

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MERCOSUR. EVOLUCIÓN. ACIERTOS Y DESACIERTOS.

Dra. Evangelina Mafalda González.

INTRODUCCIÓN:

Como consideración preliminar, estimo necesario dejar sentado que en el presente trabajo se pretende tratar el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR, para lo cual primero nos ubicaremos muy someramente en la creación de esta institución regional, describiremos las etapas que atravesó en materia de resolución de conflictos, para luego analizar el último instrumento jurídico que regula la materia en estudio, comparándolo con los antecedentes, y extraer conclusiones que nos permitan evaluar si el régimen instaurado en materia de solución de controversias es realmente efectivo o si aún presenta falencias.

1. CREACIÓN DEL MERCOSUR:

A partir de la firma de la Declaración de Iguazú del 30 de noviembre de 1985, la Argentina y Brasil iniciaron un proceso de integración económica que fue consolidado tanto con la suscripción del Acta para la Integración Argentino-Brasileña del 29 de julio de 1988, como con la firma del Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo del 29 de noviembre de 1988. Este proceso, al que se han sumado Uruguay y Paraguay, ha recibido un impulso notable con la adopción, en Asunción, el 26 de marzo de 1991, del Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, denominado Mercado Común del Sur (MERCOSUR).¹

Con posterioridad, se incorporaron como socios Bolivia y Chile, y recientemente lo ha hecho Venezuela.

El Tratado de Asunción entró plenamente en vigencia el 29 de noviembre, ya que el 30 de octubre los cancilleres de Argentina y Brasil depositaron en la capital paraguaya los instrumentos de ratificación del esquema de integración, después que lo aprobaron sus respectivos Congresos.²

¹ Oteiza Eduardo y Tempesta Guillermo, "El desafío del Mercado único", Doctrina 1991-IV, pág. 805).

² Revista Integración Latinoamericana, Información, noviembre de 1991.

A través de este tratado, se estableció la decisión de constituir un mercado común que debía estar conformado para el 31 de diciembre de 1994. Ese mercado común implicaría la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros estados como así también el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

En si es un Tratado Internacional destinado a concretizar un Mercado Común, estableciendo el camino a seguir en cuanto a procedimiento, forma y contenido del proceso y que luego de cumplimentado el objetivo, requerirá su sustitución o bien su complementación.³

2. INSTRUMENTOS JURÍDICOS ESENCIALES QUE REGULAN O HAN REGULADO EL MERCOSUR:

- Tratado de Asunción;
- Protocolo de Brasilia, derogado por el Protocolo de Olivos;
- Protocolo de Ouro Preto;
- Protocolo de Olivos.

Estos son los instrumentos básicos, también existen decisiones del Consejo del Mercado Común, resoluciones del Grupo del Mercado Común y directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

Considero necesario, a fin de tener una visión integral, señalar el objetivo de cada uno de los tratados precitados como así también desarrollar lo referente al tema en estudio, la solución de controversias.

3..TRATADO DE ASUNCIÓN:

Este tratado, celebrado sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, y considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración en América Latina, estableció como propósito fundamental que los estados partes deciden constituir un mercado común, que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994.

3 Dalla Vía, Alberto:Mercosur .Su compatibilidad con otros tratados de integración latinoamericana.En Morello Augusto: El Mercosur..., pág. 83.Rapallini Liliana, “Integración y Desarrollo en Europa y América”, pág. 64/65.

Es un acuerdo de carácter más bien económico y comercial.

En su art. 3 establece: “Durante el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia”.

Crea dos órganos que estarán a cargo de la administración y ejecución de este tratado, a saber: el Consejo del Mercado Común y el Grupo del Mercado Común.

El Consejo es el órgano superior, y político, que toma decisiones. El Grupo es el órgano ejecutivo, se expide a través de resoluciones y contará con una Secretaría Administrativa.

Asimismo, establece el mecanismo de entrada en vigencia y el sistema de denuncia.

En referencia al tema en estudio, en el anexo III del Tratado de Asunción se establece expresamente que: “Las controversias que pudieran surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado será resueltas mediante negociaciones directas. En caso de no lograr una solución, dichos Estados Partes someterán la controversia a consideración del Grupo Mercado Común, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de 60 días las recomendaciones pertinentes a las Partes para la solución del diferendo. A tal efecto, el Grupo Mercado Común podrá establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con asesoramiento técnico. Si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanzara una solución, se elevará la controversia al Consejo del Mercado Común, para que adopte las recomendaciones pertinentes.

2. Dentro de los 120 días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición.

3. Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común.”

De modo que se crea un sistema provisorio para la solución de controversias, comprometiéndose a elaborar un sistema permanente.

El sistema creado ha optado por un método diplomático para resolver los conflictos entre los Estados Partes, pero a la vez se abre la puerta para crear una estructura jurisdiccional, primero provisoria y luego definitiva.⁴

El Anexo en comentario, consta solamente de tres numerales en los cuales establece a quienes alcanza la regulación, el ámbito de aplicación del sistema y el procedimiento a observarse para el supuesto en que se produzca un diferendo. En cuanto al alcance de la regulación diseñada, sólo contempla el caso en que sean los Estados sujetos de las controversias, creando un vacío legal para el supuesto en que fueran particulares – personas físicas o jurídicas- quienes se hallaran involucradas en un conflicto. En cuanto al ámbito de aplicación, se circunscribe a las controversias que pudieren surgir como consecuencia de la aplicación del Tratado. El procedimiento se limita a resolver el conflicto mediante la negociación directa, la mediación del Grupo y la intervención del Consejo. Este anexo, seguramente producto de falta de tiempo y de acuerdo sobre esquemas más compromisorios, poco agrega a lo que ya se conocía en materia de solución de controversias. Mediante el procedimiento estipulado, el CMC y el GMC intervienen ejerciendo funciones conciliatorias pero sin la posibilidad de dictar decisiones vinculantes. Sólo elaboran recomendaciones que carecen de fuerza obligatoria.⁵

4. PROTOCOLO DE BRASILIA:

En cumplimiento de lo dispuesto por el Tratado de Asunción, en la III Reunión del Grupo Mercado Común (GMC) celebrada entre los días 21 y 23 de octubre de 1991 en Asunción del Paraguay, se creó un grupo ad-hoc con la finalidad de preparar un proyecto de Sistema de Solución de Controversias para el período de transición, debiendo concluir el trabajo antes de la reunión que el GMC llevaría a cabo en diciembre del mismo año. Entre el 4 y 6 de noviembre, Montevideo fue la sede de la reunión del Grupo ad-hoc integrado por representantes de los cuatro países. La delegación argentina presentó un documento que se utilizó como base para las negociaciones en las que se analizaron las controversias entre los estados, con decisiones vinculantes para las partes involucradas y la conveniencia de incorporar una vía rápida para los reclamos de particulares. La propuesta elaborada por el Grupo creado

