

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
EN EL MERCADO COMÚN DEL SUR  
(MERCOSUR):  
ESTUDIO DE SUS MECANISMOS

ANTONIO MARTÍNEZ PUÑAL

MERCOSUR



MERCOSUL

TÓRCULO EDICIONS

COLECCIÓN ESTUDIOS INTERNACIONALES

**LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
EN EL MERCADO COMÚN DEL SUR  
(MERCOSUR): ESTUDIO DE SUS  
MECANISMOS.**

**Antonio Martínez Puñal**

Profesor Titular de Derecho Internacional Público y  
Relaciones Internacionales  
Universidade de Santiago de Compostela

**TÓRCULO EDICIONS**

**COLECCIÓN ESTUDIOS INTERNACIONALES  
SANTIAGO DE COMPOSTELA, 2000**

## COLECCIÓN DE ESTUDIOS INTERNACIONALES

**Comité Científico**

**Director**

**Jorge Pueyo Losa**

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidade de Santiago de Compostela*

**Secretario**

**Antonio Martínez Puñal**

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidade de Santiago de Compostela*

\*\*\*\*\*

**Oriol Casanova y La Rosa**

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universitat Pompeu Fabra de Barcelona*

**Manuel Pérez González**

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad Complutense de Madrid*

**Roberto Mesa Garrido**

*Catedrático de Relaciones Internacionales  
Universidad Complutense de Madrid*

**Alberto Herrero de la Fuente**

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Valladolid*

**Celestino del Arrenal Moyúa**

*Catedrático de Relaciones Internacionales  
Universidad Complutense de Madrid*

**Eduardo Vilaríño Pintos**

*Catedrático de Derecho Diplomático y Consular  
Universidad Complutense de Madrid*

**Romualdo Bermejo García**

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de León*

**José Manuel Sobrino Heredia**

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidade da Coruña*

**Concepción Escobar Hernández**

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Cantabria*

**Jorge Cardona Llorens**

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universitat Jaume I de Castellón*

*Aos meus fillos  
Antonio, Santiago, Paula das Mercedes e M<sup>te</sup> Sabela Martínez Suárez.*



# INDICE

ABREVIATURAS.....	13
PRÓLOGO.....	15
I.- MERCOSUR Y NUEVOS MODELOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL LATINOAMERICANOS. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTOVERSIAS COMO INSTRUMENTO DE DINAMIZACIÓN DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN.....	23
II.- LA DINÁMICA INTERGUBERNAMENTAL DEL SISTEMA INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR. SU CARÁCTER EVOLUTIVO.....	31
III.- EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL MERCOSUR: ENTRE LA COOPERACIÓN Y LA INTEGRACIÓN.....	43
1. El Derecho del MERCOSUR.....	43
2. Relaciones entre el Derecho del MERCOSUR y los Derechos internos.....	58
IV.- EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR. SU CARÁCTER PROGRESIVO.....	71
1. La debilidad de los procedimientos diplomáticos. El Tratado de Asunción.....	73
2. La permanencia de un Sistema de Solución de Controversias de carácter provisional. El Protocolo de Brasilia.....	77
V.- LOS PROCEDIMIENTOS DE LOS PROTOCOLOS DE BRASILIA Y DE OURO PRETO.....	83
1. El procedimiento reservado a los Estados Parte.....	83
A) Legitimación activa y pasiva: ámbito de aplicación.....	83
B) Autor del incumplimiento.....	92

C) Interpretación .....	95
D) Procedimiento.....	97
a) Negociaciones directas .....	97
b) Intervención del Grupo Mercado Común.....	99
c) Intervención de la Comisión de Comercio.....	104
d) Procedimiento del Tribunal Arbitral.....	112
d.1) Constitución del Tribunal .....	114
d.2) Sede .....	125
d.3) Reglas de procedimiento.....	125
d.4) Medidas provisionales.....	127
d.5) El Laudo Arbitral .....	128
d.6) Medidas compensatorias.....	134
d.7) Gastos .....	136
E) Ordenamiento jurídico y jurisdicción <i>ex aequo et bono</i> .....	137
2. El procedimiento reservado a los particulares.....	139
A) Legitimación activa y pasiva .....	139
B) Ámbito de aplicación.....	142
C) Procedimiento.....	149
a) Intervención del Grupo Mercado Común.....	149
b) Intervención de la Comisión de Comercio.....	162
c) Intervención del Tribunal Arbitral.....	163

<b>VI.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS PROTOCOLOS OPERACIONALES.....</b>	<b>171</b>
1. Protocolos operacionales con aportaciones específicas en controversias entre particulares.....	173
A) Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa .....	173
B) Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.....	176
C) Protocolo de Brasilia sobre Medidas Cautelares.....	179

D) Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones en el MERCOSUR .....	181
E) Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes en el MERCOSUR .....	184
F) Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen...	185
G) Protocolo sobre Ayuda Jurídica Mutua en Asuntos Penales.....	187
H) Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo.....	188
I) Protocolo de San Luis sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados-Partes del MERCOSUR.....	190
J) Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR .....	191
2. Otros Protocolos operacionales .....	194
A) Protocolo relativo al Código Aduanero de MERCOSUR...	194
B) Protocolo de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de Nivel Primario y Medio no Técnico.....	195
C) Protocolo de Integración Educativa y Reválida de Diplomas, Certificados, Títulos y Reconocimiento de Estudios de Nivel Medio Técnico .....	196
D) Protocolo de Integración Educativa para la Prosecución de Estudios de Posgrado en las Universidades de los Estados Parte del MERCOSUR.....	197
E) Protocolo de Integración Educativa para la Formación de Recursos Humanos a Nivel de Posgrado en las Universidades de los Estados Parte del MERCOSUR .....	198
F) Protocolo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Países del MERCOSUR.....	199
G) Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR.....	200

H) Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios en el MERCOSUR.....	200
I) Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile .....	201
J) Protocolo de Armonización de Normas en Materia de Diseños Industriales.....	204
<b>VII.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ACUERDOS DE COMPLEMENTACIÓN ECONÓMICA CON CHILE Y BOLIVIA.....</b>	<b>205</b>
<b>VIII.- APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA SURGIDA EN MATERIA DE CONTROVERSIAS .....</b>	<b>215</b>
1. Una aproximación general.....	215
2. Primer Laudo Arbitral: “ <i>Controversia sobre Comunicados N.º 37 del 17 de diciembre de 1997 y N.º 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco</i> ” (Argentina v. Brasil).....	217
A) Reclamación de Argentina. Denuncia de licencias no automáticas y licencias automáticas condicionadas.....	219
a) Circunstancias y hechos.....	219
b) Fundamentos jurídicos .....	220
c) Conclusiones generales, objeto de la controversia y <b>petitum</b> .....	223
B) Respuesta de Brasil: Presencia de sistemas contables. Inexistencia de licencias no automáticas y de licencias automáticas condicionadas .....	224
a) Objeto de la reclamación y hechos.....	224
b) Fundamentos jurídicos .....	225
c) Conclusiones y <b>petitum</b> .....	228

C)	Considerandos del Tribunal. Contribución del Laudo a la determinación de la naturaleza y alcance obligatorio del Derecho del MERCOSUR.....	229
a)	Fundamentos de hecho y de derecho. Derecho aplicable.....	229
b)	El Tratado de Asunción y su sistema normativo. "Derecho directivo" y "Derecho operativo" .....	231
c)	Postergación de la fecha para la conformación del Mercado Común. Unidad del desarme arancelario y no arancelario. La plenitud del efecto útil.....	233
D)	Decisión.....	237
E)	Reflexiones.....	240
3.	Segundo Laudo Arbitral: " <i>Laudo Arbitral ad hoc del Mercosur constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo</i> " .....	245
A)	Reclamaciones de Argentina. Denuncia de prácticas contrarias a la libre concurrencia.....	247
a)	Sistema de los stocks públicos de maíz .....	248
b)	Programa de financiamiento de las exportaciones.....	249
c)	Uso de otros instrumentos financieros: Adelanto de Contrato de Cambio y Anticipo de Contrato de Exportación .....	250
d)	Crédito Presunto del Impuesto de Productos Industrializados. Restitución del Programa de Integración Social y de la Contribución a la Financiación de la Seguridad Social.....	251
B)	Respuesta del Brasil. Concreción del objeto de la Reclamación. Inexistencia de prácticas contrarias a la libre concurrencia .....	252
a)	Sistema de los stocks públicos de maíz .....	252
b)	Programa de financiamiento a las exportaciones.....	253
c)	Uso de otros instrumentos financieros. Adelanto de Contrato de Cambio y Anticipo de Contrato de Exportación .....	254

C) Considerandos del Tribunal.....	255
a) Fundamentos de hecho y de derecho. El momento de la determinación del objeto de la reclamación .....	255
b) Marco jurídico aplicable .....	257
c) Concepto de subsidio. Especificidad.....	259
d) Sistema de regulación de los stocks de maíz. Falta de especificidad .....	260
e) Programa de financiamiento a las exportaciones. Prueba del perjuicio o amenaza del perjuicio.....	262
f) Anticipo de Contrato de Cambio y Anticipo de Contrato de Exportación.....	263
D) Decisión .....	265
E) Reflexiones.....	266
4. Tercer Laudo Arbitral: <i>Laudo Arbitral sobre "Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina" (Brasil v. Argentina)</i> .....	274
A) Reclamación del Brasil.....	275
B) Respuesta de la Argentina .....	278
C) Considerandos del Tribunal.....	283
a) Cuestión preliminar. Definición de la controversia.....	283
b) Contexto para la interpretación de la normativa MERCOSUR.....	285
b.1) Programa de liberación comercial para el período de transición .....	287
b.2) Régimen de Adecuación Final .....	287
b.3) Etapa actual de integración. La Unión Aduanera.	290
c) Argumento del vacío legal. Ausencia de una política común sobre textiles.....	291
d) Argumento del uso de medidas de salvaguardias en otros procesos de integración regional.....	292
D) Decisión .....	295
E) Reflexiones.....	295

---

<b>IX.- VALORACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. EN TORNO A UN TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL MER- COSUR.....</b>	<b>303</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.....</b>	<b>321</b>



## ABREVIATURAS

A.C.C.	Anticipos de Contratos de Cambio.
A.C.E.	Anticipos de Contratos de Exportación.
A.C.E. 18	Acuerdo de Complementación Económica Nº 18.
A.G.C.S.	Acuerdo General sobre Comercio de Servicios.
A.L.A.D.I.	Asociación Latinoamericana de Integración.
A.S.M.C.	Acuerdos sobre Subsidios y Medidas Compensatorias
A.T.V.	Acuerdo sobre Textiles y el Vestido.
CACEX	Cartera de Comercio Exterior,
C.M.C.	Consejo Mercado Común.
C.C.M.M.	Comisión Comercio del MERCOSUR.
C.I.D.I.P. II	Convención Interamericana sobre medidas cautelares.
C.I.D.I.P. 18	Convenciones Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado.
I.C.J.	Corte Internacional de Justicia.
COFINS	Contribución a la Financiación de la Seguridad Social.
CONAB	Compañía Nacional de Abastecimiento de Brasil.
D.E.C.E.X.	Departamento de Operaciones de Comercio Exterior.
F.C.E.S.	Foro Consultivo Económico.
G.A.T.T	Acuerdo General de Aranceles y Comercio.
G.M.C.	Grupo Mercado Común.
I.M.E.S.I.	Impuesto Específico Interno.
I.O.F	Impuesto sobre Operaciones Especiales.
L.A.C.	Licencias Automáticas Condicionadas.
L.N.A.	Licencias No Automáticas.
N.C.M.	Nomenclatura Común del Mercosur
O.M.C.	Organización Mundial del Comercio.
O.N.U	Organización de las Naciones Unidas.
O.S.T.	Organo de Supervisión de los Textiles.
P.A.S.E.P.	Programa de Actualización del Patrimonio del Servicio Público.

P.B.	Protocolo de Brasilia.
P.G.I.	Pedidos de Guías de Importación.
P.I.S	Programa de Integración Social.
P.L.E	Precios de Liberación de Stocks.
P.O.P.	Protocolo de Ouro Preto.
PROEX	Programa de Exportaciones.
R.A.	Restricciones Arancelarias.
R.N.A.	Restricciones No Arancelarias.
S.A.M.	Secretaría Administrativa del Mercosur.
S.E.C.E.X	Secretaría de Comercio Exterior.
SISCOMEX	Sistema Integrado de Comercio Exterior.
T.A.	Tratado de Asunción.
T.J.C.E.	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

## PRÓLOGO



## PRÓLOGO

Regionalización *versus* globalización. No parece que una tal visión, drástica y negativa, sea la correcta para abordar con talante constructivo los retos que se derivan de la evolución de una sociedad –civil e internacional– en que la interdependencia es un hecho –una "donnée réelle" que diría Gény– con el que para bien y para mal hay que contar en esta era de la exacerbación de los flujos sociales de todo tipo entre los individuos y las colectividades. Por eso estoy de acuerdo con el autor de la obra que hoy tengo el gusto de prologar en que los procesos regionales, abiertos a la cooperación sin renuncia de los intereses de sus partes, son capaces de proporcionar una respuesta conciliadora frente a la inevitable polarización social y económica que la globalización conlleva.

La presente obra, fruto de la rica experiencia investigadora de Antonio Martínez Puñal –incansable frecuentador de los foros institucionales latinoamericanos–, representa una conspicua contribución al estudio de uno de esos procesos regionales, el MERCOSUR. No en vano esta organización, pese a su juventud, sus desequilibrios internos y sus deficiencias estructurales, viene acaparando el interés de los estudiosos europeos de los procesos de integración. Un interés debido, a fin de cuentas, a las expectativas que genera el gran potencial endógeno de este pequeño grupo de cuatro países –con el giróvago revoloteo de Chile por añadidura– que resulta clave para la evolución de la neurálgica región del Cono Sur.

Razón tiene el autor de esta monografía al concebir el MERCOSUR como un proyecto *abierto*, caracterizado por una transitoriedad que no obstante está calculada para afluir hacia un estadio institucio-

nal definitivo en el que, a juicio del propio autor, habría que contar con un sólido mecanismo de solución de controversias que propicie la profundización en la idea integracionista que se persigue.

Centrando su atención en esta cuestión álgida de la solución de controversias, el autor no renuncia, con todo, a analizar con carácter previo la estructura institucional del MERCOSUR diseñada en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, lo que le permite apreciar, entre otras cosas, la delicada problemática suscitada por la recepción especial de que son objeto las normas adoptadas en el seno del sistema y por el diverso rango de éstas en los Estados partes, todo lo cual dificulta la caracterización del ordenamiento jurídico del MERCOSUR como un verdadero *Derecho comunitario*.

Respetuoso, en todo caso, con la idiosincrasia propia del proceso, el autor, a lo largo de un riguroso examen, va exponiendo sus puntos de vista sobre la compleja realidad de los resortes procesales e institucionales de solución de controversias contenidos en el Anexo III del Tratado de Asunción, en el Protocolo de Brasilia y en el Protocolo de Ouro Preto, los cuales vienen a constituir la parte sustancial de su obra.

Superada la precaria vigencia del Anexo III del Tratado de Asunción –calificable de "sistema provisional"–, el arreglo de diferencias en el MERCOSUR descansaría hoy en la regulación transitoria aportada por los dos Protocolos citados. Estos prevén la necesidad de pasar sucesivamente por tres fases preclusivas, una de carácter diplomático (en la que se privilegian las negociaciones directas entre las partes), otra de naturaleza institucional en el ámbito del Grupo Mercado Común o, en su caso, de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, y una tercera referente a la actuación de los Tribunales Arbitrales. Dichas fases, en principio, deberán ser seguidas tanto en el procedimiento reservado a los *Estados* partes –limitado a las controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del Tratado de Asunción o de los acuerdos concluidos en el marco del mismo así como de diversos actos adoptados por los órganos relevantes del conjunto institucional– co-

mo en el procedimiento reservado a las reclamaciones de los *particulares* 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 de los instrumentos antes señalados. Un tercer sistema, calificado por el Anexo III del Tratado de Asunción como "sistema permanente" de solución de controversias, se encuentra todavía pendiente de aprobación, pese a que debería haber sido adoptado antes del 31 de diciembre de 1994.

Una concienzuda evaluación de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR deja al autor bien situado para apreciar las debilidades, insuficiencias y lagunas que aquéllos presentan, traducidas, *inter alia*, en la ausencia de recursos dirigidos a velar por la legalidad de los actos emanados de las instituciones, en la falta de medios para una interpretación uniforme de las disposiciones del Derecho tanto originario como derivado, en el hecho de que la interpretación realizada por los Tribunales Arbitrales sea obligatoria sólo para los Estados partes, o, en fin, en la débil posición del particular, quien sólo podrá llegar a la vía arbitral a través de un Estado parte, con la consecuencia de que éste sea a la postre el verdadero legitimado activo real.

Por otro lado, y a fin de redondear la visión global de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR, el autor no deja de echar una ojeada crítica (VI y VII) a la solución de controversias en los diversos "protocolos operacionales" *ad hoc* (cooperación y asistencia judicial en diversos terrenos, protección de las inversiones, propiedad intelectual, etc.) y en los acuerdos de complementación económica con Chile y Bolivia.

Finalmente, y para apuntalar la vertiente práctica de la investigación que se trasluce en todo el desarrollo discursivo de la obra, el autor aborda el análisis (VIII) de la naciente práctica mercosureña surgida en materia de controversias, plasmada en la solución de una serie de asuntos en fases previas a la arbitral, pero sobre todo, dentro ya de la fase arbitral, en los tres laudos pronunciados hasta este momento, considerados no sin razón por el autor como una significativa

contribución a la interpretación uniforme del Derecho del MERCOSUR en aras de una aplicación armónica de sus reglas y principios (piénsese, sin ir más lejos, en la aportación del primero de dichos laudos en orden al reconocimiento del principio de *primacía* del Derecho del MERCOSUR, lo que conlleva la imposibilidad de que los Estados miembros apliquen normas contrarias al ordenamiento regional).

