicar la actuación que le cabe a la Comisión, en la etapa anterior, sin otra perspectiva que prolongar los procedimientos.

En este último aspecto, es de observar asimismo, la ausencia de plazos para agotar cada etapa, lo cual puede convertir en ilusoria la preocupación que sí se tuvo en la última etapa en materia de fijación de plazos para la actuación del Tribunal Arbitral (art. 6, inc. 2 y 13).

Apenas si se prevé que el procedimiento de consultas y negociaciones se cumpla "*en un plazo razonable*" (art. 3).

En tal sentido, sería aconsejable que los Reglamentos, tanto de la Comisión como del Comité, cuya aprobación se prevé en el Protocolo (arts.

3 y 5 *in fine*), contemplen, expresamente, la fijación de plazos para la actuación de cada uno de estos órganos, en el procedimiento de solución de controversias.

3.4.1.3. *Procedimiento arbitral.*

En atención al alcance de este trabajo, nos limitaremos a analizar los aspectos más destacables de este procedimiento.

3.4.1.3.1. *Carácter del arbitraje.*

Dada la naturaleza de este procedimiento, las decisiones del Tribunal Arbitral revisten carácter obligatorio, siendo innecesaria la precisión que formula el Protocolo en tal sentido (art. 10 *in fine*).

Por el contrario, reviste importancia la disposición contenida en la misma norma en el sentido de que los países signatarios reconocen como obligatoria la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

3.4.1.3.2. *Derecho de la Hidrovía.*

El Protocolo le otorga al Tribunal Arbitral el cometido de resolver la controversia que se le someta de acuerdo a derecho, sin perjuicio de la facultad de las partes de convenir que el órgano decida según equidad (art. 9).

A los efectos de la actuación del Tribunal Arbitral, el Protocolo define el derecho aplicable reproduciendo, en el art. 9, la enunciación de normas contenidas en el art. 1º:

- a) el Acuerdo,
- b) sus Protocolos,
- c) las decisiones del C.I.H.,
- d) las decisiones de la Comisión.

A la enunciación mencionada, el art. 9 agrega una quinta categoría de disposiciones: "*los principios y normas de derecho internacional aplicables en la materia*".

Es decir, respecto a estas últimas, en principio, las controversias que se pudieren suscitar en torno a su interpretación, aplicación o incumplimiento, no darían mérito a la aplicación del Protocolo ni a la actuación del Tribunal Arbitral. No obstante, dichos "*principios y normas*" los debería aplicar el Tribunal para solucionar las controversias vinculadas a las otras cuatro categorías de normas.

No obstante, debe tenerse presente que existen numerosos "*principios y normas de derecho internacional*" aplicables en la materia que están incorporados a los Protocolos Adicionales y como tales susceptibles de generar controversias alcanzadas por el Protocolo en análisis.

Así, el Protocolo Adicional sobre Navegación y Seguridad incorpora normas contenidas en diversos convenios internacionales, así como prácticas resultantes de códigos de conducta adoptados por organismos internacionales (arts. 4, 10, 11, 18, 35, 46, 61, 82 lit. c y 85 a 89).

3.4.1.3.3. *Jerarquía de las normas.*

En la práctica del derecho comunitario es habitual distinguir entre el *derecho constitutivo o primario* formado por el tratado fundacional y los acuerdos que lo modifican o amplían por un lado y, por otro, el *derecho derivado o secundario* constituido, fundamentalmente, por las resoluciones de los órganos previstos en dichos tratados o acuerdos.

La consecuencia práctica de tal distinción es que el derecho derivado está subordinado jerárquicamente al derecho originario, cuyas normas no puede contravenir.

En tal sentido, no es de descartar que se puedan suscitar controversias en las cuales una de las partes invoque que determinada decisión de los órganos de la Hidrovía es violatoria del Acuerdo de Transporte Fluvial o de sus Protocolos.

Si bien la normativa de la Hidrovía no presenta, en principio, los caracteres propios del derecho comunitario, la distinción expuesta es aplicable a nuestro caso.