⁴ Oteiza, Eduardo y Tempesta, Guillermo, “El desafío del mercado único”, Doctrina 1991-IV, pág. 824.
⁵ Dreyzin de Klor Adriana, “El sistema de solución de controversias en el Mercosur”, La Ley Año LIX N°86, 4/05/1995.

al efecto, se presentó en la IV Reunión del GMC celebrada en Brasilia, entre los días 13 y 17 de diciembre de 1991, siendo aprobada con pequeñas modificaciones por la resolución 1/91 y elevada al CMC, para su consideración. Este cuerpo aprobó el “Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias” el 17 de diciembre de 1991, siendo suscripto por los cuatro Estados Partes. Esta Declaración constituyó un avance significativo en el campo de la seguridad jurídica, en este proceso que comenzaba a gestarse, conteniendo disposiciones mucho más importantes que las de un simple procedimiento provisorio, destinado a regir sólo durante el período de transición. El Protocolo entró en vigencia a partir del 24 de abril de 1993, una vez ratificado por los cuatro países que la integran la zona asociada.⁶

Los caracteres generales del protocolo de Brasilia son:

- flexibilidad, se admiten distintas vías de solución a las que podrá recurrir las partes;
- celeridad, por la brevedad de los términos previstos y la sencillez de los procedimientos;
- obligatoriedad, establecida por el mismo protocolo en su art. 8: “Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo”. Es decir, hay un pacto arbitral ya convenido por una cláusula compromisoria, recordada por las naciones a los fines de la resolución de controversias de esta manera;
- carácter no permanente, el tribunal debe constituirse ad hoc para cada caso planteado, lo cual guarda relación con la naturaleza provisorio del mecanismo y evita incurrir en mayores gastos a los estados partes.⁷

El protocolo de Brasilia trata dos tipos de controversias: a- las que surgen entre los Estados Partes (Capítulos I, II, III y IV) y b- las planteadas como consecuencia de reclamos de particulares (Capítulo V y VI).

En cuanto a las controversias que surgen de los Estados Partes, el ámbito de aplicación versa 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 de Mercado Común y de las resoluciones del Grupo Mercado Común.

⁶ Dreyzin de Klor, Adriana, “El sistema de solución de controversias en el Mercosur” La ley, Año LIX N° 86, 4/05/95.

⁷ Dreyzin de Klor, Adiana, art. Citado.

El procedimiento establecido para la solución de controversias consta de tres etapas:

-negociación directa, ante todo los Estados Partes en la controversia deberán someterse a la negociación directa que no podrá exceder de un plazo de 15 días, a partir de la fecha en que uno de los Estados Partes planteó la controversia, debiendo informar al Grupo Mercado Común - a través de la Secretaría Administrativa- sobre las gestiones que realicen y los resultados que obtengan.(arts. 2 y 3 del cit. Protocolo).

-intervención del Grupo Mercado Común, fracasada la negociación directa, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá someterla a consideración del Grupo Mercado Común. El Grupo en un plazo que no podrá ser mayor a 30 días desde que se sometió la controversia a su consideración, evaluará la situación, dando a las partes la oportunidad para que expongan sus respectivas posiciones, pudiendo requerir cuando lo estime necesario el asesoramiento de expertos seleccionados de una lista., concluyendo con recomendaciones para la solución del diferendo.Los gastos que demande el asesoramiento de expertos serán sufragados en montos iguales por los Estados Partes en la controversia. (arts. 4 a 6 del cit. Protocolo).

-procedimiento arbitral, fracasadas las instancias anteriores, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral. Dicho procedimiento se sustanciará ante un Tribunal Arbitral Ad hoc compuesto por 3 árbitros, designados de una lista registrada en la Secretaría Administrativa. Cada estado parte designará un árbitro y uno suplente en el plazo de 15 días. Y el tercer árbitro (quien no podrá ser nacional de ninguno de los estados partes en la controversia) será propuesto de común acuerdo por los estados partes, en su defecto, lo designará la Secretaría Administrativa. Los árbitros deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia.

Si dos o más Estados Partes sostuvieren la misma posición en la controversia, unificarán su representación ante el tribunal arbitral y designarán un árbitro de común acuerdo.

El Tribunal Arbitral fijará en cada caso su sede en alguno de los Estados Partes y adoptará sus propias reglas de procedimiento. Podrá a pedido de parte y en caso de que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar medidas provisionales.

El laudo arbitral se dictará sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo

Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia. Sin perjuicio de ello, el tribunal esta facultado para resolver conforme a la equidad.

El plazo para expedirse es de 60 días, prorrogable por un plazo máximo de 30 días , a partir de la designación de su presidente. El laudo se adoptará por mayoría y debe estar debidamente fundado, debiéndose mantener la confidencialidad de la votación.

Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los estados partes en la controversia, debiendo ser cumplidos en un plazo de 15 días, solo cabe la posibilidad de plantear una aclaratoria del mismo o una interpretación sobre la forma en deberá cumplirse. En caso de que el estado obligado no cumpla con el laudo, el otro estado parte en la controversia podrá adoptar medidas compensatorias.

Cada Estado Parte en la controversia sufragará los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado y el presidente del tribunal recibe una compensación pecuniaria soportada por los estados partes en partes iguales.(arts. 7 a 24 del protocolo).

Respecto al reclamo de particulares, se establece un procedimiento aplicable a personas físicas o jurídicas que efectúen reclamos con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común o de las resoluciones del Grupo Mercado Común.

El particular formalizará su reclamo ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tenga su residencia habitual o sede de sus negocios, debiendo aportar todos los elementos necesarios que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio.

La Sección Nacional en consulta con el particular, podrá:

- entablar contactos directos con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se atribuye la violación, a fin de buscar una solución inmediata; o
- elevar el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común, el cual evaluación del caso de por medio, podrá tratar el reclamo o rechazarlo sin más trámite.

En caso de aceptar resolver el reclamo, convocará a un grupo de expertos en la materia (compuesto por 3 miembros designados por el Grupo Mercado Común), que deberá emitir un dictamen acerca de su procedencia en el término improrrogable de 30 días a partir de su designación. Dentro de ese plazo, el grupo de expertos podrá escuchar a las partes.

El grupo de expertos elevará su dictamen al Grupo Mercado Común. Si en ese dictamen se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un estado parte, cualquier otro estado parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro de un plazo de 15 días, el estado parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral establecido para diferendos entre estados.(arts. 25 a 32 del protocolo).

En sus disposiciones finales, el protocolo prevé que la adhesión por parte de un estado al Tratado de Asunción implicará ipso iure la adhesión al presente al protocolo, por lo que pasa a ser parte integrante del tratado precitado.