En suma, desde una visión realista de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR como la que se nos ofrece en esta excelente obra, el autor ha sido capaz de introducir los elementos necesarios para un debate productivo sobre cuáles deberían ser en el futuro las orientaciones que propiciarán avances (jurídicos y políticos) reales en el desarrollo del proceso de integración —sí, de integración, a pesar de todos los pesares— en curso. A este respecto, el autor no vacila en sostener, a la vista de la insuficiencia de los mecanismos de solución de controversias recogidos en los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, la conveniencia, es más, la necesidad de instaurar un nuevo sistema donde los diversos conflictos (de Estados contra Estados o contra órganos; de órganos contra órganos, Estados o particulares; de particulares contra órganos o incluso contra Estados) puedan tener acogida y hallar solución. Desde el punto de vista del autor —que yo comparto plenamente aunque no sin un cierto deje de escepticismo—, la creación de un eficaz sistema de recursos administrado por un Tribunal de Justicia es algo que viene exigido por la propia naturaleza de las cosas, so pena de seguir anclados en una visión "posibilista" del proceso que, resignada a convivir con la interesada acomodación política de los gobiernos a un *statu quo* en el que sus intereses no corren mayores riesgos, demoren *ad kalendas graecas* la consolidación de un conjunto institucional dotado de coherencia hacia dentro y, por ende, de capacidad negociadora —de ese "bargaining power" tan necesario en el actual contexto globalizador— hacia fuera.

Ahora bien, como el propio autor advierte, aun sin olvidar el valor añadido que el propio progreso institucional representa para el desarrollo del proceso de integración, la creación de una instancia judicial de carácter permanente no debería dejar de ir acompañada de

las pertinentes revisiones constitucionales en los Estados partes del sistema así como de aquellas reformas que posibiliten un esquema institucional de mayor densidad que el actual, al objeto de poder hablar con propiedad de un Derecho comunitario del MERCOSUR. La complejidad creciente que, sin duda, habrá de producirse en el proceso de consecución del Mercado Común que se busca –y hacia el que se orientan las expectativas de los operadores económicos– parece hacer insoslayable la revalorización del ordenamiento jurídico del Mercosur, en un marco de renovación institucional en el que un lugar importante le está reservado a la creación de ese sistema judicial de solución de controversias que permita generar una mayor coherencia, eficacia y uniformidad de las soluciones.

Esta nueva monografía del Profesor Martínez Puñal viene a abrir nuevas perspectivas en el estudio del MERCOSUR y, en general, de los procesos de integración emprendidos en el Continente americano. Se asienta en un conocimiento profundo y directo de los presupuestos sociopolíticos de esos procesos, y saca provecho de la ya extensa bibliografía doctrinal sobre el origen y la evolución del MERCOSUR así como de la ingente documentación oficial existente al respecto, consultada *in situ* por el autor en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR en Montevideo. Y vale la pena destacar que la propia obra se inscribe en el marco de un esfuerzo colectivo de investigación orientado hacia el estudio de diversos aspectos jurídico-internacionales ligados al desarrollo de los países latinoamericanos; esfuerzo colectivo liderado por el Catedrático compostelano Jorge Pueyo Losa, bajo cuya dirección y coordinación ya vieron la luz interesantes publicaciones en torno a aquellos distintos aspectos, incluido el propio fenómeno del MERCOSUR, sobre el que ahora viene a abundar, con una reflexión seria y certera, el autor de las páginas que siguen.

Manuel Pérez González,  
*Catedrático de Derecho Internacional Público*



## **I.- MERCOSUR Y NUEVOS MODELOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL LATINOAMERICANOS. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMO INSTRUMENTO DE DINAMIZACIÓN DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN.**

Ante todo queremos señalar que las razones que nos han movido a ocuparnos del tema recogido en el título hay que explicarlas en el contexto de los grandes cambios políticos y económicos que se vienen sucediendo en el escenario internacional en esta década de los noventa, conforme a una dinámica, dominada por un complejo fenómeno de globalización y regionalización, en la cual varios procesos de integración regional han cobrado fuerza en América Latina, siendo el del MERCOSUR el que concita una mayor atención, al manifestarse como uno de los esquemas que mejor expresan el nuevo modelo integracionista en torno al que busca alcanzar su pleno desarrollo el mundo latinoamericano<sup>1</sup>.

Ciertamente, el MERCOSUR ofrece al analista un campo extraordinariamente atractivo para el estudio de las claves jurídico-institucionales y económicas en torno a las que se dinamizan los objetivos de integración en el Cono Sur, y, por tanto, para el examen en particular de los mecanismos de solución de controversias que progresivamente contribuirán a ir fortaleciendo los propios fines integracionistas.

---

<sup>1</sup> PUEYO LOSA, J. y REY CARO, E.J.: "Prólogo" a **MERCOSUR: Nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración**. Coords. PUEYO LOSA Y REY CARO, Buenos Aires, 2000. p. 7.

De acuerdo con una perspectiva como ésta, creemos que uno de los elementos principales que le dan solidez a un *proceso de integración regional o subregional* -concebido desde los esquemas propios del fenómeno de la organización internacional- consiste en la incorporación de un *mecanismo de solución de controversias* que forme parte directamente del Acuerdo.

Es imprescindible aportar *seguridad jurídica* desde el inicio al proceso integrador, no sólo para el ámbito público de los *Estados Partes* sino también para el ámbito privado, extensiva, por lo tanto, a las *personas físicas y jurídicas*. Esto es, sobre todo, muy importante en acuerdos que eventualmente contemplen en algún momento de su vigencia algún tipo de *transferencia* de competencias de los Estados Partes a instituciones permanentes creadas especialmente, implicando ello derogaciones parciales del principio de soberanía absoluta de los Estados, dotando a esas instituciones de poder de decisión, de fuerza política, debiendo de encauzar su actividad por medio de estrictas normas de derecho; aunque, aceptar la idea de *profundización* en las restricciones al principio de soberanía absoluta exigirá un cambio cultural, especialmente de cultura política de los dirigentes, el cual necesitará de un largo período para su concreción.

Y es en el contexto del proceso de integración subregional que representa el MERCOSUR en el que queremos centrar nuestras reflexiones anteriores para valorar los *mecanismos de solución de controversias* de que se ha dotado, y debe dotarse, este fenómeno de integración, en tanto constituye una dimensión del proceso, a nuestro juicio, indispensable para avanzar y profundizar en los objetivos integracionistas que se persiguen.

El MERCOSUR se concibe como un *proyecto abierto* que deberá evolucionar progresivamente y en distintas fases, y por tanto, como un esquema dotado de un *sistema institucional* transcendido por un *carácter evolutivo*, capaz de ir adaptándose al propio ritmo del proyecto integrador; dinámica desde la que, por tanto y ya ante todo, hay que explicar, en particular, la naturaleza del *mecanismo de solución de controversias* del que se sirve el MERCOSUR; es decir una dinámica do-

minada por la *transitoriedad*, y pensada para, con el tiempo, desembocar en un sistema *definitivo y permanente*.

Unas características que, sin duda, expresan, en términos más generales, la naturaleza del nuevo *modelo* de integración regional y/o subregional en torno al cual, desde finales de los años ochenta, buscan alcanzar su pleno desarrollo los países latinoamericanos. Un modelo que encarna perfectamente, a nuestro modo de ver, el MERCOSUR en tanto que proyecto dominado por las claves de "*apertura al exterior*" y de "*flexibilidad*" en la arquitectura institucional desde la que se construye; y ello frente a los esquemas de integración latinoamericanos de las décadas de los setenta y ochenta, caracterizados no sólo por su carácter fuertemente proteccionista, sino también por su desconexión de la realidad política, social y económica, y por tanto por su falta de operatividad y eficacia. No se puede olvidar que entre los factores que determinaron, en el pasado, la crisis de los fenómenos de integración regional y subregional latinoamericanos trasciende, precisamente, el hecho de haberse articulado muchas veces en torno a estructuras orgánicas excesivamente complejas y burocratizadas, y conforme a un sistema institucional dominado por una pretensión de supranacionalidad, que resultaría absolutamente distante y desconectado de las auténticas voluntades políticas de los Estados miembros, y de las propias realidades socioeconómicas de los socios integrantes de los respectivos pactos, lo que impidió avanzar en la consecución de los objetivos propuestos, sobre la base de un permanente incumplimiento del Derecho creado, y dando lugar todo ello a una falta de credibilidad en el sistema.

Frente a los planteamientos clásicos, y desde, como acabamos de decir, una actitud más pragmática, flexible y abierta -expresiva de los nuevos modelos integracionistas- se concibe el MERCOSUR y, en particular, el régimen capaz de procurar la solución de las controversias surgidas en el ámbito de este fenómeno de integración.

El MERCOSUR es, sin duda, fruto de muy diversas experiencias vividas, desde tiempo atrás, en el campo del intercambio comercial entre los países latinoamericanos<sup>2</sup>. Pero, el *Tratado de Asunción*, de 26 de marzo de 1991<sup>3</sup> (T.A. en lo sucesivo) -en vigor desde el 29 de noviembre de 1991-, en el que se recoge la decisión de Argentina, Brasil,

---

<sup>2</sup> Respecto a sus antecedentes podríamos recordar: los diferentes intentos para el establecimiento de una Unión Aduanera entre Argentina y Brasil, que se remontan a más de cuarenta años; la creación de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), por la Organización de las Naciones Unidas, 1948; la negociación del Tratado Bilateral Brasil-Paraguay, constituyendo la Itaipú Binacional, 1975-1979; la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, establecida por el Tratado de Montevideo en 1960 y la Asociación Latinoamérica de Integración, que la sustituyó en 1980; el Programa de Integración y Cooperación Económica entre el Brasil y la Argentina, de 1985; y el Programa de Cooperación e Integración Económica del proceso de integración subregional argentino-brasileño, 1988.

Un buen conjunto de datos socioeconómicos sobre el MERCOSUR y sus países componentes, puede hallarse en **A História do Mercosul**, Centro de Integração do Mercosul, Univesidade Federal de Pelotas, 1999.

<sup>3</sup> La versión castellana del T.A., con el Anexo III (Solución de Controversias), puede consultarse en: DROMI, R.: *Código del Mercosur*, Vol. I, cit., pp. 261-279. BLOCH, R.D. e IGLESIAS, D.O.: *Solución de controversias en el MERCOSUR*, Buenos Aires, 1995, pp. 149-168; GARRE COPELLO, B.: *El Tratado de Asunción y el Mercado Común del Sur –Los megabloques económicos y América Austral-*, Montevideo, 1991, pp. 279-301.

La versión portuguesa del T.A., sin el Anexo III, puede consultarse en PIRES, A., FONSECA, A. y CROSHERE, I.: *Soluções de controvérsias no Mercosul*, São Paulo, 1998, pp. 109-116. Con el Anexo III, en: FERREIRA, A. L.: **MERCOSUL. Comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília**, Porto Alegre, 1994, pp. 61-84; ALMEIDA P. R. de: **Mercosul: Fundamentos e Perspectivas**, São Paulo, pp. 95-116.

Paraguay y Uruguay entregaron sus instrumentos de ratificación el 6 de agosto de 1991. Argentina y Brasil lo hicieron el 30 de octubre del mismo año. El Tratado fue aprobado en la República Argentina por la Ley Nº. 23.981, de 15 de agosto de 1991 (*Boletín Oficial* del 12 de septiembre de 1991); en Brasil mediante el Decreto Legislativo Nº. 197, de 25 de septiembre de 1991 (*Diário Oficial da União* del 26-IX-1991) y promulgado por el Decreto Nº. 350, de 21 de noviembre de 1991, *Diário Oficial da União* de 22-XI-199; Paraguay con la Ley Nº. 9/91, de 30 de mayo de 1991; en Uruguay mediante la Ley Nº. 16.196 de 22 de julio de 1991.

Paraguay y Uruguay de articularse económicamente, con el objetivo de establecer un *Mercado Común*, representa un paso decisivo para la *integración* del continente latinoamericano, radicando su importancia en la formalización de la *integración socioeconómica* entre los cuatro Estados, mediante la definición de los objetivos del MERCOSUR, precisando los pasos a dar para la consecución del Mercado Común, y de su estructura y funcionamiento.

Conforme a su plan de acción, el MERCOSUR ha superado casi totalmente la fase de la *Zona de Libre Comercio*, representando en estos momentos una *Unión Aduanera* casi completa, la cual dispone de un período para su consolidación que va hasta el año 2006<sup>4</sup>. La prioridad de esta etapa pasa por la puesta en pie de los instrumentos de política comercial común<sup>5</sup>.

Ahora bien, siendo el objetivo principal del MERCOSUR, el *Mercado Común* -aún no alcanzado-, se hace necesario para llegar a este estadio, mediante el ejercicio de las libertades de circulación de servicios y factores productivos (capital y trabajo) -con la eliminación de toda forma de discriminación-, la plena consolidación de la Zona de Libre Comercio y de la Unión Aduanera. Se trata, sin duda, de una tarea de gran magnitud que exige un empeño muy grande de los países implicados. Por tal motivo, los países miembros del Tratado de Asunción previeron una *etapa provisional* y otra *definitiva*. Y aunque la primera -que teóricamente abarcaría desde la creación del MERCOSUR, en 1991, hasta el año 1994- se ha extendido más allá de esta fecha, habida cuenta de que el período de tiempo era muy limitado y el cronograma de objetivos muy ambicioso, ya en el "Programa de Acción

---

<sup>4</sup> Sobre la Unión Aduanera, vide RAMOS ROCHA, M<sup>º</sup>. da C.: *MERCOSUL. Alcances da União Aduaneira no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1999.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ PUÑAL, A.: "El Mercado Común del Sur: Antecedentes y alcance del Tratado de Asunción", *Mercosur: Nuevos ámbitos...*, cit., pp. 15-81; ALMEIDA: "Brasil y el futuro del MERCOSUR: dilemas y opciones", *Integración y Comercio*, Vol. II, n<sup>º</sup>. 6, septiembre de 1998, pp. 65-82.

del MERCOSUR hasta el año 2000<sup>6</sup>, aprobado en Punta del Este, en diciembre de 1995, en la IX Reunión del Consejo Mercado Común, se reconoce que el objetivo estratégico y central del MERCOSUR para los próximos años se centrará en la profundización de la integración a través no sólo de la consolidación y perfeccionamiento de la Unión Aduanera sino también en "la marcha hacia el Mercado Común" y en el "relacionamiento externo del MERCOSUR"<sup>6</sup>.

A la vista de estos objetivos, hay, en todo caso, que señalar que el MERCOSUR, como forma de cooperación/integración subregional, no tiene por finalidad la creación de hegemonías o zonas de influencia. Al contrario, éste no es exclusivista, estando abierto a la adhesión de otros Estados latinoamericanos, no resultando incompatible con la cooperación del continente entendida como un todo.

La intención del MERCOSUR es la de proporcionar una economía de costos, una racionalización de la producción, una libre competencia y un mejor aprovechamiento de los recursos, impulsando el crecimiento de dentro para fuera, que deberá de expresarse en la mayor libertad de opciones, una menor dependencia externa y unos precios competitivos, todo lo cual, a la postre, habrá de plasmarse en mejores oportunidades para el comercio internacional.

Pero sobre todo, quisiéramos destacar, tal como ya hemos avanzado, que el MERCOSUR ha funcionado como una estructura simple; siendo precisamente ésta, la "*simplicidad*", una de sus principales características. Su funcionamiento hasta hoy se ha producido sobre la base del *consenso*, y ello es reflejo en buena medida de los factores de *identificación* existentes entre sus Estados Partes, a pesar de que las *desigualdades* presentes no son pocas, y de que se exige una mayor aproximación socio-cultural y lingüística entre los pueblos.

---

<sup>6</sup> Ver CMC/DEC. Nº. 9/95 en la que se contiene el "Programa de Acción del MERCOSUR hasta el Año 2000", DROMI: Código..., Vol. 3, cit., pp. 2552-2565.

Sobre las relaciones externas del MERCOSUR, entre otros: RECTOR TOLEDO SILVA, M.: *Mercosul e Personalidade Jurídica Internacional: As Relações Externas do Bloco Sub-Regional Pós Ouro Preto*, Rio de Janeiro, 1999.

Y si bien es cierto que el MERCOSUR se encuentra razonablemente *consolidado*, se trata de un fenómeno que debe preservar sus esfuerzos mediante una *profundización sustantiva* de las relaciones entre sus integrantes (en campos distintos como la salud, cultura, medio ambiente, cooperación transfronteriza, educación, ciencia, tecnología, justicia y tantos otros)<sup>7</sup>, a la que debe correr pareja no sólo un gradual, pero realista, *perfeccionamiento* de su *estructura institucional*, sino también una *revalorización* de su *Derecho propio*<sup>8</sup>. Siendo precisamente

---

<sup>7</sup> Sobre estos ámbitos *vide*, entre otros, DRNAS DE CLEMENT, Z.: "Mercosur y medio ambiente", en PUEYO LOSA y REY CARO (Coords.): *Mercosur: nuevos ámbitos...*, cit., pp. 317-365. PONTE IGLESIAS, M<sup>a</sup>. T.: "MERCOSUR: Una nueva dimensión para la cooperación transfronteriza", en *Ibid.*, pp. 267-316; STAHRINGER DE CARAMUTI, O.: "La integración multidimensional del MERCOSUR: Aspectos educativos y culturales", en LATTUCA, A. y CIURO CALDANI, M. A. (Coords.): *Economía Globalizada y MERCOSUR*, Buenos Aires, 1998, pp. 263-280.