En consecuencia, correspondería reconocer en las fuentes de derecho que debe aplicar el Tribunal Arbitral, enunciadas en el art. 9, la siguiente jerarquía:

- 1) El Acuerdo y sus Protocolos,
- 2) Decisiones del C.I.H.,
- 3) Decisiones de la Comisión,
- 4) Principios y normas de derecho internacional aplicables.

“Los principios y normas de derecho internacional aplicables” servirán, normalmente, para llenar las “lagunas” de derecho que resulten de la inexistencia de normas de superior jerarquía. Ello será así excepto cuando dichos principios y normas hayan sido recogidos por el Acuerdo y sus Protocolos, caso de las Convenciones y códigos de conducta referidos en el Protocolo sobre Navegación y Seguridad citados en el párrafo anterior. En este caso, los principios y normas resultantes de ellos se integran al Acuerdo y sus Protocolos en el primer lugar del orden jerárquico.

3.4.1.3.4. *Eficacia del laudo arbitral.*

Las decisiones y el laudo expedidos por el Tribunal Arbitral son inapelables y obligatorios (arts. 10 y 13).

Si una de las partes en la controversia no cumpliera el laudo del Tribunal Arbitral, los otros países podrán adoptar medidas compensatorias

temporarias, en el marco del Acuerdo de Transporte Fluvial, que guarden proporcionalidad y tendientes a obtener su cumplimiento (art. 14).

La solución mencionada constituye una trasposición de procedimientos utilizados en los acuerdos de carácter comercial (bajo el modelo del Acuerdo General del GATT) y cuya eficacia práctica en un ámbito distinto cual es el del Acuerdo que nos ocupa, plantea serias interrogantes.

3.5. RECLAMOS DE PARTICULARES.

Siguiendo el modelo del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo a estudio regula, asimismo, los reclamos de particulares, aunque en forma muy sumaria, a través de un solo artículo (art. 17).

La norma refiere a los reclamos de los particulares "*afectados por medidas de los países signatarios en violación al Acuerdo de Transporte Fluvial*".

El ámbito de este contencioso es más restringido que el relativo a las controversias entre países signatarios (art. 19), dado que no se contemplan los reclamos por violación de las decisiones del C.I.H. y de la Comisión. Por el contrario, las violaciones de los Protocolos Adicionales resultan alcanzadas por este mecanismo en virtud de que los mismos constituyen parte integrante del Acuerdo.

En forma similar a las controversias entre Estados Partes, se prevé un sistema de procesos sucesivos en los cuales el fracaso de uno conduce al siguiente según este orden:

- 1) negociación por los organismos nacionales competentes;
- 2) negociación ante la Comisión;
- 3) reclamo ante el C.I.H.

Si el C.I.H. considerare aceptable el reclamo, convocará a un grupo de especialistas el cual elevará su dictamen al C.I.H.

Si el dictamen se pronunciara a favor del reclamante, cualquier otro país signatario podrá requerirle al país infractor la adopción de medidas correctivas o la anulación de la medida cuestionada. Si el requerimiento no prosperase, el país signatario que lo efectuó "*podrá*" recurrir directamente al procedimiento arbitral.

Téngase presente que el requerimiento de medidas correctivas o de anulación del acto cuestionado y, eventualmente, de promoción del procedimiento arbitral, no está limitado al Estado de nacionalidad del particular o donde éste tenga su residencia habitual o sede de sus negocios.

4. CONCLUSION.

Los beneficios que se esperan de la entrada en vigor del Acuerdo de Santa Cruz y de sus Protocolos Adicionales, ponen de manifiesto la con-

veniencia de que sus Estados Partes comuniquen a la Secretaría General de ALADI, sin demoras excesivas, su voluntad de regirse por dichas normas.

Respecto al procedimiento de solución de controversias, sería aconsejable que los reglamentos de los órganos de la Hidrovía previeran plazos para el pronunciamiento de los mismos, siguiendo el criterio que en tal sentido adoptó el Protocolo de Brasilia, en el ámbito del MERCOSUR.