Asimismo establece el carácter transitorio hasta tanto entre en vigor el sistema permanente de solución de controversias para el Mercosur.

En relación al protocolo de Brasilia, luego de haberlo expuesto, pueden hacerse algunas consideraciones, según lo sostenido por algunos autores:

El Dr. Augusto Durán Martínez, en su artículo “La integración el marco del Mercosur” publicado en la revista *Negocios Internacionales e Integración*, expresa que si bien se incluye a los particulares, lo cual puede considerarse un progreso esa participación, en puridad los particulares no son verdaderamente actores. En definitiva se puede decir que se limitan a excitar el celo del Estado a que pertenecen, el que es realmente parte en la controversia.

En el caso del reclamo de los particulares, puede ser con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los estados partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal.... En cambio, en el caso de controversia entre los estados partes, ella es sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento.... Como se percibe, en este último caso el objeto es mucho más amplio, no solo puede versar sobre actos legislativos y administrativos sino también jurisdiccionales, hechos jurídicos u omisiones.⁸

Lo más destacable de este régimen es que se consagra la doble obligatoriedad del sistema arbitral: obligatoriedad del conocimiento y obligatoriedad del pronunciamiento.⁹

⁸ Durán Martínez, Augusto; “La integración en el marco del Mercosur”, *Revista Negocios Internacionales e Integración*, pág. 8.

⁹ Durán Martínez Augusto; art. Citado.

A diferencia de la Unión Europea, el procedimiento arbitral reemplazaría a un Tribunal o Corte de Justicia Comunitaria como vía recursiva propia. Además, las decisiones del Tribunal Arbitral deberán respetar el principio de celeridad y el del debido proceso sujetándose al derecho comunitario pero pudiendo apartarse en virtud de arribar a un fallo equitativo.¹⁰

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.¹¹

La Dra. Luciana B. Scotti, en su artículo “El Protocolo de Olivos, un avance significativo o una nueva oportunidad perdida”, señala que el sistema de solución de controversias descrito es pasible de numerosas críticas, las que fueron señaladas y destacadas por la doctrina más prestigiosa en la materia. Entre ellas, podemos mencionar:

-La proliferación de mecanismos de negociación y conciliación, en desmedro de instancias jurisdiccionales.

-El alto porcentaje de consultas y reclamaciones pendientes de resolución o resueltas de modo insatisfactorio.

-La extrema flexibilidad en los plazos. Las partes de una controversia pueden prolongar de común acuerdo casi indefinidamente la etapa de negociación. Ello significa un fuerte grado de incertidumbre para el sector privado.

-El carácter ad hoc de los tribunales arbitrales genera imprevisibilidad debido a las divergentes interpretaciones y aplicación de las normas del Mercosur.

-La inexistencia de un órgano de apelación impide la formación de un cuerpo de interpretación común.

-La validez limitada de las decisiones de los tribunales arbitrales ad hoc, circunscriptas al caso y a las partes en conflicto. En efecto, estas decisiones no son consideradas fuentes legales del MERCOSUR.

10 Rapallini Liliana E., “Integración y Desarrollo en Europa y América”, ed. Lex, pág. 87.

11 Marchesini Gualtiero Martín, “El arbitraje como método de solución de controversias en los procesos de integración americanos y en el Mercosur”, expuesto en la XXXVI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, del 17 al 24/06/00 en Panamá. www.portaldeabogados.com.ar

-La exclusión de los particulares como verdaderos sujetos legitimados para la defensa de sus intereses y derechos reconocidos en el marco del bloque.¹²

De esta manera, no sólo se ha descrito el procedimiento para la solución de controversias regulado por el protocolo de Brasilia, sino que también se han considerado algunas opiniones de autores destacados en la temática.

5.PROTOCOLO DE OURO PRETO:

En cumplimiento de lo previsto por el Tratado de Asunción, el 17 de diciembre de 1994, se aprobó en la ciudad de Ouro Preto, Brasil, el protocolo adicional sobre la estructura institucional del Mercosur, denominado Protocolo de Ouro Preto.

A través del mismo se establece que la estructura institucional del Mercosur contará con los siguientes órganos:

-El Consejo del Mercado Común (CMC), órgano superior del Mercosur al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones;

-El Grupo Mercado Común (GMC), órgano ejecutivo que se pronuncia mediante resoluciones;

-La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común en materia política comercial, se expide mediante directivas o propuestas. Además, corresponderá a este órgano la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur, originadas por los Estados Partes o en demandas de particulares, relacionadas con las controversias que surjan entre los países socios, sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del derecho fundacional y derivado, así como de los reclamos de particulares con motivo de la sanción o aplicación por cualquiera de los estados de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal conforme prevé el Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro de su área de competencia. El examen de las referidas reclamaciones en el ámbito de la Comisión de Comercio del Mercosur no obstará la acción del estado parte que efectuó la reclamación, al amparo del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias. Las reclamaciones originadas en los casos establecidos en este protocolo tramitarán de acuerdo con el procedimiento previsto en el Anexo de este protocolo.(art. 21 del cit. Protocolo).

¹² Scotti, Luciana B., art. “El protocolo de Brasilia, un avance significativo o una nueva oportunidad perdida”, www.eldial.com.ar.

-La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del Mercosur, que procurará acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur;

-El Foro Consultivo Económico-Social (FCES), órgano de representación de los sectores económicos y sociales;

-La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM), órgano de apoyo operativo que será responsable de la prestación de servicios a los demás órganos del Mercosur y tendrá sede permanente en la ciudad de Montevideo.

En el art. 34 de este protocolo se le reconoce personalidad jurídica al Mercosur. Asimismo en el art. 38 se establece que los estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur .

En el capítulo VI trata el sistema de solución de controversias, estableciendo en el art. 43:”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. Quedan también incorporados a los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

En el Anexo de este protocolo se establece el procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, el mismo prevé: que el estado parte reclamante presentará su reclamación ante la presidencia pro-tempore de la Comisión de Comercio del Mercosur , la que incorporará el tema en la primera reunión siguiente de la Comisión de Comercio del Mercosur. Si no se adoptase una decisión en dicha reunión la Comisión de Comercio remitirá sin más trámite los antecedentes a un Comité Técnico.

El Comité Técnico elevará en un plazo máximo de 30 días corridos un dictamen a la Comisión de Comercio, quien decidirá sobre la reclamación.

Si no se alcanzare consenso en la primera reunión, la Comisión de Comercio elevará al Grupo Mercado Común las distintas alternativas propuestas así como el dictamen

conjunto o las conclusiones de los expertos del Comité Técnico a fin de que se adopte una decisión sobre la cuestión planteada.