<sup>8</sup> Sobre las características, naturaleza y evolución del MERCOSUR, ver, de entre una amplia bibliografía, BAUMANN, R. y LERDA, J.C.: "A integração econômica entre Brasil, Argentina e Uruguai: que tipo de integração se pretende?", *Brasil-Argentina-Uruguai. A integração a debate*, Organização. BAUMANN, R., LERDA, J. C. et al., Brasília, 1987, pp. 12-25; PIRES, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., pp. 21-24; MIYAMOTO, S.: "Integração Brasil-Argentina: Aspectos político-estratégicos", *Temas de Integração Latino-Americana*, Coord. V.M.P. SEITENFUS e L.A. DE BONI, Porto Alegre, 1990, pp. 104-131; FERREIRA: *MERCOSUL. Comentários...*, cit., pp. 13-15; SAAVEDRA RIVANO, N.: "A integração econômica brasileiro-argentina no contexto da cooperação econômica Sul-Sul", *BRASIL...*, cit., pp. 69-77; FADLALA, E. y MASI, F.: *Paraguay en el Mercosur. Empresarios ante la integración*, Asunción, 1992; BARBOSA, R.A.: *América Latina en perspectiva: a integração regional da retórica à realidade*, São Paulo, 1991, pp. 115-119; FERNÁNDEZ, W.: *MERCOSUR. Economía, Política y Estrategia en la Integración*, Montevideo, 1992; ABINZANO, R.C.: *MERCOSUR. Un modelo de integración*, Universidad Nacional de Misiones, 1993, pp. 73-82; SARMIENTO GARCÍA, J.H. y FARRANDO, I.: *Procesos de integración y Mercosur*, Buenos Aires, 1994, pp. 109-114.; ABREU E LIMA FLORÊNCIO, S. e FRAGA ARAÚJO, E. H.: *MERCOSUL Hoje*, São Paulo, 1995, pp. 25-40; ARNAUD, V.G.: *MERCOSUR. Unión Europea, NAFTA y los procesos de integración regional*, Buenos Aires, 1998, pp. 97-112; VALLS PEREIRA, L.: "Tratado de Assunção: resultados e perspectivas", *MERCOSUL. Perspectivas da integração*, Orgs. A. SALAZAR, P., BRANDAO e L. VALLS PEREIRA, Rio de Janeiro, 1997, pp. 11-16; CLEMENTE, I.B.: "Mercosur:

estos los parámetros desde los que buscamos acercarnos y valorar el *sistema de solución de controversias* del MERCOSUR; convencidos de que, aun desde los principios de *gradualidad, flexibilidad y equilibrio* en torno a los que ha actuado, y debe seguir actuando el MERCOSUR<sup>9</sup>, se exige contar con un *sistema* cada vez más *eficaz y permanente de solución de las controversias*.

Pues, sin duda, es fundamental que el proceso de integración del MERCOSUR disfrute de credibilidad interna y externa, siendo para ello esencial una adecuada protección jurídica para las acciones que se lleven a cabo con base en la apertura de los respectivos mercados nacionales. Los operadores económicos para poder planificar sus estrategias empresariales, lo cual supone confianza en el proceso, deben estar convencidos de la perdurabilidad de sus derechos, que no son meros privilegios sometidos a los arbitrios cambiantes de los respectivos gobiernos de turno, por lo que resulta "necesario que todo lo concerniente al proceso de integración y a la apertura consecuente se convierta cada vez más en un tema de política de Estado, respetado por los diversos gobiernos que se sucedan en el poder, cualquiera fuere su color partidario"<sup>10</sup>; lo que nos lleva a subrayar que, más allá de sus méritos técnicos, los mecanismos de solución de controversias resultan de gran importancia para la generación de una confianza en los agentes económicos en el momento de decidir la ubicación de sus inversiones, y, en definitiva, y en términos más generales, para la propia supervivencia del esquema de integración.

---

presente y perspectivas", *Texto y contexto*, N<sup>o</sup>. 24, Bogotá, Mayo-Agosto de 1994, pp. 73-79; FIGUEIRAS, M.S.: "Introdução", *Mercosur y medio ambiente*, L. DEVIA Coord., Buenos Aires, 1998, pp. 13-17; LAVAGNA, R.: *Argentina, Brasil, Mercosur. Una decisión estratégica*, Madrid, 1998; ALMEIDA: *Mercosul, NAFTA e ALCA*, São Paulo, 1999; Id.: *Le Mercosud. Un Marché Commún pour l'Amérique du Sud*, París, 2000.

<sup>9</sup> "Programa de Acción del MERCOSUR hasta el año 2000", en DROMI: *Código...*, Vol. 3, cit., p. 2560.

<sup>10</sup> BLOCH e IGLESIAS: *Solución...*, cit., pp. 17-18.

## II.- LA DINÁMICA INTERGUBERNAMENTAL DEL SISTEMA INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR. SU CARÁCTER EVOLUTIVO.

El MERCOSUR se concibe como una realidad duradera y por ello, desde su perspectiva institucional se dota, desde luego, de unos órganos propios, encargados de velar por la conservación y continuidad del proceso integracionista.

Así, tal como se dispone en el Tratado de Asunción, la administración y ejecución del mismo estará a cargo de dos órganos principales: el *Consejo del Mercado Común* y el *Grupo Mercado Común*; a los que se suma, con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común, la previsión de creación de una *Comisión Parlamentaria Conjunta*<sup>11</sup>.

Responde, de esta forma, este esquema orgánico a esa *estructura sencilla*, y alejada de los *mimetismos* de corte europeo en que se habían empeñado algunos proyectos integracionistas como el Pacto Andino/Comunidad Andina, en la que se buscarían inspirar, como hemos dicho, los nuevos modelos de integración en Latinoamérica.

Ahora bien, aun desde una concepción como ésta, una de las *singularidades* del MERCOSUR radica precisamente en el carácter *evolutivo* y *flexible* desde el que se concibe su estructura orgánica.

En el proceso de integración del MERCOSUR, se marca, como ya hemos visto, un período de transición, comprendido entre la entra-

---

<sup>11</sup> Arts. 9 y 24, respectivamente, del T.A.

da en vigor del Tratado de Asunción, y el 31 de diciembre de 1994 (fecha prevista por este Tratado para el establecimiento del Mercado Común), durante la cual los Estados Partes habrían de convocar una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones<sup>12</sup>; lo que explica su capacidad de *adaptación progresiva* al ritmo de la propia evolución del proceso integrador.

Así, y de acuerdo, por tanto, con las con las propias previsiones contenidas en Tratado de Asunción, se aprobó, el 17 de diciembre de 1994, el *Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre Estructura Institucional del Mercosur* (Protocolo de Ouro Preto)<sup>13</sup> (en lo sucesivo

---

<sup>12</sup> Art. 18 del T.A.

<sup>13</sup> El P.O.P. fue aprobado en Argentina mediante la Ley Nº. 24.560 del 20-IX-1995, *Boletín Oficial* 13-X-1995; aprobado en Brasil por el Decreto Legislativo Nº. 188 de 15-XII-1995, *Diário Oficial da União* del 18-XII-1995, y promulgado por el Decreto Nº. 1901, de 9-V-1996, *Diário Oficial da União* de 10-V-1996; aprobado por Paraguay mediante la Ley Nº. 596/95 del 15-VI-1995; y por Uruguay, Ley Nº. 16.712 del 1-IX-1995, publicada en el *Diario Oficial* del 15-IX-1995. Su entrada en vigor se produjo el 15-XII-1995, una vez transcurridos treinta días después del depósito del tercer instrumento de ratificación en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay.

El P.O.P., según se preceptúa en su art. 28, es "parte integrante del Tratado de Asunción". Es de destacar que en el art. 34 del P.O.P. se afirma que: "El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional". Antes de esta afirmación expresa hecha por el P.O.P. se habían producido algunas reflexiones al respecto por algunos autores uruguayos, en general propensos a afirmar dicha personalidad jurídica internacional.

La versión castellana del Protocolo de Ouro Preto puede ser consultada, entre otros en. DROMI: *Código...cit.*, Vol. 1, Buenos Aires, 1996, pp. 373-384; Cámara de Comercio Argentino-Brasileña, *MERCOSUR. Resoluciones y Decisiones 1991-1995*, Buenos Aires, 1996, pp. 47-53; BLOCH, R.D. e IGLESIAS, D.O.: *Solución de controversias en el MERCOSUR*, Buenos Aires, 1995, pp. 169-182; REY CARO, E.: *La Solución de Controversias en los procesos de integración en América. El Mercosur*, Córdoba, 1998, pp. 97-110. La versión portuguesa del Protocolo puede ser

P.O.P.), al objeto de "adaptar la estructura institucional del MERCOSUR a las transformaciones ocurridas".

El P.O.P. en su art. 1 recoge la estructura institucional del MERCOSUR, al disponerse que contará con los siguientes órganos:

- El Consejo del Mercado Común (C.M.C.);
- El Grupo Mercado Común (G.M.C.);
- La Comisión de Comercio del Mercosur (C.C.M.);
- La Comisión Parlamentaria Conjunta (C.P.C.);
- El Foro Consultivo Económico-Social (F.C.E.S.);
- La Secretaría Administrativa del Mercosur (S.A.M.)<sup>14</sup>.

En el P.O.P. se procedió a la *delimitación de competencias y atribuciones* para que los órganos pudieran actuar de forma eficaz, configurando la más amplia capacidad de ejecución con vistas a la realización de la propuesta integracionista.

El *Consejo del Mercado Común*, el *Grupo Mercado Común* y la *Comisión de Comercio del Mercosur* se nos presentan como los órganos con capacidad decisoria; aunque hay que señalar que el ejercicio de tal capacidad se encuentra, a la hora de la práctica, con ciertas lagunas en su delimitación.

El *Consejo* es el *órgano superior* del MERCOSUR, correspondiéndole su conducción política y "la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la consecución definitiva del Mercado Común", estando integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Ministros de Economía de los Estados Partes. Es, por tanto, el *órgano deliberador* del MERCOSUR que habrá de reunirse cuantas veces fuese necesario, debiendo hacerlo,

---

consultada en PIREs, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., pp. 126-141; ALMEIDA: *Mercosul: fundamentos...*, cit., pp. 116-132.

<sup>14</sup> Se dispone además que "Podrán ser creados en los términos del presente Protocolo, los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración".

como mínimo, una vez por año, con la participación de los Presidentes de los Estados Partes<sup>15</sup>.

El P.O.P. mantiene prácticamente lo acordado en el Tratado de Asunción referente al Consejo del Mercado Común<sup>16</sup>, fijando en su art. 8 las funciones y atribuciones de este órgano, entre las que podríamos destacar las de: velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su ámbito; formular políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común; ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur; negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. Dichas funciones podrán ser delegadas por mandato expreso al Grupo Mercado Común en las condiciones establecidas en el inciso VII del art. 14; y pronunciarse sobre las propuestas que le sean elevadas por el Grupo Mercado Común<sup>17</sup>.

El *Grupo Mercado Común*, por su parte, es el *órgano ejecutivo* coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores. Está compuesto por cuatro miembros titulares y cuatro alternos por cada país, representando los siguientes órganos públicos: Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Economía y sus equivalentes (áreas de industria, comercio exterior y/o coordinación económica y Banco Cen-

---

<sup>15</sup> Arts. 10, 11, aptdos 1 y 2 del T.A. Su presidencia será ejercida por los Estados Partes, con rotación por orden alfabético, cada seis meses, siendo coordinadas sus reuniones por los Ministerios de Relaciones Exteriores, pudiendo participar en ellas otros Ministros o autoridades del mismo nivel.

<sup>16</sup> La única modificación hecha fue con respecto a la periodicidad de las reuniones con participación de los Presidentes de los Estados Partes, la cual pasa de un año a cada seis meses (art. 6º del P.O.P.).

<sup>17</sup> A las que podríamos añadir, las de: crear reuniones de ministros y pronunciarse sobre los acuerdos que le sean remitidos por las mismas; crear los órganos que estimen pertinentes, así como modificarlos o suprimirlos; aclarar, cuando lo estime necesario, el contenido y alcance de sus Decisiones; designar al Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur; adoptar Decisiones en materia financiera y presupuestaria; y homologar el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común.

tral). Vienen a resultar mandatarios de las administraciones sustituibles *ad nutum*<sup>18</sup>. Las atribuciones y responsabilidades del Grupo Mercado Común, según el art. 14 del P.O.P., son, entre otras, las siguientes: velar, dentro de los límites de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; proponer proyectos de decisión al Consejo del Mercado Común; tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas por el Consejo del Mercado Común; fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común; crear, modificar o suprimir órganos tales como subgrupos de trabajo<sup>19</sup> y reuniones especializadas, para el cumplimiento de sus objetivos; manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del MERCOSUR en el ámbito de sus competencias; negociar, con la participación de representantes de todos los Estados Partes, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común y dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad, acuerdos en nombre del Mercosur con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. El Grupo Mercado Común, cuando disponga de mandato para tal fin, procederá a la firma de los mencionados acuerdos. El Grupo Mercado Común, cuando sea autorizado por el Consejo del Mercado Común, podrá delegar los referidos poderes a la Comisión de Comercio del Mercosur; y aprobar el presupuesto y la rendi-

---

<sup>18</sup> La sede del Grupo Mercado Común está en Montevideo, teniendo una Secretaría cuyas funciones, entre otras, serán las de guardar los documentos y comunicar las actividades del Grupo.

<sup>19</sup> El Grupo Mercado Común creó 11 subgrupos para la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales, con el fin de armonizar los diversos intereses jurídicos y económicos. Los subgrupos serían los siguientes: 1) Asuntos Comerciales; 2) Asuntos Aduaneros; 3) Normas Técnicas; 4) Políticas Fiscal y Monetaria relacionadas con el Comercio; 5) Transporte Terrestre; 6) Transporte Marítimo; 7) Política Industrial y Tecnológica; 8) Política Agrícola; 9) Política Energética; 10) Coordinación de Políticas Macroeconómicas; 11) Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social. Sobre las incumbencias de cada uno de los subgrupos, FERREIRA: *MERCOSUL. Comentaristas...*, cit., pp. 21-38.

ción de cuentas anual presentada por la Secretaría Administrativa del Mercosur<sup>20</sup>.

La *Comisión de Comercio* del Mercosur fue creada para asistir al Mercado Común<sup>21</sup>, estando integrada por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado Parte y coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores; debiendo pronunciarse mediante Directivas o Propuestas, siendo las primeras obligatorias para los Estados Partes<sup>22</sup>.

El P.O.P. dispone asimismo que a la Comisión de Comercio del Mercosur, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, le compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-MERCOSUR y con terceros países<sup>23</sup>; siendo sus funciones desarrolladas en el art. 19 del P.O.P.<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Además, entre sus funciones, sobresalen las de: adoptar resoluciones en materia financiera y presupuestaria, basado en las orientaciones emanadas del Consejo; someter al Consejo del Mercado Común su Reglamento interno; organizar las reuniones del Consejo del Mercado Común y preparar los informes y estudios que éste le solicite; elegir al Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur; supervisar las actividades de la Secretaría Administrativa del Mercosur; homologar los Reglamentos internos de la Comisión de Comercio y del Foro Consultivo Económico-Social.

<sup>21</sup> La Comisión de Comercio había sido creada por la Decisión Nº. 9 del C.M.C. en 1994. Algunos autores entendieron que violaba el art. 18 de P.O.P. que estableciera la necesidad de un nuevo tratado para promover modificaciones en la estructura institucional. FRANCESCHINI DA ROSA, L.F.: *Mercosul e função judicial. Realidade e superação*, São Paulo, 1997, p. 86.

<sup>22</sup> Arts. 17 y 20, respectivamente, del P.O.P.

<sup>23</sup> Art. 16 del P.O.P.

<sup>24</sup> Son funciones de la Comisión de Comercio del Mercosur: velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial intra-MERCOSUR y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio; considerar y pronunciarse sobre las solicitudes presentadas por los Estados Partes con respecto a la aplicación y

Como órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes del MERCOSUR fue creada la *Comisión Parlamentaria Conjunta* (C.P.C.). Su composición es hecha sobre la base de un número igual de parlamentarios representantes de los Estados Partes, que son

---

el cumplimiento del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común; efectuar el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de política comercial común en los Estados Partes; analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común; tomar las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes; informar al Grupo Mercado Común sobre la evolución y la aplicación de los instrumentos de política comercial, sobre la tramitación de las solicitudes recibidas y sobre las decisiones adoptadas respecto de las mismas; proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del MERCOSUR; proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de **ítem** específicos del arancel externo común, inclusive para contemplar casos referentes a nuevas actividades producidas en el ámbito del MERCOSUR; establecer los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones, así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos; desempeñar las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común; adoptar el Reglamento Interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación (art. 19 P.O.P.).

Según el art. 6, aptdo. d) de su Reglamento Interno, la Comisión podrán "crear Comités Técnicos para el mejor cumplimiento de sus funciones, estableciendo las condiciones en que éstos operarán. Los Comités Técnicos se crearán por Directivas, de acuerdo con las necesidades de la Comisión. Tales Comités Técnicos no tendrán facultades de decisión y deberán reportar sus actividades y recomendaciones a la Comisión, por medio de la Presidencia *Pro Tempore*".

A su vez, en el art. 15 del Reglamento Interno se dispone que "sin perjuicio de los mandatos específicos que les fueren otorgados por la Comisión", serán funciones de los Comités: "a) desarrollar actividades de asesoramiento técnico; b) recabar datos para elaborar informes relativos a la administración y aplicación de los instrumentos y políticas comunes; c) elaborar dictámenes técnicos -no vinculantes-, a solicitud de la Comisión".