Si hubiese consenso sobre la procedencia de la reclamación el estado parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la Comisión de Comercio o en el Grupo Mercado Común, en el plazo que estos órganos establezcan. Transcurrido dicho plazo sin que el estado reclamado haya cumplido con lo aprobado sea por la Comisión de Comercio o por el Grupo, el estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto por el protocolo de Brasilia.

Si no se lograra el consenso en la Comisión de Comercio del Mercosur y posteriormente en el Grupo Mercado Común, o si el estado reclamado no cumpliera en el plazo indicado la decisión aprobada, el estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto en el protocolo de Brasilia. El Tribunal Arbitral deberá antes de emitir su laudo, dentro del plazo de hasta 15 días contados a partir de la fecha de su constitución, pronunciarse sobre las medidas provisionales que considere apropiadas.

De modo que el Protocolo de Ouropreto agrega en su único anexo su procedimiento ante la Comisión de Comercio del Mercosur, que en definitiva también concluye en arbitraje.¹³

El documento de Ouro Preto, efectúa una remisión indirecta al esquema de Brasilia, pues remite la tramitación de las reclamaciones al procedimiento previsto en el Anexo del Protocolo de Ouro Preto, que a su vez envía a áquel. Cabe destacar el carácter provisorio de la regulación. En efecto, se difiere nuevamente, la adopción de un sistema permanente al momento en que culmine el proceso de convergencia del Arancel externo común. A tal fin, antes que ello suceda, los estados partes deberán efectuar una revisión del sistema vigente en la materia.¹⁴

6.PROTOCOLO DE OLIVOS:

Durante la III Reunión Extraordinaria del Consejo del Mercado Común, realizada el 18 de febrero de 2002 en Buenos Aires, Argentina, los Presidentes y Cancilleres de los Estados Partes del Mercosur, reconociendo que la evolución del proceso de integración

13 Durán Martínez, Augusto, "La integración en el marco del Mercosur", Revista Negocios Internacionales e Integración, pág. 8.

14 Dreyzin de Klor Adriana, art. Citado.

en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias, firmaron el Protocolo de Olivos, con el que se actualiza el sistema vigente para la solución de controversias.

Este instrumento entró en vigencia el día 2 de enero del año 2004, y derogó a partir de su entrada en vigencia el Protocolo de Brasilia.

El presente protocolo prevé –al igual que el protocolo de Brasilia- controversias entre estados partes y reclamos de particulares.

En cuanto a las controversias entre estados partes, el ámbito de aplicación establecido en el art. 1 es el mismo que el de Brasilia (controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, 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). Con la diferencia que se agrega que: “Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en controversia podrán de común acuerdo convenir el foro.” Asimismo se establece que la elección de un foro, impide recurrir a las partes a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto. El Consejo del Mercado Común reglamentará los aspectos relativos a la opción del foro.

En su art. 2 incorpora la posibilidad de recurrir a mecanismos expeditos para resolver divergencias entre estados partes sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes. Las reglas de funcionamiento, el alcance de los mecanismos y la naturaleza de los pronunciamientos que se emitieran en los mismos serán definidos y aprobados por Decisión del Consejo de Mercado Común.

En el art. 3 incorpora la solicitud de opiniones consultivas que se podrá hacer al Tribunal Permanente de Revisión, facultando al Consejo del Mercado Común para que establezca los mecanismos a tal fin.

En cuanto al procedimiento para la solución de controversias, se prevé las siguientes instancias:

-negociación directa, igual que en Brasilia (arts. 4 y 5);

-intervención del Grupo Mercado Común, similar a Brasilia, con la salvedad que en este protocolo es optativo recurrir al Grupo Mercado Común, porque se establece que agotadas las negociaciones directas cualquiera de los estados partes podrá requerir el procedimiento arbitral, sin perjuicio que los estados partes en la controversia podrán de común acuerdo, someterla a intervención del Grupo. También se prevé que la controversia podrá ser llevada a consideración del Grupo Mercado Común si otro estado que no sea parte en la controversia, requiera justificadamente tal procedimiento al finalizar las negociaciones directas. En ese caso, el procedimiento arbitral iniciado por el estado demandante no será interrumpido, salvo acuerdo entre los estados partes en la controversia. (arts. 6 a 7);

-procedimiento arbitral ad hoc, es similar a Brasilia.

Se señala que el presidente y su suplente no podrán ser nacionales de los estados partes en la controversia.

En el art. 11 se trata en forma más amplia el tema de las listas de árbitros, indicando que cada estado parte designará 12 árbitros, que integrarán una lista registrada en la Secretaría Administrativa del Mercosur. La designación de árbitros y su currículum vitae serán notificados simultáneamente a los otros estados partes y a la Secretaría Administrativa y cada estado parte podrá solicitar aclaraciones sobre las personas designadas.

Asimismo, cada estado parte propondrá 4 candidatos para integrar la lista de terceros árbitros, y al menos uno de los árbitros indicados por cada estado parte para esa lista no será nacional de ninguno de los estados partes del Mercosur. Esta designación también se notificará a los otros estados para que puedan formular aclaraciones.

Al igual que en Brasilia, se establece la unificación de representación para el supuesto en que dos estados partes sostengan la misma posición en una controversia.(art. 13).

En el art. 14 se establece que el objeto de la controversia quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta presentados ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc, no pudiendo ser ampliado posteriormente. Asimismo, en esos escritos deberán indicar las instancias agotadas previamente como así también los hechos y el derecho en que fundan sus posiciones.

Al igual que en Brasilia se prevé la facultad de dictar a solicitud de parte, medidas provisionales. Pero agrega que el Tribunal podrá en cualquier momento dejar sin efecto dichas medidas. Y en el caso en que el laudo fuera objeto de recurso de revisión, las

medidas dictadas se mantendrán hasta su tratamiento en el Tribunal Permanente de Revisión.(art. 15).

Del mismo modo que en Brasilia, el tribunal arbitral ad hoc emitirá un laudo, el cual - a diferencia de Brasilia donde los laudos eran inapelables y solo cabía la posibilidad de una aclaratoria- , es susceptible de recurso de revisión, dicho recurso suspende durante su sustanciación el cumplimiento del laudo.

El art. 17 trata el procedimiento de revisión, -no previsto en Brasilia-. Este recurso podrá ser planteado por cualquiera de los estados partes en la controversia, ante el Tribunal Permanente de Revisión, en un plazo no superior a 15 días de la notificación del laudo arbitral.

El recurso esta limitado a cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo arbitral. No es susceptible de revisión el laudo arbitral dictado en base a la equidad.