En cuanto a sus componentes, los Comités, según el art. 16, "estarán integrados por los miembros designados por cada uno de los Estados Partes, debiendo cada Sección Nacional comunicar a la Presidencia *Pro tempore* "la lista de funcionarios que integrarán los respectivos Comités Técnicos", los cuales "podrán solicitar el asesoramiento de especialistas y consultar a representantes del sector privado".

designados por los respectivos Parlamentos de cada Estado. Son sus funciones primordiales: "acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2º de este Protocolo. De la misma manera, coadyuvará en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración. Cuando fuese necesario, el Consejo solicitará a la Comisión Parlamentaria Conjunta el examen de temas prioritarios"<sup>25</sup>.

La Comisión Parlamentaria Conjunta, que se manifiesta, hasta ahora, mediante "Recomendaciones al Consejo del Mercado Común, por intermedio del Grupo Mercado Común", y se reúne regularmente, desde su constitución en diciembre de 1991, con representaciones de los legislativos nacionales, se nos presentaría como *embrión* del futuro *Parlamento del Mercosur*<sup>26</sup>.

Por medio de recomendaciones se manifiesta también el *Foro Consultivo Económico-Social*. Este órgano tiene función consultiva, estando formado por un número igual de miembros designados por los Estados, en representación de los sectores económicos y sociales de cada uno de ellos.

La *Secretaría Administrativa* del MERCOSUR fue elevada a la categoría de órgano autónomo de apoyo operativo, dejando de ser una mera parte del Grupo Mercado Común. Ella es responsable de la prestación de los servicios a los demás órganos del MERCOSUR. Su gestión está a cargo de un Director, con un mandato de dos años, que

---

<sup>25</sup> El art. 3, aptdo. g. del Reglamento Interno de la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR, de 3 de agosto de 1995, reprodujo el art. 25 del P.O.P., por lo que respecta a su función de proceder a la incorporación de las normas dictadas por los órganos del MERCOSUR en los ámbitos internos de sus Estados respectivos.

<sup>26</sup> DRUMMOND, M. C.: "O Mercosul político: a Comissão Parlamentar Conjunta", *Boletim de Integração Latino-Americana. Especial: Dois Anos do Tratado de Assunção*, Março 1993, pp. 22-27.

no puede ser objeto de reelección. Su sede permanente continúa estando en Montevideo<sup>27</sup>.

Estamos ante un conjunto orgánico en relación al cual hay que recordar y destacar, además, el procedimiento a través del cual se adoptan sus decisiones. El art. 37 del P.O.P. nos dice expresamente que las decisiones de los órganos del MERCOSUR "serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes". Aparece ratificada la unanimidad que, con relación al Consejo y al Grupo, constaba ya en el art. 16 del T.A., en relación con el cual VACCHINO destacó que "a diferencia de la unanimidad, el consenso admite la posibilidad de la abstención de algún país miembro"<sup>28</sup>. En efecto, los órganos del MERCOSUR representan la voluntad soberana de los cuatro Estados, razón por la que su participación en los órganos se da de forma paritaria, siendo tomadas las decisiones por *consenso*, lo cual aleja cualquier resquicio de supranacionalidad, dado que en la práctica se acabó por reconocer un poder efectivo de veto a todos los Estados miembros. Observamos, pues, que los Estados Partes del MERCOSUR disfrutaban de un derecho de veto, implicando ello una reserva de soberanía.

A la vista de las notas fundamentales que caracterizan a cada uno de los órganos del MERCOSUR, y al propio sistema de adopción de decisiones<sup>29</sup>, se observa que los cambios operados por el P.O.P. han

---

<sup>27</sup> No se descarta la hipótesis de la creación en Montevideo de una especie de COREPER. Ese eventual órgano informal tendría más una función de asesorar la tramitación de materias administrativas en la Secretaría Administrativa y de facilitar el contacto diario entre los cuatro países (ALMEIDA: "O Brasil...", cit., pp. 19-20).

<sup>28</sup> VACCHINO, J.M.: "La dimensión institucional en la integración latinoamericana", *Integración Latinoamericana*, N<sup>o</sup>. 185, 1992, p. 114.

<sup>29</sup> Sobre la estructura orgánica del Mercosur: ALMEIDA: "Dois anos de processo negociador no MERCOSUL: caminhos e instrumentos de integração", *Boletim de Integração Latino-Americana, Especial: Dois Anos do Tratado de Assunção*, Brasília, Março 1993, pp. 10-12; OLAVO BAPTISTA, L.: "As intuições do MERCOSUL. Comparações e perspectivas", *O MERCOSUL em movimento...*, cit., pp. 54-74; ACCIOLY PINTO DE ALMEIDA, E.: *Mercosul e União Européia. Estrutu-*

sido muy tenues y escasos, al conservar, básicamente, la naturaleza "intergubernamental" del proceso -el propio art. 2 reconoce que los órganos con capacidad decisoria son de "naturaleza intergubernamental"<sup>30</sup>.

Habría que salvar la inconsistencia que puede apreciarse en el T.A. entre su objetivo de establecimiento de un mercado común y los mecanismos contemplados para lograrlo, de la cual una buena mues-

ra **Jurídico-Institucional**, Curitiba, 1996, pp. 43-89; **Id.: Mercosur y Unión Europea. Estructura jurídico-institucional**, Curitiba, 1998, pp. 97-124; RUIZ DIAZ LABRANO, R.: "Naturaleza jurídica del Mercosur", **Mercosur. Balance y perspectivas**, Montevideo, 1996, pp. 22-31; RIMOLDI DE LADMANN, E.L.: "La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto", **Mercosur. Balance...**, cit., pp. 55-70; GRANDINO RODAS, J.: "Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul", **Direito Comunitário do Mercosul**, D. VENTURA (org.), Porto Alegre, 1997, pp. 65-75; DALLA VIA, A.R.: "El Mercosur y los aspectos constitucionales e institucionales", **Direito...**, cit., pp. 76-82; CORRÊA, A.: **Mercosul. Soluções de Conflitos pelos Juízes Brasileiros**, Porto Alegre, 1997, pp. 49-52; SILVA, R.L.: **Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário**, Belo Horizonte, 1995, pp. 229-232; ABREU, A.: **A Magistratura no MERCOSUL**, Florianópolis, 1996, pp. 25-29; GONZÁLEZ-OLDEKOP, F.: **La integración y sus instituciones**, Buenos Aires, 1997, pp. 221-287; **MERCOSUL. Estratégias para a integração**, Orgs. BIMBI, E. et al., Porto Alegre, 1997, pp. 21-24; FARIA, W.R. "A estrutura institucional definitiva do Mercosul: uma opinião", **Revista de Informação Legislativa**, a. 30, n. 119, jul/set. 1993, pp. 71-78; FRANCO DA FONSECA, J.R.: "Sistema de solução de controvérsias no Mercosul" **MERCOSUL. Das negociações à implantação**, orgs. BAPTISTA et al., 2ª ed. Revista e ampliada, São Paulo, 1999, pp. 166-168. RIZZO ROMANO, A.H.: "Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina: El "Mercosur" y el modelo de los Acuerdos de Libre Comercio", **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, Vol. 12, 1995, pp. 340-345; RUIZ DIAZ LABRANO.: **Mercosur. Integración y Derecho**, Buenos Aires, 1998, pp. 427-471; PÉREZ GONZÁLEZ, M.: "El Mercado Común del Sur (MERCOSUR)", **Las Organizaciones Internacionales** (M. DIEZ DE VELASCO), Décima Edición, Madrid, 1997, pp. 642-645; RAMOS ROCHA; **MERCOSUL...**, cit., pp. 7-12.

<sup>30</sup> El art. 2 del P.O.P. nos dice que "Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental, el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur".

tra viene dada por una estructura orgánica puramente intergubernamental, insuficiente para alcanzar dicho mercado.

Pese a ello, no hay que olvidar que el propio P.O.P. mantiene abierto el objetivo revisionista de la estructura institucional del MERCOSUR, al prever a tal efecto la convocatoria, cuando los Estados miembros lo juzguen oportuno, de una nueva conferencia diplomática<sup>31</sup>; disponiéndose, en esta misma línea, en el "Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000", que antes de ese año se realizará una nueva reflexión sobre las necesidades institucionales del Mercosur, consecuencia de la evolución de la Unión Aduanera y de la marcha hacia el Mercado Común<sup>32</sup>.

Desde un planteamiento como éste, y a la vista del carácter evolutivo en el que se inspira el diseño orgánico del MERCOSUR, la tarea de profundizar, como hemos visto, en los objetivos integracionistas -perfeccionamiento de la Unión Aduanera y "marcha hacia el Mercado Común"-, parece que se exigiría dar paso a un esquema cada vez más propio de la integración, y por tanto cada vez más "supranacional". Y en este sentido se aprecia como desde muy amplios y distintos sectores, sobre todo doctrinales, crece el empeño por rebasar la cota de intergubernamentalidad del proceso, teniendo como referente un modelo de "supranacionalidad" como el europeo (Comunidad Europea/Unión Europea).

Y aunque, se ha podido defender, por autores como PUEYO LOSA, la idea de que, frente a cualquier tentación de carácter supranacional, el MERCOSUR debería seguir transcendido -aun siendo

---

<sup>31</sup> Art. 47 del P.O.P.

<sup>32</sup> Punto 1.3 del Programa. Además en el punto 3.2 se dice que "Durante el período hasta el año 2000 se deberán evaluar la evolución del proceso de integración y los requerimientos que surjan como consecuencia, para definir la conveniencia de determinar nuevas condiciones de funcionamiento para los distintos órganos del Mercosur".

necesario avanzar- por la dinámica intergubernamental<sup>33</sup>, hay que aceptar la oportunidad de procurar una progresiva adecuación de las estructuras jurídico-institucionales que se persiguen; en cuyo contesto sobresale, particularmente, tal como veremos más adelante, el mandato de revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR, que se contiene en el Anexo III (punto 3) del Tratado de Asunción, en el art. 34 del Protocolo de Brasilia, y en el art. 44 del Protocolo de Ouro Preto, con el fin de definir un sistema permanente capaz de garantizar la aplicación e interpretación del Derecho del MERCOSUR<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup>PUEYO LOSA: "MERCOSUR, Derecho del Mar y perspectivas de integración en el ámbito marítimo-pesquero", en **MERCOSUR: Nuevos ámbitos...**, cit., pp. 191-266, en particular p. 225.

<sup>34</sup> Ver *infra* Apto. IV.

### III.- EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL MERCOSUR: ENTRE LA COOPERACIÓN Y LA INTEGRACIÓN.

No sólo la estructura orgánica del MERCOSUR nos acerca, por ahora, al diseño -aunque con ciertas variantes y particularidades- de la Organización internacional clásica de cooperación, sino que también el *Derecho del Mercosur* nos aproxima a un ordenamiento jurídico típico y derivado del fenómeno organizativo de cooperación, aunque, como vamos a ver, trascendiendo aquí y al mismo tiempo no sólo el valor *obligatorio* de los actos del Derecho derivado, sino también el juego de unas relaciones ente el Derecho del Mercosur y los Derechos internos fuertemente condicionado por el régimen de recepción especial desde el que se concibe, con las consiguientes consecuencias que de ello se derivan en cuanto al valor y alcance del Derecho del Mercosur.

#### 1. El Derecho del MERCOSUR.

Acudiendo a la distinción, fundamental y típica del Derecho de la Organización internacional, entre el *derecho originario* o primario y el *derecho derivado* o secundario, encontraremos el primero constituido por los tratados internacionales constitutivos, mientras que el segundo lo estará por los actos normativos adoptados por los órganos del Mercosur. Aparte, tendremos las normas creadas mediante los acuerdos complementarios, concluidos por los cuatro Estados Partes entre sí que conformarían el *Derecho complementario*, o las que tienen un origen exterior al orden jurídico comunitario, como el *Derecho surgido de las relaciones exteriores* del Mercosur con terceros Estados u organizaciones internacionales.

No se recoge, en todo caso, en el Tratado de Asunción un catálogo expreso y definido de las *Fuentes del Derecho del Mercosur*, tal como sí se hace posteriormente, y según veremos, en el Protocolo de Ouro Preto.

Aun así sería posible acudir al Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias<sup>35</sup>, de 17 de diciembre de 1991 (en lo sucesivo P.B.), ya en vigor el 22-IV-1993, aprobado por Decisión del C.M.C. 1/91, para deducir, en particular del art. 1, y al hilo de la definición de las normas cuya interpretación, aplicación o incumplimiento podrán generar controversias entre los Estados Partes, que las fuentes del Derecho del Mercosur quedarían integradas por *el Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el marco del mismo, las decisiones del Consejo del Mercado Común y las resoluciones del Grupo Mercado Común*; y en este mismo sentido, del art. 19, aptdo. 1, cuando dispone que: "El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del *Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones*

---

<sup>35</sup> La versión castellana del Protocolo de Brasilia puede ser consultada en DROMI: *Código...*, Vol. 1, cit., pp. 283-289; GARRÉ COPELLO: *Solución de Controversias en el Mercosur*, Montevideo, 1993, pp. 41-49; BLOCH e IGLESIAS: *Solución...*, cit., pp. 183-192; REY CARO: *La solución...*, cit., pp.97-108; PINARD, G.E.: *Los derechos humanos en las Constituciones del Mercosur*, Buenos Aires, 1996, pp. 64-71. La versión portuguesa puede consultarse en FERREIRA: *MERCOSUL. Comentários...*, cit., pp. 85-93; PIRES, FONSECA y CROSHIERE: *Soluções...*, cit., pp. 117-125; ALMEIDA: *Mercosul: fundamentos...*, cit., pp. 132-140.

Sobre la elaboración del Protocolo, CALCEGLIA, I.M.: *La resolución de controversias: el caso del Mercosur*, Buenos Aires, 1995, pp. 25-62.

Aprobado por la Argentina mediante la Ley Nº. 24.102 del 17-VI-1992. El Protocolo fue aprobado en Brasil por el Decreto Legislativo Nº. 88, de 1-XII-1992 (*Diário Oficial da União* de 2-XII-1992), promulgado por el Decreto Nº. 922, de 10-IX-1993 (*Diário Oficial da União* de 13-IX-93). Depósito de instrumento de ratificación en el 16-II-1996.; por Paraguay por la Ley Nº. 18/92 del 16-VII-1992; por Uruguay por la Ley Nº. 16.348 de 23-III-1993 y por el Decreto Nº. 393/95, siendo presentado el instrumento de ratificación el 22-IV-1993.

*del derecho internacional aplicables en la materia*<sup>36</sup>; y aun del art. 25: "El procedimiento establecido en el presente capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) 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*"<sup>37</sup>.

En definitiva, en los arts. 1, 19 y 25 del P.B. se trata de marcar el entorno material del ordenamiento jurídico del MERCOSUR a cumplir, el cual vendría conformado por las *disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia*.

Las normas contenidas en el Tratado de Asunción y los acuerdos internacionales equiparados al mismo o formando parte de él, conformarían el *derecho originario*<sup>38</sup>. Las recogidas en los acuerdos inter-

---

<sup>36</sup> Las cursivas son nuestras.

El Tribunal Arbitral, refiriéndose a la enumeración del art. 19 del P.B., afirma: "Dicha enumeración consagra un Derecho originario constituida por las normas de los tratados y sus anexos y los acuerdos entre los Estados y un derecho derivado formado por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común" (Pfo. 53 del Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo; en lo sucesivo, Segundo Laudo).

<sup>37</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>38</sup> Para FERREIRA: "Em primeiro lugar, estão as normas fundamentais do direito comunitário: o Tratado de Assunção e os acordos celebrados com fundamento nele. Em segundo lugar, as decisões do Conselho e as resoluções do Grupo Mercado Comum". Para este autor, todos los "acordos" parecerían tener el carácter de "normas fundamentais" (FERREIRA: *MERCOSUL. Comentários...*, cit., p. 51).

nacionales celebrados -entre los cuatro Estados Partes- en el marco del Tratado de Asunción, no equiparados al mismo, conformarían el *derecho complementario*<sup>39</sup>. Las recogidas en las decisiones y las resoluciones -actos normativos del MERCOSUR- formarían el *derecho derivado*<sup>40</sup>.

¿Ahora bien, estamos ante una enumeración taxativa o enunciativa de las fuentes? ¿Podríamos preguntarnos aquí si no sería posible hablar de la existencia de otras fuentes conformadas con base en la costumbre y en los principios generales del derecho?

Si no existieran en la región, afirma GARRÉ COPELLO, los principios generales de Derecho Comunitario que son aceptados en las Comunidades Europeas<sup>41</sup>, sería difícil sostener entonces “en base a

---

<sup>39</sup> Sobre este tipo de acuerdos, ver las matizaciones que hacemos posteriormente con objeto de la valoración del art. 41 del P.O.P.

<sup>40</sup> El Tribunal Arbitral, en el pfo. 53 del Segundo Laudo, refiriéndose al art. 19 del P.B., afirma: “Dicha enumeración consagra un Derecho originario constituido por las normas de los tratados y sus anexos y los acuerdos entre los Estados y un derecho derivado formado por las decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común”.

<sup>41</sup> A este respecto, podríamos recordar las palabras de J. MÈGRET, quien, refiriéndose a las fuentes de obligaciones que pueden ser objeto de un incumplimiento en el *orden comunitario europeo*, dice: “Muchos autores consideran que, en la medida en que los principios generales de derecho son considerados por la Corte de Justicia como parte integrante del derecho comunitario, el procedimiento del art. 169 podría ser utilizado en caso en que ellos fueran desconocidos por un Estado miembro”. Continúa este autor: “A nuestro modo de ver, es necesario distinguir entre los principios generales que constituyen el fundamento del orden jurídico comunitario, y que a ese título se imponen tanto a los Estados miembros como a las instituciones comunitarias (principalmente los principios de no-discriminación, de preferencia comunitaria, de primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales, de aplicación uniforme del derecho comunitario y de “fidelidad comunitaria”...) y los principios generales comunes a los órdenes jurídicos nacionales, los cuales constituyen una fuente subsidiaria de derecho aplicable en ausencia de disposiciones expresas de derecho comunitario escrito”. Prosigue este autor: “En la medida en que la función de esos principios generales comunes es la de llenar las lagunas de derecho comunitario que rige la acción de las instituciones (tales son por ejemplo, los principios de proporcionalidad, de protec-

los textos del Tratado de Asunción, que no recoge expresamente los principios de aplicación directa del derecho comunitario en el ámbito de los ordenamientos nacionales ni el principio de la prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho interno, la aplicación de estos principios en el ámbito del MERCOSUR"; además, algo de esta supremacía del derecho comunitario y de su aplicación directa está recogido sin embargo en los artículos 8 y 21 del Protocolo de Brasilia...<sup>42</sup>, aunque, como este mismo autor acababa afirmando: "La juris-

---

ción de los derechos fundamentales, de no retroactividad, de salvaguardia de la confianza legítima, de la seguridad jurídica...) nos parece difícil considerar los incumplimientos de un Estado miembro como un incumplimiento a una obligación derivada del tratado" (MÉGRET, J.: *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, Bruselas, 1983, p.59).

<sup>42</sup> GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 25. Más adelante, escribe este autor: "... al respecto no creemos, aún si se admitiera el carácter no taxativo del artículo 19 que se analiza, que existan tales principios generales del derecho comunitario a nivel universal. Estos principios son más bien una creación del derecho comunitario, pero que no se manifiestan aún claramente en los diversos sistemas de integración latinoamericanos que se rigen cada uno por sus propias normas jurídicas, independientemente de un sistema central" (GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 28).

ELIZECHE, refiriéndose al art. 19, escribe: "Sin embargo, nos parece incompleto al no incluir además de los principios generales del Derecho Internacional, los principios, las normas y la propia jurisprudencia del Derecho de la Integración, esto es, los Principios Generales del Derecho Comunitario, sin olvidar la jurisprudencia si hubiere, los que deberán estar presentes como fuente de derecho, para resolver aquellos casos en que por lagunas del Derecho Positivo Comunitario establecido o falta de claridad en su texto lo impidieren" (ELIZECHE, M. A.: "El Mercosur: un Ensayo sobre el Objetivo y Naturaleza Jurídica del Tratado de Asunción. El Sistema de Solución de Controversias. Los Conflictos fiscales. Necesidad de un Tribunal de Justicia Permanente y Supranacional", *O Sistema...*, cit., p. 353).

En esta línea, habría que recordar también que en el *Acuerdo de Cartagena*, sus textos no resuelven el tema de las fuentes indirectas o secundarias del derecho comunitario, lo cual intentó subsanar el Tribunal Andino en su proyecto de Protocolo Modificadorio propuesto en 1986, proponiendo un nuevo artículo. Se decía en los considerandos del proyecto: "... en el derecho comunitario, como en toda disciplina jurídica, hay vacíos o lagunas que el juez tiene que llenar para poder administrar justicia. Cuando no existe una norma jurídica positiva, entonces el Tribunal podrá aplicar la costumbre comunitaria o la internacional. Si esta costumbre no existe, el

prudencia comunitaria ha cumplido un rol sumamente importante en el desarrollo del derecho comunitario, que la jurisprudencia arbitral del MERCOSUR no podrá igualar, precisamente por tratarse de un sistema de tribunales arbitrales y no de un tribunal permanente<sup>43</sup>.

---

Tribunal podrá acudir a los principios generales del derecho. El proyecto de protocolo distingue dos tipos de principios generales. Unos son los que se derivan del derecho comunitario y, a falta de éstos, del derecho internacional. De esta manera se deja claramente establecido que el derecho comunitario es una rama autónoma del derecho internacional y por eso se debe aplicar, en primer término, los principios del derecho comunitario y, a falta de estos, es cuando se puede aplicar los del derecho internacional. Los otros principios son los que están reconocidos por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Miembros. Si uno de los mecanismos y medidas previstas en el Acuerdo de Cartagena (literal a- del artículo 3) es la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes, es lógico concluir que aquellos principios generales que sean comunes a los Países Miembros se pueden aplicar por el Tribunal. Por último, el Tribunal puede aplicar también la jurisprudencia y la doctrina" (Cfr. URIBE, F.: **El Derecho de la integración en el Grupo Andino**, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 92).

El texto del artículo propuesto era el siguiente: "Artículo 17.- El Tribunal para decidir las controversias y dictaminar en las consultas que le sean presentadas, deberá aplicar: 1) El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. 2) La costumbre jurídica comunitaria e internacional. 3) Los principios generales del derecho comunitario y, a falta de éstos, los del derecho internacional. 4) Los principios generales del derecho reconocidos por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de los Países Miembros. 5) La jurisprudencia y la doctrina".

El proyecto nunca sería tratado. En julio del 1991, el Tribunal elaboró un nuevo Proyecto de reformas al Acuerdo de Cartagena. En tal texto, no se menciona ningún artículo que recoja las fuentes del derecho, sean directas o indirectas, lo cual muestra un cambio de criterio respecto a la conveniencia de una enumeración, dejando el asunto en manos de la creación jurisprudencial.

Sobre los mecanismos de solución de controversias en el Acuerdo de Cartagena, **vid. inter. alia:** IZA, A.O.: **Solución de controversias en los acuerdos de integración -La experiencia de la Unión Europea-**, Buenos Aires, 1997, pp. 80-87.

<sup>43</sup> GARRÉ COPELLO: **Solución...**, cit., p. 28. Sobre la condición enunciativa o taxativa de las fuentes, URIONDO DE MARTINOLI, después de inclinarse por el carácter enunciativo, escribe: "Asimismo, dentro de las fuentes jurídicas se considera atendible incluir los laudos dictados en virtud del Protocolo, pues constituyen precedentes a cuya luz pueden ser solucionadas futuras controversias" (URIONDO DE MARTINOLI, A.: **Solución de Controversias. Mercosur. Acuerdos: Bolivia-Chile.**

Ya el documento "Bases para la creación de un Tribunal de Justicia para el Mercosur", preparado por la Comisión Nacional de Juristas de Uruguay, se manifiesta en pro de una enumeración meramente enunciativa, dejando el asunto en manos de una elaboración jurisprudencial<sup>44</sup>.

En todo caso, me parece apenas discutible, afirma ALONSO GARCÍA, si se admite la jerarquía material del Tratado y sus Protocolos sobre las decisiones, en sentido amplio del término, de los órganos del Mercosur, la imposibilidad de asumir un principio básico del ordenamiento jurídico comunitario como el de *eficacia directa*, que es expresamente rechazado por el artículo 40 P.O.P. a favor del principio de vigencia simultánea, que exige incorporación de aquellas a los respectivos ordenamientos jurídicos internos, se sobreentiende, conforme a sus respectivas reglas constitucionales<sup>45</sup>.

A lo que se une la posibilidad, igualmente apenas discutible, sigue diciendo este autor, de recurrir a otros principios que pueden tener perfecta cabida en el sistema *actual* del Mercosur. Es el caso, por poner un ejemplo, "de la amplitud y objetividad de la noción de incumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Comunidad. O del principio de seguridad jurí-

---

Comunidad Europea, Córdoba, 1999, p. 43). En ese sentido se habían pronunciado LIPOVETZKY, J.C. y LIPOVETZKY, D.A.: *Mercosul: estratégias para a integração. Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção* (con versión conjunta en portugués y castellano), São Paulo, 1994, p. 257.

<sup>44</sup> Bases para la creación de un Tribunal de Justicia en el MERCOSUR, Documento presentado por la Comisión Nacional de Juristas, Simposio sobre la Creación de un Tribunal de Justicia para el Mercosur, organizado por el Instituto Artigas del Servicio Exterior, Montevideo, octubre-noviembre de 1991, en PÉREZ OTERMÍN, J: *Solución de controversias en el Mercosur. Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur*, Montevideo, 1992, pp. 151-184.

<sup>45</sup> ALONSO GARCÍA, R.: *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, 1997, pp. 73-74.

dica, que puede resumirse en la obligación de los Estados miembros de garantizar no sólo la integración del ordenamiento comunitario en el interno *de hecho*, sino también *de Derecho*<sup>46</sup>. Concretamente, precisando el concepto de incumplimiento -de las obligaciones derivadas del Mercosur-, dice GARRÉ COPELLO, aludiendo al supuesto comunitario europeo, que "éste puede consistir en una actuación, en una omisión, o aun en una obligación que se debe cumplir. Esta amplitud del concepto de incumplimiento", continúa este autor, "está bien afirmada en la doctrina y en la jurisprudencia europeas, que admiten incluso como caso de incumplimiento no solamente la ejecución de una norma estatal contraria al Derecho comunitario, sino que su mera existencia configura incumplimiento"<sup>47</sup>.

Si bien a la incipiente altura en del desarrollo del MERCOSUR en que nos encontramos, parecería acertado concluir que las fuentes de su derecho formal se encontrarían limitadas a las enunciadas en el art. 1 del P.B., la experiencia de los mecanismos regionales semejantes, nos inclinan a predecir, como escribe PÉREZ OTERMÍN, que las expresiones jurídicas del proceso no se agotarán en dicha enumeración, de intención taxativa para los efectos previstos en dicho artículo. Seguramente, la inercia impulsiva del desarrollo del Mercosur irá creando nuevos tipos de actuaciones de los órganos comunitarios, generadores de derechos y obligaciones<sup>48</sup>. En el Protocolo de Brasilia "será muy difícil la creación de una jurisprudencia en la medida en la que no hay una corte o tribunal estable, no obstante ello debe entenderse -afirma este autor- que la enumeración contenida en su art. 19 no es taxativa, debiendo tenerse en cuenta las fuentes de derecho secundario o indirectas citadas, y de las cuales nos ilustra la experiencia transcripta"<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup>Ibid., pp. 74-75.

<sup>47</sup>GARRÉ COPELLO: *El Tratado de Asunción...*, cit., p. 209

<sup>48</sup>PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 26.

<sup>49</sup>PÉREZ OTERMÍN: *Solución...*, cit., p. 45. En una posición favorable a tener en cuenta el papel de la jurisprudencia: SANGUINETTI, J. M<sup>a</sup>.: "Mercosur: las alterna-

A tenor de los planteamientos expuestos, estimamos pertinente señalar que los llamados a aplicar el Derecho del MERCOSUR bien pudieran encontrar una base para la introducción paulatina de los Principios Generales del Derecho, en todos sus tipos, en el art. 19, aptdo. 1, del P.B. cuando se refiere a los "principios... del derecho internacional aplicables en la materia"<sup>50</sup>.

En nuestra opinión, a la luz de lo visto, la enumeración insita en los arts. 1, 19 y 25 del P.B. no tiene un carácter taxativo y, por tanto, no impide que el juez árbitro recurra a otras fuentes. En tal sentido, diremos que nos parece que habrán de ser tenidos en cuenta los Prin-

---

tivas del diseño institucional definitivo", *Integración Latinoamericana*, junio 1994, pp. 11-12; LIPOVETZKY y LIPOVETZKY: *Mercosul: estrategias...*, cit., p. 257.

<sup>50</sup> URIONDO DE MARTINOLI señala: "En orden a determinar cuáles son estos principios, nos remitiremos a la Carta de las Naciones Unidas que menciona los siguientes: igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades.

La remisión a estos principios, nos induce a reflexionar si ésta resulta suficiente o no. A mi juicio no lo es, por cuanto es preciso tener en cuenta que el derecho de la integración consagra **principios** propios y diferentes al derecho internacional. En ese sentido, cabe traer a colación los denominados por la jurisprudencia y la doctrina como Principios Generales de Derecho Comunitario, a saber: apuntar a los principios de no discriminación e igualdad jurídica, a la confianza comunitaria, solidaridad, a la primacía del derecho de la integración sobre los derechos internos, a la aplicación uniforme del derecho del MERCOSUR.

Junto a este enunciado, se podría hacer referencia a los principios generales comunes a los *derechos de los Estados* integrantes del Mercosur tal como lo expresa el art. 215.2 del Tratado de la Comunidad Europea. Entre ellos podemos destacar la seguridad jurídica, la equidad, la libertad, la buena fe, el respeto al derecho de defensa y a los derechos adquiridos" (URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de controversias...*, cit. pp. 42-43).

En sede de principios, el Tribunal Arbitral afirma que: "En el marco del proceso arbitral propiamente dicho rigen las reglas y principios generales en materia jurisdiccional, razón por la cual deberán probarse las afirmaciones que las partes realizan" (Pfo. 40 del Segundo Laudo).

cipios Generales del Derecho de orden comunitario, si, en alguna medida, pudieran ya ser apreciados pese a la no muy larga experiencia del MERCOSUR, y, subsidiariamente, los Principios Generales de Derecho Internacional y los Principios Generales del Derecho cuando resultasen pertinentes<sup>51</sup>. En esta línea, se pronuncia claramente el Tribunal Arbitral que dio lugar al Primer Laudo Arbitral habido en el MERCOSUR cuando advierte sobre la necesidad de tener en cuenta el principio de *pacta sunt servanda* y de buena fe<sup>52</sup>.

En analogía con lo que venimos señalando, podríamos decir lo mismo con respecto a las costumbres de orden comunitario, de Derecho Internacional Particular o de Derecho Internacional General<sup>53</sup>.

En todo caso, frente a los vacíos del Tratado de Asunción -y aun a las indeterminaciones del Protocolo de Brasilia-, ya en el art. 41 del Protocolo de Ouro Preto, bajo el término de *fuentes* -con la ambivalencia fuentes-normas que con frecuencia se produce en textos y doctrina, que, en ocasiones, se puede apreciar en algunos textos de Derecho Internacional- podemos encontrar una redacción de conjunto

<sup>51</sup> FERREIRA se manifiesta en los siguientes términos: "Na falta dessas normas fundamentais ou das derivadas (decisões e resoluções), o tribunal deverá aplicar os princípios de direito para resolver os conflitos" (FERREIRA: *MERCOSUL. Comentários...*, cit., p. 51).

<sup>52</sup> Vide *Infra* Capítulo VIII.

<sup>53</sup> A favor del carácter no taxativo estarían: DAVEREDE, L.A.: "El Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR", *La Ley*, Buenos Aires, Año LVI, Nº. 83, abril, 1992, p. 1; LANDONI SOSA, A.: "La solución de conflictos en el Mercosur", *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Nº. 54, 1994, p. 345; LIPOVETZKY y LIPOVETZKY: *Mercosul: estrategias...*, cit., pp. 256-257; PÉREZ OTERMÍN: *Solución...*, cit. p. 26; *Id.*: *El Mercado...*, cit., pp. 33; REY CARO: *La solución...*, cit., p. 58. A favor del carácter taxativo del art. 19 del P.B. se manifestó: ARBUET VIGNALI, H.: "La solución de Controversias en el Mercosur", *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Tomo II, Montevideo, 1994, pp. 1245-1246.

Sobre las fuentes de Derecho en el Mercosur, ARBUET VIGNALI.: "El Protocolo de Ouro Preto. Una excusa para hablar de integración", *Mercosur. Balance...*, cit., pp. 50-52.

expresada en los siguientes términos: "Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

- I. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios.
- II. Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos.
- III. Las Decisiones del Consejo, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción".

Observamos como se produce una *adición* en el número de los actos normativos del MERCOSUR, añadiéndoseles, a los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, las *Directivas* de la *Comisión de Comercio* -las cuales "serán obligatorias para los Estados Partes" (art. 20 del P.O.P.)-; lo que determina que, en consecuencia, el P.O.P., en su art. 43 (Párrafo Único) disponga, en cuanto al sistema de solución de controversias, que: "Quedan también incorporadas a los arts. 19 y 25 del Protocolo de Brasilia las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur"<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> El P.O.P dispone en el art. 43 (Capítulo VI dedicado al Sistema de Solución de Controversias, del cual nos ocuparemos más adelante) que: "Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991". Se puede observar que en este precepto se suprime la referencia expresa que había en el art. 19 del Protocolo de Brasilia a "los principios y las disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia", algo que, por lo demás, como venimos exponiendo, no tiene demasiada importancia, dado que dichos principios y disposiciones, que no son enunciados, continuarán, a nuestro juicio, siendo aplicables, en su momento, en virtud de su propia pertinencia o no de aplicación.

Como podemos observar, y por lo que se refiere al *Derecho originario*, el Protocolo de Ouro Preto, de algún modo, detalla en su art. 41 lo que en los arts. 1, 19 y 25 del Protocolo de Brasilia, y en el art. 43 del propio P.O.P., aparecería como “el Tratado de Asunción”. Realmente, la situación no varía cualitativamente, dado que “sus protocolos”, como se deduce del adjetivo posesivo “sus”, forman parte de “el Tratado de Asunción”, algo que, por lo demás, como podemos apreciar en la práctica al respecto, se dice expresamente en ellos mismos, habitualmente con la expresión “el presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción”<sup>55</sup>; por otra parte, de no ser así no se haría referencia a ellos como algo separado de los otros “protocolos” a que se alude en el aptdo. II. Por lo que respecta a los “instrumentos adicionales o complementarios”, creemos que también tendrán naturaleza constitutiva, puesto que de no ser así no añadirían nada a los “acuerdos... y sus protocolos”, a los que se refiere el aptdo. II. Conceptualmente, este artículo no ofrece nada nuevo, aunque técnicamente podría ser interesante con vistas a despejar alguna duda que pudiera aparecer sobre la cuestión, si bien introduce quizás alguna confusión terminológica.

En cuanto a “los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos”<sup>56</sup> no hay que dejar de advertir la posible

---

<sup>55</sup> RUIZ DIAZ LABRANO, a nuestro modo de ver incorrectamente, recoge entre el Derecho derivado los Protocolos “parte integrante del Tratado de Asunción” (RUIZ DIAZ LABRANO: *Mercosur...*, cit., pp. 522-523).