El Tribunal Permanente de Revisión estará integrado por 5 árbitros. Cada Estado Parte del Mercosur designará 1 árbitro y su suplente por un período de 2 años, renovable por no más de dos períodos consecutivos. El quinto árbitro será designado por unanimidad por los estados del Mercosur de una lista conformada con 8 integrantes, por un período de 3 años no renovable, salvo acuerdo en contrario de los estados partes. De no lograrse la unanimidad, la designación se realizará por sorteo ante la Secretaría Administrativa. Por lo menos 3 meses antes del término del mandato de los árbitros, los Estados Partes deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candidatos.

Una vez aceptada la designación por los integrantes del tribunal de revisión, deben estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque. (art. 19).

El art. 20 establece el funcionamiento del tribunal, indicando que cuando la controversia involucre a dos estados partes, el tribunal se integrará con 3 árbitros, 2 serán nacionales de cada estado parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la presidencia, será designado por sorteo, entre los árbitros restantes que no sean nacionales de los estados partes en la controversia. Si la controversia involucra a más de dos estados partes, el Tribunal Permanente de Revisión estará integrado por 5 árbitros. Los estados partes, de común acuerdo, podrán definir otros criterios para el funcionamiento del tribunal en este sentido.

Interpuesto el recurso de revisión, se dará traslado a la otra parte en la controversia para que lo conteste en el plazo de 15 días de notificada de la presentación de dicho

recurso. Evacuado el traslado o vencido el término para contestarlo, el tribunal se pronunciará sobre el recurso en un plazo máximo de 30 días, prorrogable por 15 días más.(art. 21).

El Tribunal Permanente de Revisión podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc. El laudo del Tribunal Permanente de Revisión será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc. (art. 22).

En el art. 23 se prevé el acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión, mediante acuerdo expreso de los estados partes en la controversia, una vez agotadas las negociaciones directas. En este caso, el Tribunal Permanente tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y el laudo que emita será obligatorio para los estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no siendo susceptible de recurso de revisión y teniendo fuerza de cosa juzgada para las partes.

El Consejo del Mercado Común podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las partes.

En cuanto a los laudos arbitrales, el art. 25 establece que los laudos del Tribunal Arbitral Ad Hoc y los del Tribunal Permanente de Revisión se adoptarán por mayoría, serán fundados y suscriptos por el presidente y por los demás árbitros. Los árbitros no podrán fundar votos en disidencias y deberán mantener la confidencialidad de la votación.

En cuanto a la obligatoriedad de los laudos arbitrales, el art. 26 prevé que tanto los laudos de los tribunales arbitrales ad hoc como los del tribunal permanente de revisión serán obligatorios para los estados partes en la controversia, a partir de su notificación. Distinguiendo que tendrán fuerza de cosa juzgada, en el caso de los laudos del tribunal ad hoc, transcurrido el plazo para interponer el recurso de revisión y éste no fuere planteado; y en el caso de los del tribunal permanente, a partir de su notificación. Agregando además que son inapelables los laudos del tribunal permanente de revisión.

Los laudos deben ser cumplidos y la adopción de medidas compensatorias en los términos del protocolo, no exime al estado parte de la obligación de cumplir el laudo. (art. 27).

Se prevé el recurso de aclaratoria, tanto para los laudos dictados por el tribunal arbitral ad hoc como para los dictados por el tribunal permanente, debiéndose plantear

el mismo, en un plazo de 15 días siguientes a la notificación. El tribunal respectivo se expedirá sobre el recurso dentro de los 15 días siguientes a la presentación de dicha solicitud, u podrá otorgar un plazo adicional para el cumplimiento del laudo. (art. 28).

Los laudos de cualquiera de los dos tribunales precitados, deberán ser cumplidos en el plazo que los respectivos tribunales establezcan, en su defecto deberán ser cumplidos dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación. Dentro de los 15 días contados desde su notificación, el estado parte obligado deberá informar a la otra parte en la controversia y al Grupo Mercado Común, por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur , sobre las medidas que adoptará para cumplir el laudo .(art. 29).

En caso de que se susciten divergencias en cuanto al cumplimiento del laudo, el estado beneficiado por el laudo, podrá llevar la situación ante cualquiera de los dos tribunales , según corresponda, dentro de un plazo de 30 días desde la adopción de las medidas adoptadas para el cumplimiento. El tribunal respectivo tendrá un plazo de 30 días para dirimir la cuestión. De no ser posible convocar al tribunal arbitral ad hoc, se constituirá uno nuevo con los suplentes.

Al igual que en Brasilia se prevé que ante el incumplimiento del laudo por parte del estado obligado, el estado beneficiado podrá aplicar medidas compensatorias temporarias, como la suspensión de concesiones y otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo. Pero a diferencia de Brasilia, se da un mayor tratamiento a este tema, estableciendo que el estado parte beneficiado por el laudo procurará, en primer lugar, adoptar medidas compensatorias en el mismo sector o sectores afectados. En el caso que considere impracticable o ineficaz la suspensión en el mismo sector, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, fundamentando su decisión. Asimismo, las medidas compensatorias a ser tomadas deberán ser informadas formalmente por el estado parte que las aplicará, con una anticipación mínima de 15 días, al estado parte que debe cumplir el laudo. (art. 31), ya que el estado parte obligado podrá cuestionar esas medidas dentro de los 15 días desde esa notificación. Adoptada una decisión por el tribunal que corresponda, el estado parte que tomó las medidas compensatorias, deberá adecuarlas a la decisión del tribunal en un plazo de 10 días, salvo que el tribunal estableciere otro plazo.(art. 32).

Al igual que en Brasilia, los estados partes reconocen como obligatoria, ipso facto y necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción de los tribunales arbitral ad hoc y permanente de revisión, en este protocolo. (art. 33).

Del mismo modo que en Brasilia, los tribunales podrán recurrir a la equidad, si las partes así lo acordasen.

En el art. 35 se establece en cuanto a la calificación de los árbitros tanto del tribunal arbitral ad hoc como del tribunal permanente de revisión, que los mismos deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del Mercosur, asimismo deberán observar la necesaria imparcialidad e independencia funcional de la Administración Pública Central o directa de los Estados Partes y no tener intereses de índole alguna en la controversia. Serán designados en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio.

En relación a los gastos del tribunal arbitral ad hoc, serán sufragados del mismo modo que en Brasilia. Respecto del tribunal permanente de revisión, los gastos y honorarios serán solventados en partes iguales por los estados partes en la controversia, a menos que el tribunal decida distribuirlos en proporción distinta.

El pago se podrá efectuar mediante la Secretaría Administrativa del Mercosur o por intermedio de un Fondo Especial que podrán crear los estados partes al depositar las contribuciones relativas al presupuesto de la Secretaría Administrativa. (art. 36).

Los honorarios, gastos de traslado, alojamiento, viáticos y demás gastos de los árbitros serán determinados por el Grupo Mercado Común.

El art. 38 establece que la sede del Tribunal Permanente de Revisión será la ciudad de Asunción, no obstante lo cual, el tribunal podrá reunirse excepcionalmente en otras ciudades del Mercosur. Los tribunales Arbitrales Ad Hoc podrán reunirse en cualquier ciudad de los estados partes del Mercosur.

Respecto al reclamo de particulares, el ámbito de aplicación es el mismo que en Brasilia, salvo que se agregan las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur. El inicio del trámite, al igual que en Brasilia, se realiza ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del estado parte donde el particular tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios.

En cuanto al procedimiento, si bien es similar a Brasilia, porque primero la Sección Nacional del Grupo Mercado Común que admitió el reclamo, entablará consultas con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del estado parte al que se atribuye la violación, a fin de buscar una solución inmediata. Si la cuestión no es resuelta en el plazo de 15 días, la consulta se tiene por concluida automáticamente y se eleva el

reclamo al Grupo Mercado Común. En Brasilia, se elevaba al Grupo Mercado Común, a solicitud del particular afectado.

Al igual que en Brasilia, el Grupo Mercado Común podrá rechazar o aceptar el reclamo. En caso de aceptarlo, se convocará a un grupo de expertos que deberán emitir un dictamen en igual plazo que en Brasilia, 30 días a partir de su designación. Lo atinente al grupo de expertos en materia de designación y listado es igual que en Brasilia.

El art. 44 regula lo relativo al dictamen del grupo de expertos. La diferencia con Brasilia es que en este protocolo de Olivos se agrega la característica que el dictamen debe ser emitido con unanimidad. De verificarse la procedencia del reclamo, el procedimiento es igual a Brasilia. En caso que se reciba un dictamen que considere improcedente el reclamo por unanimidad, el Grupo Mercado Común dará de inmediato por concluido el mismo. Si el grupo de expertos no alcanzare la unanimidad para emitir el dictamen, elevará sus distintas conclusiones al Grupo Mercado Común, que dará de inmediato por concluido el reclamo. En cualquiera de estos dos últimos casos, el estado parte reclamante podrá dar inicio a las negociaciones directas, intervención del Grupo Mercado Común y procedimiento arbitral.

En el capítulo XII se prevén las disposiciones generales que son novedosas respecto del protocolo de Brasilia, entre ellas: el desistimiento o la transacción respecto de los reclamos y controversias instaurados, debiendo ser comunicados en uno u otro caso, por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur al Grupo Mercado Común o al Tribunal que corresponda, según el caso.(art. 45).

El art. 46 establece la confidencialidad de los documentos presentados en el ámbito de los procedimientos previstos por este protocolo, a excepción de los laudos arbitrales, facultando al Consejo del Mercado Común a reglamentar la modalidad de divulgación de los escritos y presentaciones de las controversias ya concluidas.

El art. 47 prescribe que el Consejo del Mercado Común aprobará la reglamentación del presente protocolo dentro de los 60 días de su entrada en vigencia.

Los plazos son perentorios y contados por días corridos a partir del día siguiente al acto o hecho a que se refieren. No obstante, si el vencimiento para presentar escritos o cumplir diligencias, venciere en un día inhábil en la sede de la Secretaría Administrativa del Mercosur, la presentación o el cumplimiento deberá realizarse el primer día hábil inmediatamente posterior a esa fecha. Sin perjuicio de ello, se prevé la posibilidad de que los plazos previstos en este protocolo sean modificados de común

acuerdo por las partes en la controversia. En el caso de plazos por ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc o el Tribunal Permanente de Revisión, las partes pueden solicitar la modificación y el tribunal respectivo, lo concederá o no según corresponda.

El art. 50 establece que las controversias en trámite, iniciadas de acuerdo con el régimen del Protocolo de Brasilia, se registrarán exclusivamente por el mismo hasta su total conclusión.

En cuanto a las reglas de procedimiento, el Tribunal Permanente de Revisión adoptará sus propias reglas de procedimiento dentro de los 30 días contados a partir de su constitución, las cuales deberán ser aprobadas por el Consejo del Mercado Común. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc adoptarán sus propias reglas de procedimiento, tomando como referencia las reglas modelo a ser aprobadas por el Consejo del Mercado Común. Las reglas de procedimiento en uno u otro caso, deben garantizar a cada una de las partes en la controversia la oportunidad de ser oídas, la presentación de argumentos y procesos en forma expedita.

Este protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción (art. 52).

El art. 53 prescribe la revisión del actual sistema de solución de controversias por parte de los estados partes, antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, a fin de adoptar el sistema permanente de solución de controversias para el Mercado Común.

La adhesión al tratado de Asunción significará ipso iure la adhesión al presente protocolo. Y la denuncia del presente Protocolo, significará ipso iure, la denuncia del tratado de Asunción.

Finalmente se establece que el presente protocolo deroga, a partir de su entrada en vigencia, el protocolo de Brasilia.

El 15 de diciembre de 2003, en Montevideo, el Consejo del Mercado Común por Decisión 37/03 aprobó como Anexo el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, que contiene una reglamentación detallada, en especial de los procedimientos establecidos en el Protocolo. Debemos advertir que según reza el art. 2º de dicha decisión del CMC la misma no necesita ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes por reglamentar aspectos de funcionamiento o de la organización del MERCOSUR. El Protocolo de Olivos sustituye al sistema establecido en el Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias y deroga el Reglamento de tal protocolo (art. 55.1), e introduce una serie de modificaciones en el mecanismo vigente desde 1993, aún cuando

las mismas no son extremadamente importantes puesto que la idea fue mejorar el sistema existente como recurso necesario y transitorio hacia la instauración en el año 2006 de un mecanismo que importe mayores compromisos por parte del Estados miembros. 15

De esta manera, se han desarrollado los distintos instrumentos jurídicos básicos y esenciales que regulan diferentes etapas para la solución de controversias en el Mercosur.

7. OTROS INSTRUMENTOS QUE REGULAN CONTROVERSIAS Y ALGUNOS LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR:

Además de los instrumentos jurídicos desarrollados en los puntos precedentes, existen otros acuerdos mediante los cuales se ha regulado el sistema de solución de controversias en el ámbito del Mercosur.