<sup>56</sup> Desde una posición que entendemos no acertada, GARRÉ COPELLO cataloga como Derecho comunitario primario todo aquel derecho de carácter convencional elaborado en el ámbito del sistema de integración (GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., pp. 18-19). En esa línea, DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A. y RIVERA, J.C.: *Derecho Comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur*, Buenos Aires, 1995, p. 177.

Asimismo, no nos parece acertada la postura de DROMI SAN MARTINO cuando, después de hacer referencia al orden de prelación de los arts. 19 del P.B. y 41 del P.O.P., afirma que “otro criterio a aplicar para establecer la jerarquía de la normativa regional estaría dado por la forma y modalidad elegidas para su entrada en vigencia en los derechos internos de cada uno de los Estados Parte del Mercosur. Por ejemplo,

indefinición que suscitan en orden, sobre todo, a precisar si en los mismos se podrían incluir tanto aquellos tratados internacionales concluidos por los propios Estados miembros atendiendo a la consecución de los objetivos del MERCOSUR (lo que conformaría lo que podemos calificar como *Derecho complementario*), como los acuerdos que podrán negociar el C.M.C. y el G.M.C. con terceros países, grupos de países y organismos internacionales (art. 8.IV y 14.VII del P.O.P.)<sup>57</sup> (lo que

---

vemos que los Protocolos son ratificados por leyes en Argentina, Paraguay y Uruguay, y por Decretos legislativos en Brasil, mientras que la restante normativa es aprobada por disposiciones administrativas o reglamentaciones (v. gr. Resoluciones) para su incorporación al derecho interno de cada Estado" (DROMI SAN MARTINO, L.: "La armonización entre el Mercosur y la OMC", **MERCOSUR: nuevos...**, cit., p. 389; en la misma línea en la p. 340). Amén de la necesidad de examinar a nivel de derecho interno la naturaleza y rango de las llamadas "disposiciones", conviene recordar que el rango de la norma de recepción es un asunto de índole doméstico que posibilita que la recepción sea llevada a cabo en cada país por normas diferentes en naturaleza y rango. Aun en la hipótesis de una coincidencia temporal en los cuatro países, no podemos olvidar que ésta podría desaparecer, viéndonos en tal caso ante la incongruencia de que una misma norma mercosureña tendría una jerarquía distinta dentro del orden normativo del MERCOSUR, en función de un elemento aleatorio interno, algo que atentaría contra una mínima expresión de lógica jurídica.

<sup>57</sup> Es de recordar, como ya lo hemos hecho anteriormente, que el art. 34 del P.O.P. reconoce que "el MERCOSUR tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional". Con todo aun admitida la capacidad del Mercosur para celebrar acuerdos con terceros, los Estados Parte, como recuerda MANGAS MARTÍN, "... conservan plenamente la competencia para celebrar acuerdos con no miembros en las materias reguladas con el Mercosur, aunque están obligados a respetar las obligaciones contraídas. Los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* les deberían disuadir a celebrar tratados incompatibles con Mercosur. Pero el Tratado de Asunción explícita, además, la obligación de los Estados Partes de evitar afectar los objetivos del Mercosur cuando pacten con terceros o los intereses de los demás miembros; habrán de celebrar consultas si negocian esquemas amplios de desgravación arancelaria tendientes a formar zonas de libre comercio y extenderán esas ventajas a los demás Estados Partes. Si se celebrasen acuerdos con terceros, entonces la eventual infracción podría suscitar una controversia a resolver conforme al Protocolo de Brasilia, anexo al Tratado de Asunción" (MANGAS MARTÍN, A.: "Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política", **Anuario Argentino de Derecho Internacional**, VII, 1996-1997, p.101). Como vemos, cualquier Tratado celebrado por un Estado

vendría a conformar el *Derecho de las relaciones exteriores* del Mercosur).

El Derecho derivado estaría formado por "las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio".

En definitiva, las normas contenidas en el aptdo. I del art. 41 del P.O.P. constituirían el *Derecho originario*<sup>58</sup>, es decir el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales. Las contenidas en el aptdo. II, el *Derecho complementario* y/o el *Derecho de las Relaciones Exteriores*, es decir los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos. Las recogidas en el aptdo. III el *Derecho derivado*, es decir las Decisiones del C.M.C., las Resoluciones del G.M.C. y las Directivas de la C.M.C.

Conviene señalar, finalmente, que en el MERCOSUR aunque no existe ninguna definición expresa sobre cuál es la jerarquía relativa entre las distintas normas que integran su ordenamiento jurídico -en cualquier ordenamiento, comunitario o interno, debe existir, de forma explícita o implícita, una gradación normativa-, no faltará esta gradación.

---

Parte deberá respetar, cuando menos, el principio de *no contradicción* con el T.A (ver art. 8 del T.A.)

<sup>58</sup> Debemos hacer referencia aquí a un hecho no exento de una posible relevancia jurídica en un futuro, del cual nos ocuparemos más adelante. El art. 53 del P.O.P. establece: "Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción, del 26 de marzo de 1991, que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición". Susceptible de crítica es esta solución para MARRONTA RANGEL, V.: "Solução de controvérsias após Ouro Preto", *Contratos Internacionais e Direito Económico no MERCOSUL*, Coord. P. BORBA CASELLA, São Paulo, 1996, pp. 693-694; PÉREZ OTERMÍN, aun desde una postura de comprensión de su necesidad política y económica, califica al art. 43 como "un camino feñido con el derecho..." (PÉREZ OTERMÍN: *El Mercado Común del Sur-Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-Institucionales*, Montevideo 1995, p. 75).

Procede en tal sentido hacer referencia al orden de preferencia insito en el art. 41 del P.O.P. Tendríamos, en primer lugar, el Derecho constitutivo u originario. En segundo lugar estarían el Derecho Complementario y/o los acuerdos externos (Derecho de las relaciones exteriores), los cuales en la medida en que se podrán realizar en base a las competencias otorgadas en los textos constitutivos, no podrán contradecirlos, como dice PÉREZ OTERMÍN, de donde se deduce, a nuestro entender, que dicho Derecho complementario de las relaciones exteriores se ubica en un rango inferior al derecho originario, y en un nivel superior al derecho derivado<sup>59</sup>; estableciéndose, a su vez dentro de esta última categoría un orden de preferencia -a ser aplicado por los Tribunales arbitrales-, en virtud del cual serían de aplicación en primer lugar las Decisiones del Consejo del Mercado Común; en segundo lugar, las Resoluciones del Grupo de Mercado Común, y en tercer lugar las Directivas de la Comisión de Comercio<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 108. En cuanto al llamado *Derecho complementario*, PÉREZ OTERMÍN escribe: "Surge de lo expresado que el denominado derecho complementario, si bien tiene un origen externo al derecho comunitario en sentido estricto, no por ello deja de tener una estrecha relación con él. Por tanto, no teniendo su fundamento en los textos constitutivos, no se lo puede considerar subordinado a ellos, aunque la coincidencia de objetivos, determina una necesaria *compatibilidad* entre ambos... Por tanto, aún cuando los Estados Partes actúan en la celebración de dichos convenios en el marco de sus competencias nacionales, no comprendidas expresamente dentro de los textos constitutivos del Mercosur, deberán seguir un criterio de compatibilidad con las normas allí establecidas... En cuanto a la relación del derecho complementario con el derecho derivado, en la medida en que la competencia para la celebración de tales convenios se mantiene en la órbita exclusiva de los Estados Partes, en principio, los órganos del Mercosur no tienen competencia para intervenir, salvo que en dichos convenios se estableciere" (*Ibid.*, pp. 109-110). Este autor señala que tanto el Derecho de las "relaciones externas" como el Derecho complementario caben ser considerados en un sentido amplio como Derecho comunitario (*Ibid.*, pp. 93 y 108).

A nuestro juicio, no hay ninguna duda sobre que el Derecho complementario y/o de las relaciones exteriores, toda vez que pudiera tener su origen en compromisos asumidos en el T.A., formaría parte del Derecho del Mercosur.

<sup>60</sup> Ciertamente, esta jerarquía viene determinada por la naturaleza y competencias del órgano que haya dictado cada uno de estos actos, y por ello, como recuerda PÉREZ OTERMÍN, puede considerarse que las Decisiones, emanadas del órgano supe-

## 2. Relaciones entre el Derecho del MERCOSUR y los Derechos internos.

De forma distinta a lo que ocurre en el ordenamiento jurídico comunitario europeo, en el *ordenamiento jurídico del MERCOSUR* se aprecia la *ausencia* de algunas de las características fundamentales y básicas que permitirían calificarlo de *Derecho Comunitario*.

De forma sucinta, diremos que el ordenamiento mercosureño carece de las notas de *autonomía*, *primacía*, *aplicabilidad inmediata* y *efecto directo* de las que goza el sistema jurídico comunitario europeo.

En cuanto a la *autonomía*, el proceso de integración europea, tanto para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como para la mayoría de la doctrina, se distingue de las relaciones de cooperación características del sistema de Derecho Internacional clásico, reposando el Derecho de la integración en la supranacionalidad, premisa básica de la divisibilidad de la soberanía; permítasenos recordar la sentencia del T.J.C.E. del 15 de julio de 1964 en el Asunto 6/64, *Costa c. Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL)*<sup>61</sup>, en la que se declara que el Derecho comunitario es "un ordenamiento jurídico propio" creado por los Tratados e "integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros".

Por lo que se refiere a la *primacía* del orden jurídico comunitario europeo respecto a los órdenes jurídicos nacionales, aunque, bien es sabido, que no hay ninguna disposición jurídica en los tratados cons-

---

rior del Mercosur, prevalecerán sobre las Resoluciones, dictadas por el órgano ejecutivo y éstas sobre las Directivas, en la medida en que dentro de la estructura orgánica, la Comisión de Comercio, aparece como un órgano subordinado al Grupo Mercado Común (*Ibid.*, p. 108). Por último, hay que advertir que "Na falta dessas normas, o Tribunal deverá aplicar as disposições de direito internacional para resolver a matéria" (PIRES, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., p. 65).

<sup>61</sup> En relación con ésta y otras sentencias, puede consultarse *Derecho Comunitario Europeo. Tratados y otros textos anotados. Jurisprudencia básica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1996.

titutivos que venga a consagrar la prevalencia de las normas jurídicas comunitarias sobre las normas internas, este importante principio fue consagrado explícitamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la citada Sentencia *Costa c. Enel*, con motivo del examen de la posibilidad de conflictos entre el Derecho comunitario y una ley nacional posterior. Resulta de importancia transcendental asimismo el Dictamen del T.J.C.E. nº 1/91, de 15 de diciembre de 1991, sobre el *Espacio Económico Europeo*, en el que, recogiénose y consagrándose los principios reconocidos por la jurisprudencia comunitaria desde 1960<sup>62</sup>, se afirma que "los rasgos esenciales" del ordenamiento jurídico comunitario son su primacía con respecto a los derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos.

En lo que atañe a la *aplicabilidad inmediata* del Derecho Comunitario europeo sabemos que el acto comunitario no necesita ser incorporado o transformado en norma de derecho interno para pasar a formar parte del ordenamiento del Estado, no siendo, básicamente, necesaria la intervención de las autoridades nacionales para que el reglamento comunitario sea aplicado en el territorio del Estado. Como se recoge en la Sentencia *Simmenthal* el Derecho comunitario, sea originario o derivado, forma parte integrante del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros, de lo que resulta evidente que la normativa comunitaria se integra en el

---

<sup>62</sup> Tenemos que volver a recordar la Sentencia del T.J.C.E. en el Asunto *Costa c. ENEL*, en la que el Tribunal manifiesta que las Comunidades están dotadas de poderes efectivos tanto en el plano interno como externo "que emanan de una limitación de competencias o transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad" y que esa atribución entraña una *limitación definitiva*, en determinados ámbitos, de sus derechos soberanos a favor del ordenamiento jurídico comunitario, por lo que no puede prevalecer una norma nacional posterior sobre esos derechos definitivamente transferidos. La firmeza jurisprudencial, como se ha dicho, en materia de primacía tuvo un nuevo y destacado desarrollo en la sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978.

sistema jurídico de los Estados miembros, siendo de aplicación obligatoria<sup>63</sup>.

En cuanto al *efecto directo* de las disposiciones comunitarias, también el T.J.C.E. tuvo una oportunidad bastante temprana de referirse al mismo en la ya célebre sentencia *Van Gend en Loos*, pudiendo considerarse a la luz de la misma que los particulares pueden hacer valer ante los poderes públicos nacionales los derechos que se deriven de las normas comunitarias, debiendo asegurar dichos poderes el respeto a las obligaciones asumidas por los Estados en los Tratados y la protección de los derechos individuales; “el objetivo del tratado de la C.E.E. constituye un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad...”<sup>64</sup>.

Hecho este sucinto recordatorio sobre los principios básicos que informan el ordenamiento jurídico comunitario, hay que volver a enfatizar por lo que se refiere al Derecho del MERCOSUR que éste, como dice, GARCÍA ALVAREZ: “Ao contrario do que se passa na atual União Europeia, não consideramos o arcabouço jurídico adotado no âmbito do MERCOSUL direito comunitario, pois ausentes suas características elementares”<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Sentencia *Simmenthal*, 9,3, 1977, rec. 609.

<sup>64</sup> Sentencia *Van Gend en Loos*, 5, 2, 1963, rec. 1.

<sup>65</sup> GARCÍA ALVAREZ, A.: “Conflito entre normas do Mercosul e Direito Interno”, *Mercosul. Lições do Período de Transitoriedade*, (Coordenação: C. RIBEIRO BASTOS y C. FINKELSTEIN), São Paulo, 1998, p. 30; Con casi idénticas palabras, ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A.: *Mercosul Hoje*, São Paulo, 1998, p. 20.

En esa línea, SALAS, aunque pensando en un ámbito más amplio que el del MERCOSUR, escribe: “... en el área del nuevo continente al no haberse conformado aún un verdadero derecho comunitario difícilmente sea posible hablar de los principios que lo podrían animar, sin embargo, de los instrumentos vigentes es posible extraer algunos que estimamos reúnen las características de los principios económicos y que distan mucho de ser los europeos... Por otro lado, la carencia de verdaderos tribunales comunitarios (salvedad hecha del Tribunal Andino), dificulta la formulación de verdaderos principios más allá de las normas establecidas en los tratados constitutivos y aquellas que derivan o que surgen como consecuencia de los órganos creados por los

Ante todo, las normas del MERCOSUR no son objeto de *aplicación inmediata*, si no que, al contrario, precisan ser incorporadas al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Las normas emanadas de los órganos del Mercosur, aun teniendo un carácter obligatorio, deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país. Según, el art. 42 del P.O.P.: "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2º de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país". Como subraya FARIA, "Esta disposição denota que o processo de produção de normas jurídicas no MERCOSUL não é autônomo, e as regras criadas pelos seus órgãos com capacidade decisória, possuindo natureza internacional, convertem-se em direito interno pelos processos estabelecidos nas Constituições dos Estados-partes"<sup>66</sup>.

Resulta patente que las normas adoptadas en el marco del MERCOSUR necesitan ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno. Se estará en cuanto al procedimiento de incorporación a los Estados Parte del MERCOSUR a lo que digan sus respectivas constituciones<sup>67</sup>. Y no son *aplicables directamente*, como en el Derecho euro-

---

respectivos sistemas ". "Así surge con claridad, continuaría dicha autora, que en todo el sistema latinoamericano que nos ocupa no se advierten los principios jurídicos del derecho comunitario, en el sentido europeo del término, de lo que es un claro ejemplo la forma de adopción del derecho derivado y la validez del mismo, que debe ser incorporado al sistema jurídico interno de cada Parte, mediante procedimientos constitucionales de cuño tradicional"( SALAS, G. R.: "Principios del derecho de la integración en América Latina", *Mercosur, nuevos...*, cit., pp. 50-51, y 87, respectivamente).

<sup>66</sup> FARIA: "Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas", *MERCOSUL. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*, BASSO, M. Org., Segunda Edição, Porto Alegre, 1997, pp. 482-483.

<sup>67</sup> CAPUTO BASTOS, C.E.: "Recepção da regra de direito comunitário pelas ordens jurídicas nacionais", *Direito...*, cit., pp. 287-296. CASALI BAHÍA escribe: "Havería,

peco<sup>68</sup>. Ello es cierto para las Decisiones del Consejo del Mercado Común, para las Resoluciones del Grupo Mercado Común y para las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, como lo fuera para el T.A. o lo es para sus Protocolos.

---

para o país que deixasse de operar a incorporacão, apenas sanções de direito internacional, no quadro da responsabilidade internacional" (CASALI BAHÍA, S.J.: "A supranacionalidade no Mercosul", **MERCOSUL. Lições...**, cit., pp. 194-195). Entendemos que ello no es así. La no incorporación sería un caso de *incumplimiento absoluto* que abriría las puertas a la aplicación del Protocolo de Brasilia por reclamación de otro Estado Parte. Por lo que respecta al particular, cabría invocar que la no incorporación podría entenderse como una *manifestación de restricción*, a que se alude en el art. 25.

<sup>68</sup> Sin referirse al art. 40, se manifiesta a favor de la presencia actual del principio de eficacia directa en el Mercosur, DROMI: **Código...**, cit., Vol. I., pp. 55 y 143; PEROTTI, A. D.: "El Segundo Fallo Arbitral del Mercosur o el amargo despertar de nuestro Sistema de Solución de Controversias", **Revista de Derecho del Mercosur**, Año 4, Nº. 2, Abril del 2000, p. 137.