Entre ellos, podemos citar: el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección recíproca de inversiones en el Mercosur (Decisión 11/93 CMC) y 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 CMC) contemplan en caso de controversia entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, la opción del primero de reclamar ante los tribunales estatales del país receptor o ante un tribunal ad hoc o ante tribunales institucionales internacionales de arbitraje. Asimismo en la XVI Reunión Cumbre del Mercosur (Ushuaia, 23/24 de julio de 1998) el Consejo del Mercado Común aprobó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Decisión 3/98) y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, Chile y Bolivia (Decisión 4/98), a fin de promover la solución extrajudicial de controversias privadas y a modo de contribuir a la expansión del comercio regional e internacional y al fortalecimiento del Mercosur.16

Por otro lado, y dentro del marco del procedimiento arbitral ad hoc, se pueden mencionar algunos de los laudos dictados en el ámbito del Mercosur, referidos fundamentalmente a cuestiones económicas, como por ejemplo: -controversia entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, sobre **“Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana”** de fecha 4/04/2003; -la

15 Scotti, Luciana B., “El protocolo de Olivos, un avance significativo o una nueva oportunidad perdida?”, www.eldial.com.ar

16 Scotti, Luciana, art. Citado, www.eldial.com.ar

controversia entre la República del Paraguay a la República Oriental del Uruguay sobre la **aplicación del "IMESI" (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos**" del 21/05/2002; - controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil sobre **“Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño**. No incorporación de las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR”, del 19/04/2002; - la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil sobre **“Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay”** del 9/01/2002; - controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre **“Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo”** del 29/09/2001; - laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para decidir sobre Controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre **“Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil”**, (Res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina, del 21/05/2001;

laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para decidir sobre **"Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles"** (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos del 10/03/2000, entre otros.¹⁷

A modo de ejemplo podemos ahondar en la controversia entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, sobre **“Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana”** de fecha 4/04/2003; respecto de la cual cabe señalar que el tribunal arbitral ad hoc se integró en Montevideo con los Dres. Ricardo Alonso García, Enrique C. Barreira y Eduardo Mezzera, nacionales, respectivamente, de España, Argentina y Uruguay. Argentina alegó que la bonificación otorgada a las exportaciones de los productos industrializados de lana mediante la Ley uruguaya 13.695, de 24 de octubre de 1968, y Decretos complementarios, constituye un incentivo a la exportación prohibido en el comercio intrazona, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa MERCOSUR, y que el mantenimiento de dicha bonificación implica,

¹⁷ www.sice.oas.org

además, la violación del Entendimiento suscrito entre ambas Partes en la fase pre-arbitral.

Por su parte, Uruguay manifestó que que no ha violado disposición alguna del Tratado de Asunción, que debe interpretarse no sólo funcional o teleológicamente, sino también lógico-sistemáticamente, esto es, atendiendo a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio consagrados en el Preámbulo, que deberían presidir la progresiva concreción, a través de la normativa vinculante emanada de los órganos del MERCOSUR. Por lo que se refiere al incumplimiento del Entendimiento de 13 de diciembre de 2000 alegado por Argentina, Uruguay considera que, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo de Brasilia, en las controversias sometidas al mismo no pueden invocarse supuestas violaciones ajenas al referido ámbito, por lo que no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal (tornando por ello inaceptable por infundada la pretensión de que las costas y costos del procedimiento sean abonados por Uruguay). Frente a tal situación el Tribunal, por unanimidad, decidió: - Que la República Oriental del Uruguay proceda a eliminar la bonificación establecida por la Ley 13.695 y sus Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lanas destinadas a los Estados Partes del MERCOSUR, por cuanto contraria al artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94. Dicha eliminación deberá ser efectiva dentro de los quince días siguientes a la notificación a las Partes contendientes del presente Laudo, sin que proceda pronunciamiento alguno sobre comportamientos futuros por parte de la República Oriental del Uruguay; - Que los gastos del procedimiento arbitral sean sufragados por las Partes en la controversia de acuerdo con el artículo 24 del Protocolo de Brasilia y de la siguiente forma:

a) Cada Estado contendiente se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del Árbitro por él nombrado.

b) La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados por la República Oriental del Uruguay.

c) Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del presente Laudo;

- Que las actuaciones de esta instancia arbitral sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, quedando bajo su custodia.y

- Que se proceda a la notificación de este Laudo a la República Argentina y a la República Oriental del Uruguay, partes en la controversia, por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.¹⁸

8.CONCLUSIONES:

Analizando y reflexionando sobre los instrumentos jurídicos y temática desarrollada, podemos decir que en materia de resolución de controversias en el Mercosur se distinguen tres etapas:

- 1) del 29/11/91 al 24/04/93;
- 2) del 24/04/93 al 02/01/04; y
- 3) del 02/01/04 hasta la actualidad.

Las tres etapas tienen en común el carácter de provisorio, porque en todas se prevé que previo a la constitución del mercado común o de la convergencia del arancel externo común, los Estados Parte deberán hacer una revisión del sistema para adoptar un sistema de solución de controversias permanente.

¹⁸ www.sice.oas.org

La *primera etapa*, que se extendió desde la entrada en vigencia del tratado de Asunción hasta la entrada en vigencia del protocolo de Brasilia, fue muy precaria y provisoria, aunque duró por más de un año. Estaba prevista en el Anexo III del Tratado de Asunción y sólo reguló las controversias entre Estados Parte, con lo cual los particulares quedaron fuera del sistema, de modo que si tenían alguna controversia, no podían resolverla. Para las controversias entre los Estados, se establecieron medios diplomáticos para solucionarlas, con lo cual si no se llegaba a una solución o en caso de llegar a la misma, el cumplimiento se tornaba, para mí, bastante difícil, porque al no existir un órgano jurisdiccional con decisiones vinculantes, el estado obligado cumplía si quería. Se dejó sentado que el sistema era provisorio, ya que preveía la constitución de un sistema permanente antes del 31/12/94.

La *segunda etapa*, desde la entrada en vigencia del protocolo de Brasilia hasta la entrada en vigencia del protocolo de Olivos, incorpora un sistema de solución de controversias que intenta ser más efectivo, pero no lo logra. Incorpora los reclamos de particulares, aunque si bien el particular es quien inicia o promueve el procedimiento para la solución del conflicto, quien lo continúa es el estado, por lo que podríamos decir que el individuo tiene una legitimación parcial.

Se establecen medios diplomáticos y jurisdiccionales, de acuerdo a lo previsto por el derecho internacional público. Introduce el procedimiento arbitral ad hoc, reconociendo la obligatoriedad de la jurisdicción y del laudo. Se faculta al tribunal arbitral ad hoc a decidir sobre la base de la equidad, sin expresar si debe mediar acuerdo de partes, esto lo manifiesto en concordancia con lo previsto por el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece las fuentes del derecho internacional, previendo la equidad, si mediar acuerdo de partes. Pienso que ha sido una omisión, ya que en el protocolo de Olivos también establece la equidad pero con acuerdo de partes.

La presencia de un tribunal arbitral ad hoc, produce que pueda llegar a resolverse la cuestión planteada, pero ese laudo no genera uniformidad en la jurisprudencia, porque no hay tribunal permanente para sentar criterios uniformes. Máxime teniendo en cuenta que las legislaciones de los estados parte del Mercosur, no hay incorporado en algunos casos, como Uruguay y Brasil, en sus constituciones el reconocimiento de que los tratados internacionales y de integración tienen jerarquía superior a las leyes, lo cual dificulta también la aplicación de esta normativa. De modo que los estados parte debieran armonizar sus legislaciones, a fin de poder lograr una verdadera integración regional.

Durante esta misma etapa, en Ouro Preto se establecieron reclamos ante la Sección Nacional de Comercio, por cuestiones de política comercial, que no impedía recurrir a Brasilia. De hecho, remite al protocolo de Brasilia y para el caso de incumplimiento o no consenso del reclamo, se deja abierta la vía del procedimiento arbitral previsto por el protocolo de Brasilia. A mi entender, era innecesario prever este procedimiento por ante la Sección de Comercio, pues si agotada esa vía, que es similar a Brasilia, u opcionalmente, se puede recurrir al procedimiento arbitral, me parece que era innecesario prever este mecanismo. Quizás lo redactaron para demostrar su preocupación por la solución de controversias, pero al no diferir en nada de Brasilia, se podía concentrar directamente todo en ese protocolo.

La *tercera etapa*, desde la entrada en vigencia del protocolo de Olivos hasta nuestros días, en algunas cuestiones mejora, pero creo que aún no logra dar efectividad al sistema. Incluye más cuestiones comerciales, permitiendo la elección de foros, como así también prevé la posibilidad de recurrir a mecanismos expeditos para aspectos técnicos de política comercial. Se incorpora la opción de recurrir al Grupo Mercado Común luego de fracasadas las negociaciones directas, lo cual demuestra un intento de lograr celeridad en el procedimiento.

Lo más innovador es que se crea un Tribunal Permanente de Revisión que puede actuar directamente o a modo de alzada, respecto del laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc.

Se incorpora que respecto de la aplicación de la equidad, se requiere que medie acuerdo de partes.

En cuanto a los árbitros, yo hubiera agregado que deben ser elegidos por su condición *intuitu personae*, siguiendo el estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Se observa que al Tribunal Permanente de Revisión lo han querido asemejar a la Corte Internacional de Justicia, en el sentido de otorgarle además de la competencia contenciosa, la competencia consultiva.

En el caso de reclamos de particulares, agotado el procedimiento permite recurrir a las negociaciones directas y al procedimiento arbitral, lo cual me parece que implica un dispendio y gasto innecesario. Debieran establecer un mecanismo más rápido y sin dilaciones.

También se prevé que la prórroga de plazos a pedido de las partes, lo cual contradice la perentoriedad establecida.

Se deja sentado que este sistema de solución de controversias deberá ser revisado antes de la convergencia del arancel externo común, con lo cual una vez más estamos ante un procedimiento provisorio.

Creo que este sistema no logra ser efectivo, pues lo único que permite es una revisión del laudo emitido por el tribunal arbitral ad hoc, pero no logra dar soluciones porque deja muchas puertas abiertas. El hecho de poder recurrir a varias instancias, distorsiona la controversia, para mí.

Propondría, en primer lugar, y de acuerdo a lo previsto en el Tratado de Asunción, que los estados parte del Mercosur armonicen sus legislaciones de conformidad con la normativa del bloque regional, máxime teniendo en cuenta que los cuatro estados parte han ratificado la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados internacionales, por la cual se reconoce la jerarquía superior de los tratados internacionales por sobre la ley interna, como así también prevé que nadie puede fundar el incumplimiento de una obligación internacional en una norma de derecho interno. Si bien Argentina y Paraguay reconocen mediante sus constituciones nacionales la superioridad de los tratados por sobre las leyes, resta que lo hagan Brasil y Uruguay, lo cual implica una reforma de sus constituciones.

Para el caso de controversias entre estados parte, el mecanismo que sugiero es que se recurra primero en forma obligatoria a las *negociaciones directas* y en caso de no llegar a acuerdo, acudir a una etapa denominada “*mediación*” en la cual no debe intervenir el Grupo que es un órgano ejecutivo, sino la Secretaría a quien le otorgaría la facultad de los buenos oficios y mediación, (igual que en Naciones Unidas), pues me parece que la Secretaría al ser quien registra los documentos, las listas de árbitros publica en el Boletín Oficial y tiene sede permanente, debiera ser quien se ocupe de mediar entre los estados parte, en un plazo breve e intentando la solución más justa para las dos partes.

Agotadas estas vías, en un plazo breve, que mantendría el dispuesto por el protocolo de Olivos, se puede recurrir a un *Tribunal Arbitral Permanente*, constituido por árbitros que sean abogados especializados en derecho internacional y comunitario. El laudo que dicte este tribunal será apelable por ante un *Tribunal Permanente de Justicia Supranacional*, integrado por 5 juristas, de los cuales 4 serán nacionales de los estados parte del Mercosur, y 1 de cualquier estado sudamericano, buscando a la vez que representen los distintos sistemas jurídicos de Latinoamérica y eligiéndolos por su condiciones *intuitu personae*.

Este tribunal funcionará a modo de alzada y dictará una sentencia, la cual será inapelable, pudiendo plantearse solo aclaratoria. De esta manera, este Tribunal de carácter Supranacional, sentará jurisprudencia obligatoria, que se podrá aplicar a casos análogos y que los jueces de los estados parte deberán considerar como guía.

Para los reclamos de particulares, a quienes les otorgaría mayor intervención y participación en la resolución de conflictos, a fin de que tengan una verdadera legitimación, propondría eliminar la etapa de negociación directa, ya que considero que a un particular le resulta bastante difícil poder negociar con un estado, por lo que directamente podrá acudir a la *mediación* por ante la Secretaría del Mercosur. Agotada esta vía, puede concurrir por ante el *Tribunal Arbitral Permanente* o por ante el *Tribunal Permanente de Justicia Supranacional* , a opción del particular. De esta manera, se establece un mecanismo más rápido, económico y flexible, que tenga verdaderamente en cuenta los reclamos de los particulares.

Para finalizar, considero que si bien el Mercosur ha ido evolucionando en materia de resolución de conflictos en sus diversas etapas, entiendo que los estados parte de este mercado común, deben tomar conciencia a través de sus representantes, que lo que se pretende es un bloque regional y una verdadera integración, para lo cual es necesario no sólo armonizar las legislaciones sino también incorporar y valorar el derecho comunitario, sin que ello implique un desmedro de la soberanía. Pues lo que se pretende es un bien común a todos los estados miembros del Mercosur, que conlleve a un progreso no sólo económico y comercial sino también cultural y social, por lo que es necesario contar con un buen sistema de resolución de conflictos, caso contrario resulta bastante difícil poder avanzar sobre los objetivos planteados.

Evangelina Mafalda González.

Julio 2006.