Para FREELAND LÓPEZ LECUBE, "la norma secundaria sólo precisa ser receptada o incorporada por el Estado miembro cuando exige un desarrollo posterior, es decir, cuando no es clara y precisa o está sujeta a condiciones. Y no necesita de ningún tipo de internalización en caso contrario" (FREELAND LÓPEZ LECUBE, A.: "El derecho penal de la integración europea y las perspectivas de nuestro Mercosur", **MERCOSUL. Seus Efcitos...**, cit., pp. 482-483). **Id.:** **Manual de Derecho Comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y Mercosur**, Buenos Aires, 1996, pp. 271-275. No nos extenderemos en mostrar nuestro disenso. Sólo diremos que parecemos estar ante una posición de aquellas que trata con cierta ligereza o, a veces, pone a un lado instituciones de Derecho Internacional como la recepción, la aplicabilidad directa, el efecto directo, la ejecutabilidad de los Tratados o, mismo incluso, la responsabilidad internacional, sin cuya congruente atención no es posible la búsqueda de una interpretación sistemática.

En cambio, para PÉREZ OTERMÍN no hay dudas del "destierro" de tal principio en el Mercosur (PÉREZ OTERMÍN: **El Mercado...**, cit., p. 106).

Para QUINTAO SOARES: "...as normas comunitárias emanadas do Mercosul, consideradas obrigatórias para os Estados-membros, não possuem aplicabilidade direta sobre os seus nacionais, necessitando de *exequatur* dos respectivos legislativos..." (QUINTAO SOARES, M.L.: **MERCOSUL. Direitos humanos. Globalização e Soberania**, 2ª. Ed., Belo Horizonte, 1999, p. 96). En igual sentido, MOITINHO DE ALMEIDA, J.C.: "El modelo comunitario europeo y su influencia en los procesos de integración", **Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos europeos y americanos**, Bogotá, p. 47.

“Una vez aprobada la norma, los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR”<sup>69</sup>. Asimismo, los Estados Parte se comprometieron, con el P.O.P., “a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el art. 2º de este Protocolo”<sup>70</sup>. El principio *pacta sunt servada* haría innecarios estos preceptos que, en todo caso, vienen a reforzar de forma expresa las obligación de incorporación y cumplimiento de las normas mercosureñas. La no adopción de las medidas necesarias a tal efecto haría incurrir al Estado en cuestión, como es bien sabido, en responsabilidad internacional<sup>71</sup>.

La Secretaría Administrativa del MERCOSUR, órgano de apoyo operacional, debe ser informada, en cuanto al aseguramiento del cumplimiento de las normas adoptadas por cada uno de los órganos mencionados de que ya nos ocupamos al examinar la estructura orgánica, por los Estados partes de “las medidas adoptadas para este fin”<sup>72</sup>.

Con el fin de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes del MERCOSUR de las normas adoptadas por los órganos del

---

<sup>69</sup> Art. 40, i) del P.O.P.

<sup>70</sup> art. 38 del P.O.P.

<sup>71</sup> A pesar de las cautelas tomadas, debemos subrayar que la incorporación se lleva a cabo de forma muy lenta. Véase si no, en relación con Brasil, a título de ejemplo, cómo de las 88 resoluciones del G.M.C. referentes a alimentos industrializados, únicamente 10 habían sido transformadas en portarías (órdenes) o decretos hasta febrero de 1996 (“Semanao del Mercosur”, *Gazeta Mercantil Latino-Americana*, 15-21 de julio de 1996, p. 10). Ello encajaría con la práctica del Congreso brasileño de retrasar la incorporación de normas internacionales al ordenamiento jurídico interno, aún más cuando éstas se ocupan de asuntos considerados sin prioridad (Cfr. RAMOS ROCHA: *MERCOSUL...*, cit., p 15); PALLARÉS, B. “La incorporación de las nomas Mercosur a los Derechos internos y la seguridad jurídica”, *Economía Globalizada y Mercosur*, Buenos Aires, 1998, pp. 55-72.

<sup>72</sup> Art. 38, Parágrafo Único del P.O.P.

MERCOSUR, se deberá seguir el siguiente procedimiento dispuesto en el art. 40 del P.O.P.:

“i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;

ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;

iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes treinta días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales”.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> La publicidad no se presenta, según ALONSO GARCÍA, como un requisito para la entrada en vigor, la cual se producirá *automáticamente* 30 días después de la comunicación por la Secretaría, de donde deduce que el eventual incumplimiento estatal de llevar a cabo la publicidad “no puede ser objeto de obstáculo para la efectiva aplicación de la norma, ya en vigor en los términos vistos, en el Estado en cuestión”(ALONSO GARCÍA, R.: *Tratado...*, cit., p. 74). Por una parte, a nuestro juicio, la solución no es tan simple. La falta de publicidad puede originar serios problemas en materia de seguridad jurídica en relación con las obligaciones para los particulares y, aun en relación con su ejercicio, para con los derechos de éstos. Por otra parte, la publicación en el contexto constitucional de algunos de los Estados del MERCOSUR, pensamos especialmente en Brasil, aparece muy conectada con la serie de actos que dan cuerpo a la recepción especial. En definitiva, a pesar de lo que diga el art. 40 citado, muy fácilmente podremos encontrar una vez más con el choque entre la norma MERCOSUR y la norma interna, o, en otra dimensión, con el problema de la prevalencia. A nuestro modo de ver, tendría poca viabilidad la vía sugerida por ALONSO GARCÍA, según la cual “La única salida que parece viable sería entender que el Consejo considere como regla, respecto de las comunicaciones de la Secretaría en el contexto del art. 40, la posibilidad que le abre el art. 39 *in fine* de atribuirles publicidad oficial. Y aun así podría reproducirse en el MERCOSUR la polémica habida en el Derecho Comunitario acerca de la posibilidad de aplicación directa de las

Además, ni el Tratado de Asunción ni el Protocolo de Ouro Preto, y menos aun las decisiones de los órganos comunitarios, consagraron dispositivo alguno que garantizara la *primacía* de las normas aprobadas en el MERCOSUR sobre las normas internas de los Estados Partes. Sería suficiente el haber establecido la prohibición o imposibilidad jurídica del Estado de aprobar legislación contraria.

La jerarquía de las disposiciones que componen el Derecho del MERCOSUR en relación con las normas jurídicas internas continuará, a efectos prácticos, dependiendo, al igual que —en última instancia— su incorporación, de la relación *ex intra* de los Derechos internos y el Derecho del MERCOSUR, de acuerdo con los principios y reglas previstos en las respectivas constituciones que van desde una relación de superioridad del Tratado sobre la Ley en las constituciones argentina<sup>74</sup> y paraguaya<sup>75</sup> a una relación de igualdad en la jurisprudencia

---

Directivas en las relaciones *inter privados* —la denominada eficacia horizontal—, polémica centrada en parte en el dato de la falta de su publicidad *obligatoria* en el Diario Oficial comunitario en la versión del Tratado pre-Maastricht" (ALONSO GARCÍA: **Tratado...**, cit., p. 75)

<sup>74</sup> En relación con la constitución argentina, puede consultarse: CARRIÓ, M<sup>a</sup>. E.: "Alcance de los tratados en la hermenéutica constitucional", **Interpretando la Constitución**, Buenos Aires, 1995, pp. 55-72; CALCEGLIA: **Integración: El Desafío de las Instituciones. Reflexiones sobre el Tribunal Supranacional, el activismo judicial y el déficit democrático. Proyecciones y aplicabilidad para MERCOSUR**, Buenos Aires, 1998, pp. 258-261; RAPALLINI, L.E.: **Integración y Desarrollo en Europa y América**, La Plata, 1995, pp. 96-101; Id.: "La responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario: tratamiento en la Unión Europea y en el Mercosur", **Revista del Colegio de Abogados de La Plata**, año XXXVII, N<sup>o</sup>. 58, pp. 252-255; REYES, C.M.: "Derecho de la integración", **Revista del Mercosur**, Paraná (Argentina), N<sup>o</sup>.1, pp. 51-52; RIMOLDI DE LADMANN, E.: "La complejidad de los niveles de decisión y normativos en los procesos de integración", **Desafíos del Mercosur**, Buenos Aires, 1997, pp. 93-106; BARRA. R.: "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las Directivas comunitarias. El caso "Francovich". Una experiencia para el Mercosur", **Desafíos...**, cit., pp. 445-453; BARRA: **Fuentes del ordenamiento de la integración**, Buenos Aires, 1998, pp. 215-224.

<sup>75</sup> En relación con la constitución paraguaya: BARRA: **Fuentes...**, cit., pp. 224-225.

brasileña<sup>76</sup> y en la jurisprudencia uruguaya<sup>77</sup>, con la consiguiente posible derogación, desde estas perspectivas constitucionales, de la norma internacional -inclusive el propio T.A.- por una norma nacional posterior<sup>78</sup>, mediante una aplicación indebida, a la luz del Derecho Internacional, del principio *lex posterior derogat priori*<sup>79</sup>. FERREIRA,

<sup>76</sup> En relación con el ordenamiento jurídico brasileño, puede consultarse: CALCEGLIA: *Integración...*, cit., pp. 261-262; CAPUTO BASTOS.: *O processo de integração do MERCOSUL e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados*, Associação Brasileira de Estudos da Integração, Brasília, 1997; WANDERLEI RODRÍGUES, H.: "Mercosul: alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão", en WANDERLEI RODRÍGUES (org.): *Solução de controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, 1997, pp. 25-28 y 32-36; MARCÓN, F.: "Competência internacional no Brasil e no Mercosul", *Solução...* (WANDERLEI), cit., pp. 74-78; REZEK, F.: "Transcrição da conferência proferida em 19 de novembro de 1996", *Direito...*, cit., pp. 52-61; JOBIN, N.A.: "Transcrição do discurso proferido em 19 de novembro de 1996", *Direito...*, cit., pp. 62-63; AZEVEDO MERCADANTE, A. de: "A "processualística dos atos internacionais": constituição de 1988 e Mercosul", *Contratos...*, cit., pp. 458-505; BOHOMOLETZ DE ABREU DALLARI, P.: "O MERCOSUL perante o sistema constitucional brasileiro", *MERCOSUL. Seus efeitos...*, cit., pp. 106-116; ABREU E LIMA FLORÊNCIO e FRAGA ARAÚJO: *MERCOSUL Hoje*, cit., p. 75; DALLARI, P.: *Constituição e relações exteriores*, Barra Funda, 1994; NASCIMENTO, T.M.C. do: *Comentários à Constituição Federal. Princípios Fundamentais. Artigos 1º a 4º*, Porto Alegre, 1997, pp. 206-223; CÁRCOMO LOBO: "O Direito da integração nas Constituições dos Estados-Partes do Mercosul. A Constituição do Brasil", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur* (en lo sucesivo *Revista de Derecho del Mercosur*), Año 3, Nº. 2, abril de 1999, pp. 18-31; ARIOSI, M. *Conflitos entre Tratados Internacionales e Leis Internas -O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional*, Rio de Janeiro, 2000; BARRA: *Fuentes...*, cit., pp. 226-239.

<sup>77</sup> Respecto al ordenamiento uruguayo: BARRA: *Fuentes...*, cit., pp. 225-226.

<sup>78</sup> Algún autor como SAMTLEBEN afirma, no obstante, no ver, por el momento, el peligro de grandes choques entre derecho comunitario y constitucional, debido al principio de consenso que rige la actuación de los órganos comunes (SAMTLEBEM, J.: "Perspectivas para uma Corte do MERCOSUL e a Experiência Européia", *Brasilia a.*, 33, Nº. 131, Jul/Set. 1996, p. 267).

<sup>79</sup> En relación con los planteamientos constitucionales de los cuatro Estados Partes, CASALI BAHÍA: "A supranacionalidade...", cit., pp. 196-205; FRANCESHINI DA ROSA: *Mercosul...*, cit., pp. 121-128; FREITAS LIMA VENTURA, D. de: *A Or-*

refiriéndose a las normas del Derecho del Mercosur, afirmarí­a: "Elas representam o embrião do direito comunitario"<sup>80</sup>.

Tal vez el país que mayores problemas presente al respecto sea Brasil. En lo que concierne a la Constitución federal brasileña, señalaremos que ella es omisa respecto de la relación entre Derecho Internacional Público y el Derecho interno, de manera que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal pasa a tener un papel muy relevante. Como ha escrito GARCÍA ÁLVAREZ: "Aquí a questão também nos interessa de perto. A República Federativa do Brasil, por diversas vezes editou regras contrariando o espírito, quando não a própria letra, de tratados internacionais em que figurava como signatário. Em relação ao MERCOSUL também a questão se coloca. Nossas autoridades diplomáticas já foram instadas a se pronunciar na tentativa de explicar "escorregões" legislativos que colidiam com decisões editadas pelos órgãos do MERCOSUL, ou com o próprio Tratado de Assunção"<sup>81</sup>.

A la vista de lo expuesto, quisiéramos subrayar aquí que el régimen de incorporación de la normativa del Mercosur da lugar a alber-

---

**dem Jurídica do Mercosul**, Porto Alegre, 1996, pp. 61-77 y 126; BASSO, M.: "Apresentação da segunda edição", **MERCOSUL. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros**, BASSO, M. Org., Segunda Edição, Porto Alegre, 1997, pp. 25-26; OLIVAR JIMÉNEZ, M. L.: "La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur", **MERCOSUL. Seus efeitos...**, cit., p. 73-88; DROMI, EKMEKDJIAN, y RIVERA: **Derecho Comunitario...**, cit., pp. 41-47; LOPRESTI, R.P.: **Constituciones del MERCOSUR**, Buenos Aires, 1997, pp.9-16; QUINTÃO SOARES.: **MERCOSUL. Direitos...**, cit., p. 101-102; ALVARES GARCÍA JÚNIOR.: **Conflito...**, cit., p.99; LABANDERA IPATA, P.: "Aspectos jurídico-institucionales que operan como freno para la integración", **Revista de Derecho del Mercosur**, Año 2, N<sup>o</sup> 4, Agosto de 1998, pp. 67-72; RUIZ DIAZ LABRANO: **Mercosur...**, cit., pp. 87 y 503-518; ELIZECHE: "El Mercosur...", **O Sistema...**, cit., pp. 363-365; ZUNINO, G.: "La Solución de Conflictos Fiscales en el Mercosur", **O Sistema...**, cit., pp. 396-398; FERNANDES, E. C.: **Sistema tributário do Mercosul**, 2<sup>a</sup>. Ed., São Paulo, 1999, pp. 41-52.

<sup>80</sup> FERREIRA: **MERCOSUL. Comentários...**, cit., p. 51.

<sup>81</sup> GARCÍA ALVAREZ: "Conflito...", cit., p. 31.

gar serias interrogantes sobre la viabilidad del sistema en un futuro, sobre todo ante un previsible aumento del número de normas en el marco de la consecución de un mercado común<sup>82</sup>.

El conjunto de características del Derecho del Mercosur, que hemos ido apreciando, “fez com que a própria qualificação de “direito comunitário” às normas do Mercosul (originárias e derivadas) fosse tida por muitos autores como imprópria, eis que o direito comunitário deveria reunir... as características de autonomia, efeito impositivo, efeito direto, primazia, uniformidade de interpretação e de aplicação e, ainda, causar a responsabilidade direta do Estado pela sua violação”<sup>83</sup>. En realidad más que ante un Derecho Comunitario estaríamos ante un Derecho Común. Para WANDERLEI RODRIGUES la denominación mejor sería la de Derecho de la Cooperación<sup>84</sup>.

82 GAMIO, J.: “Solución de Controversias en el proceso de integración regional- Solución de controversias en el MERCOSUR”, Seminario Dimensión Jurídica de la Integración, Montevideo, 2-3 diciembre de 1996, multicopiado mediante versión taquigráfica no corregida por el autor, p. 7.

83 CASALI BAHIA: “A Supranacionalidade...”, cit., pp. 194-195. Sobre las características del Derecho Comunitario existe una amplísima producción científica. Aquí hemos recogido eminentemente doctrina sudamericana, en atención al tratamiento comparado en ellas efectuado de la realidad europea con el proceso del MERCOSUR: IZA, A.O.: **Solución de Controversias en los acuerdos de integración –La experiencia de la Unión Europea-**, Buenos Aires, 1997, pp. 34-38; BARRA.: **Fuentes...**, cit., pp. 166-172.

Con todo, quisiéramos destacar, entre otros, obras con un tratamiento al respecto **in extenso** como las de ABELLÁN HONRUBIA, V., VILA COSTA, B. (dir.) y OLESTI RAYOS (coord.): **Lecciones de Derecho Comunitario Europeo**, 3ª. Ed., Madrid, 1998; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J.A. y FERNÁNDEZ PÉREZ, B.: **Introducción al Derecho de la Unión Europea**, 2ª. Ed. Madrid, 1999; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.: **Instituciones y Derecho de la Unión Europea**, 2ª. Ed., Madrid, 1999; FERNÁNDEZ TOMÁS, A. FORCADA BARONA, I., HUESA VINAIXA, R. y SÁNCHEZ LEGIDO, A.: **Instituciones de Derecho Comunitario**, 2ª. Ed., Valencia, 2000; ISAAC, G.: **Manual de Derecho comunitario general**, 5ª. Ed., Barcelona, 2000; PELÁEZ MARÓN, J.M.: **Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea**, Madrid, 2000.

84 WANDERLEI RODRIGUES: “Mercosul ...”, cit., p. 37.

Ahora bien, a pesar de sus distancias con los parámetros europeos, como subraya ALMEIDA: "Do ponto de vista institucional e político, o projeto integracionista do MERCOSUR se aproxima mais do modelo europeu da UE, isto é tendencialmente comunitário, do que do norte-americano, exclusivamente livre-cambista. A despeito dessa vocação unificacionista nos planos político e econômico, o MERCOSUL evitou o "salto supranacional", mantendo, tanto em sua primeira fase de transição como durante o processo em curso de acabamento de sua união aduaneira, um esquema essencialmente inter-governamental de tomada e implementação de decisões"<sup>85</sup>.

Pero en última instancia, lo que trasciende es, como ha escrito PUEYO LOSA, la necesidad de ir avanzando en la definición de un Derecho auténticamente comunitario y por tanto de un Derecho deri-

---

Sobre la no conveniencia de la utilización de la denominación Derecho Comunitario en el MERCOSUR se han pronunciado: REY CARO: **La solución...**, cit., p. 57; ALVARES GARCÍA JÚNIOR: **Conflicto...**, cit., p.99.

En relación con este asunto, escribe SANGUINETTI: "Temerario sería sostener que las decisiones del Consejo del Mercado Común y las resoluciones del Grupo Mercado Común constituyen *strictu sensu* derecho comunitario, cuando en puridad se trata de un derecho intergubernamental que aspira a ser comunitario. El Tratado de Asunción es instrumental y transitorio y no crea una comunidad que nos permita afirmar que estamos ante un derecho comunitario. En todo caso estamos frente a un conjunto de normas con un *status* jurídico especial, ya que a pesar de ser decididas por consenso su fuerza vinculante es relativa dada la necesidad de internalización" (SANGUINETTI: "MERCOSUR ...", cit., p. 9).

En la misma línea, MANGAS MARTÍN: "**Unión Europea y Mercosur...**", cit., p. 79. Esta autora escribe: "En el Mercosur sólo se habla de decisiones y de su obligatoriedad "para los Estados"; no generan efecto directo ni se imponen sobre el derecho interno, hasta el punto de que es una ironía declarar que son obligatorias las decisiones del Consejo, del Grupo y de la Comisión de Comercio (art. 42 y 2 del Protocolo) y luego reconocer que no entrarán en vigor hasta que en todos y cada uno de los Estados, individualmente, no se hayan adoptado las medidas internas para asegurar su cumplimiento (arts. 38 y 40). No se puede hablar de un derecho común o comunitario como tampoco respecto de las Decisiones -obligatorias- del Consejo de Seguridad de las N.U." (MANGAS MARTÍN: "Unión...", cit., p. 82).

<sup>85</sup> ALMEIDA: "O MERCOSUL no contexto global", **MERCOSUL. Lições...**, cit., pp. 111-112.

vado caracterizado por su aplicabilidad inmediata, efecto directo y primacía; y ello, supone, en definitiva, como sigue diciendo este autor, transformar ese régimen de recepción especial del Derecho del Mercosur en el Derecho interno de cada Estado, en un sistema de recepción automática (de aplicabilidad inmediata) capaz de permitir asegurar el efecto directo que cada vez en mayor volumen e intensidad deberán tener y/o generar las normas del Mercosur de cara a la articulación de un Mercado Común y la elaboración de políticas sectoriales comunes<sup>86</sup>.

Todo lo cual nos sitúa ante un panorama de profundización en los objetivos integracionistas del MERCOSUR que, habiendo de conllevar un avance en el sistema institucional y de la toma de decisiones y una revalorización del Derecho del MERCOSUR, cada vez más próximo a los ciudadanos, exige, a su vez, dotar de mayor eficacia y permanencia al sistema de solución de controversias.

---

<sup>86</sup> PUEYO LOSA: "MERCOSUR ...", cit., pp. 211-212.

#### IV.- EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR. SU CARÁCTER PROGRESIVO

La proliferación -en un contexto de globalización- de grupos de integración regional al que asistimos, sobre todo desde los últimos tiempos, en el medio internacional, no hace desaparecer los conflictos de intereses entre los Estados Partes de los respectivos pactos, siendo, obviamente, la necesidad de resolver sus controversias lo que les ha llevado a contemplar, en sus acuerdos de integración, un mecanismo para la solución de sus diferencias.

Los procedimientos articulados a tal efecto van desde las simples negociaciones directas entre los países miembros, llevadas a cabo por vía diplomática (en la línea de los procedimientos de carácter diplomático o político: negociación, buenos oficios, mediación, conciliación...), hasta la creación de órganos supranacionales creados específicamente con esa finalidad (de carácter jurisdiccional: arbitral o judicial).

A cada modelo se le atribuyen ventajas. A los *diplomáticos o políticos* frecuentemente se les reconoce los méritos de su flexibilidad y pragmatismo, lo cual resulta de manifiesto en la posibilidad de adecuar el procedimiento seleccionado a la naturaleza del conflicto y a la voluntad de las partes, tanto en el momento de seleccionar el procedimiento como de aceptar o no la solución recomendada. Para que la solución resulte útil habrá de contarse con el consentimiento de las partes.

Por lo que respecta a los *procedimientos jurisdiccionales*, éstos ofrecen la ventaja de su seguridad en lo que hace tanto a los criterios a

aplicar, derecho o equidad, como a la solución del conflicto, la cual da lugar a una solución obligatoria para el litigio.

En el texto del Tratado de Asunción, y en particular en su Anexo III, se recoge que se aplicarán en *forma sucesiva tres sistemas diferentes* de solución de controversias. El mecanismo pasa sucesivamente por un proceso diplomático y otro institucional, culminando en una instancia jurisdiccional.

El *primero* es el recogido en el citado *Anexo III del Tratado de Asunción*. Al *segundo*, se refiere el aptdo. 2) de dicho Anexo, según el cual: "Dentro de los ciento veinte (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". Este Sistema vendría a ser el contemplado por el *Protocolo de Brasilia*; al que sería añadida por el Protocolo de Ouro Preto alguna alternativa complementaria. El *tercer* sistema, contemplado como el *permanente*, debería surgir en el momento de la creación de las instituciones definitivas llamadas a regir el Mercado Común del Sur, según lo estipulado, como ya vimos, en el art. 18 del Tratado de Asunción<sup>87</sup>. El sistema de solución de controversias recogido en el P.B. y en el P.O.P., vería ampliado su período de vigencia por el art. 44. del P.O.P., toda vez que antes de culminar el proceso de convergencia del Arancel Externo Común, los Estados Partes "efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción del sistema

---

<sup>87</sup> "Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración". En esa línea, el art. 3 del Anexo III del Tratado de Asunción establecía: "Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común". Igualmente, en el propio Protocolo de Brasilia, en su art. 34, se recoge que: "El presente Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere en el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción".

permanente a que se refieren el ítem 3 del Anexo III del Tratado de Asunción, y el art. 34 del Protocolo de Brasilia”.

### 1.- La debilidad de los procedimientos diplomáticos. El Tratado de Asunción.

El mecanismo de solución de controversias recogido en el Tratado de Asunción estaba dispuesto para regir tan pronto como éste entrara en vigor, lo cual ocurrió, como sabemos, el 29 de noviembre de 1991. Comprendido en el Anexo III, representaba un procedimiento no jurisdiccional muy provisional para no dejar sin un método de solución de controversias al MERCOSUR desde la entrada en vigor del T.A. hasta la entrada en vigor de lo que sería el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia.

El Anexo III de este instrumento consagró mecanismos sencillos de aplicación gradual que no exceden del marco de los *procedimientos diplomáticos* clásicos, privilegiándose las negociaciones directas. A este respecto, establece que “Las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado serán resueltas mediante negociaciones directas”<sup>88</sup>. Contempla sólo las controversias “entre Estados Partes”, no siendo válido para las controversias entre: particulares-Estado, órganos del MERCOSUR-Estado, particulares-órganos del MERCOSUR u órganos del Mercosur entre sí, así como entre particulares, en relación con el derecho originario o derivado del MERCOSUR.

Las controversias deberán referirse a “la aplicación del Tratado”, expresión genérica que debemos interpretar como comprensiva no sólo del texto del T.A. y sus Anexos, sino también de todos sus protocolos complementarios, así como del Derecho derivado, como p. ej. las Decisiones del Consejo y otros actos con efectos jurídicos.

Después de la primera etapa de *negociaciones directas* entre las partes, que vienen a ser los Estados en conflicto, en el supuesto de no

---

<sup>88</sup> Art. 1 del Anexo III.

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 sesenta 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 (art. I, aptdo. 2).

En el caso de que con este procedimiento no se consiguiera una solución, se elevará la controversia al *Consejo del Mercado Común* para que adopte las *recomendaciones* pertinentes<sup>89</sup>.

No se contempla un *plazo* para la duración de las negociaciones directas, lo que vendría a complicar las cosas si se interpretara, en forma sumamente literal, que para pasar a la segunda etapa -sumisión de la controversia al G.M.C.-, fuese necesario el acuerdo de ambas partes en el conflicto con base en que el texto señala que: "... dichos Estados someterán...". Más bien parece que debiera entenderse que cualquier Estado Parte, que considerara a su juicio que las negociaciones directas no habían dado su fruto, luego de un plazo prudencial, pudiera someter la diferencia al G.M.C.<sup>90</sup>. Creemos que una interpretación excesivamente literal, ajena a un sentido sistemático, no debe llevarnos a interpretaciones rígidas como la que pudiera pretenderse derivando un sentido obligatorio de la expresión "dichos Estados Partes someterán..."

En tal sentido, PÉREZ OTERMIN escribe que la decisión de recibir o de no recibir el diferendo estará en manos del Grupo, y como en él, cada Estado tiene un poder de veto, el procedimiento puede

---

<sup>89</sup> Art. I, aptdo. 3 del Anexo III

<sup>90</sup> En tal sentido, PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 21. En un sentido contrario, GARRÉ COPELLO escribió: "No concordamos con la interpretación citada, porque la tendencia que hoy prevalece es la que lleva a una interpretación objetiva del texto independientemente de cuál haya sido la intención concreta de sus redactores individuales" (GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., pp. 11-12). Nos parece muy forzada esta interpretación.

verse entorpecido<sup>91</sup>. A nuestro juicio, no cabe tal veto en el supuesto que nos ocupa. El Grupo Mercado Común tiene unas obligaciones en relación con la solución de controversias, no cabiendo la omisión al respecto. Estaríamos ante un incumplimiento de los términos del Tratado. Lo contrario hubiera equivalido a dar cobertura jurídica a una intención de parálisis en materia de controversias. Sin embargo, si bien sabemos cuál es la norma, bien sabemos asimismo que el veto ante la propuesta de resolución completa pudiera colocarnos ante una situación de parálisis. Claro que también un veto reiterado a distintos proyectos de decisiones en un órgano intergubernamental, mediante el cual se paralice la consecución de los objetivos de tal órgano, también podría llevarnos a la presencia de una mala fe y de incumplimiento del principio de *pacta sunt servanda* por el Estado en cuestión, a través de su órgano-representación estatal en dicho órgano intergubernamental.

El procedimiento ante el Grupo Mercado Común tenía prevista una duración máxima de sesenta días. El plazo se revela excesivo; pero también hay que destacar que no existe un procedimiento breve para los casos que requerían medidas urgentes, cuya ausencia podría originar daños irreparables.

El Grupo podía “establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con asesoramiento técnico”. Esta potestad ayudaba a mitigar de forma indirecta la posibilidad de veto derivada de la necesidad del consenso, dado que, aunque la decisión final estuviera en manos del G.M.C., no podía ignorarse que un dictamen de expertos debería de pesar sin duda en la solución final. Sin dejar de ser ello verdad, también lleva razón GARRÉ COPELLO cuando señala que “no se hace referencia a qué condiciones deben reunir esos expertos, no a cómo tienen que ser designados; y se hace solamente una mención muy general a los mismos”<sup>92</sup>. En efecto, no se

---

<sup>91</sup> PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 21.

<sup>92</sup> GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 13.

decía nada respecto al procedimiento de designación de los expertos, por lo que debería ser llevada a cabo por consenso.

Después de evaluada la situación planteada, el G.M.C. preceptivamente "formulará" las recomendaciones pertinentes a las partes para la solución del conflicto. Si la parte afectada cumpliera la recomendación se llegaría así a una solución de la controversia. Si no se alcanzara esa solución, "se elevará la controversia al Consejo del Mercado Común para que adopte las recomendaciones pertinentes". Tampoco se fijaba aquí un plazo para considerar el incumplimiento, por lo cual debería entenderse un plazo razonable, al cabo del cual quedaría habilitada la nueva instancia, a la que podrá acudir el Estado Parte reclamante.

No se establecía la posibilidad de que el Consejo del Mercado Común pudiera recurrir a peritos o paneles de expertos, los cuales podrían revelarse como interesante en el caso que el G.M.C. no los hubiera solicitado.

El C.M.C. manifestaría su opinión mediante "recomendaciones" para la solución del conflicto, las cuales podrán ser o no acatadas por los Estados Partes, sin que se hubiesen previsto las salidas ante un no acatamiento. Estamos frente a recomendaciones de un órgano intergubernamental sin carácter vinculante para las partes.

Los *mecanismos* contemplados en el Anexo III eran tan *débiles* que sembraron dudas en cuanto a su *operatividad*, dado que las decisiones de los órganos debían ser adoptadas por consenso, estando representados los propios Estados Partes en la controversia. Eran procedimientos que se aplicaban exclusivamente a las controversias entre los Estados, quedando excluidos las reclamaciones de las personas físicas o jurídicas, siendo justificadas las críticas que se le dirigieron en su momento<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> REY CARO: *La Solución...*, cit., p. 48; ALMEIDA: "Solução de Controvérsias no Mercosul. Comentários ao Protocolo de Brasília", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Vol. XLV, nº. 77-78, 1992, p. 100; BOLDORINI, M<sup>a</sup>. C.:

Hay que subrayar que el Anexo se ocupa de los conflictos, sin ninguna mención respecto de la interpretación, nulidad de la normativa y efectos ante el incumplimiento<sup>94</sup>. De todos modos, las controversias urgidas "como consecuencia de la aplicación del Tratado" (art. 1º) deben ser entendidas obviamente en un sentido comprensivo de tales circunstancias.

Como podemos apreciar, el Tratado de Asunción, con una función de índole conciliatoria, realmente no estableció criterios para un régimen de solución de controversias transitorio y mucho menos ni para el sistema de transición ni para el sistema permanente<sup>95</sup>.

## 2. La permanencia de un Sistema de Solución de Controversias de carácter provisional. El Protocolo de Brasilia.

Atendiendo a lo dispuesto en el art. 3 del Tratado de Asunción, y particularmente en su Anexo III, fue designado, en la tercera reunión del Grupo Mercado Común, celebrada en Asunción en octubre de 1991, un Grupo Ad-hoc de trabajo para elaborar un *Sistema de Solución de Controversias* a regir "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 Sistema de Solución de Controversias...".

---

"Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N.º. 6, Santa Fe, Argentina, septiembre de 1994, pp. 475-476; CALCEGLIA: *La solución...*, cit., pp. 25-62; ZEBALLOS, C.: "Protocolo de Brasilia", *Integración Latinoamericana*, diciembre 1992, pp. 51-52.

<sup>94</sup> RUIZ DIAZ LABRANO: *Mercosur...*, cit., p. 534.

<sup>95</sup> Según ARBUET VIGNALL: "la aprobación de los textos obedeció a la existencia de urgencias políticas por concretar el acuerdo, las que existían junto a la convicción de que, para adoptar soluciones supranacionales o muy firmes en la obligatoriedad de someter a los Estados a la decisión jurídicamente vinculante de terceros imparciales, se requiere de otros ritmos y mayor maduración" (ARBUET VIGNALL: "La solución...", cit., pp. 1241-1242).

El Grupo Ad-Hoc llevó a cabo dos reuniones en la Cancillería uruguaya presididas por J. PÉREZ OTERMIN. La primera del 4 al 6 de noviembre y la segunda del 26 al 28 de dicho mes del año 1991<sup>96</sup>. Fruto de los trabajos del Grupo fue la rápida elaboración de un proyecto de mecanismo de Solución de Controversias remitido al G. M.C., con la recomendación de exhortar a los gobiernos de los Estados Partes a que, en el momento de la firma del Protocolo, se formalizara el compromiso de iniciar sin demora los trámites internos respectivos para su aprobación<sup>97</sup>. Acogida favorablemente, el P.B. fue aprobado ligeramente modificado, con base en sugerencias brasileñas, en Brasilia, en la Iª. reunión del C.M.C., con la participación de los Presidentes de los cuatro Estados miembros, el 17 de diciembre de 1991<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> El Grupo Ad-Hoc empezó con un documento de trabajo preparado por la delegación de la Argentina en el cual se recogían elementos de varios convenios recientemente celebrados como el Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos de América y Canadá el 2 de enero de 1988, el Acuerdo de Complementación Económica suscrito por Chile y México el 22 de setiembre de 1991; asimismo, el Protocolo de Solución de Controversias de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio de 1967 o los Mecanismos de Solución de Controversias previstos en el Tratado Antártico y en el propio Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (G.A.T.T.). Asimismo realizó consultas al Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y Méjico de 1991 y a los reglamentos de los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas y Andino.

<sup>97</sup> GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 16.

<sup>98</sup> En dicha reunión, el C.M.C., en su Decisión Nº. 1/91 establecía: Aprobar el Protocolo para la Solución de Controversias, anexo a la presente Decisión, que se denominara Protocolo de Brasilia.

El Protocolo sería ratificado por todos los Estados Partes del MERCOSUR. Así, Argentina mediante la Ley Nº. 24.102 (L.A. 1992-B-1790); Brasil, Decreto legislativo Nº. 88 del 1-XII-1992, promulgado por el Decreto Nº. 922 del 10-IX-1993; Paraguay, en vigor desde el 22-IV-1993; y Uruguay, Ley Nº. 16.348 del 23-III-1993. Los instrumentos de ratificación fueron depositados por Paraguay el 16-VII-1992; Argentina y Brasil el 28-XII-1992; y por Uruguay el 24-IV-1993. La entrada en vigor del Protocolo el 24-IV-1993 vino a suponer que dejara de aplicarse al Anexo III del Tratado de Asunción sobre "Solución de Controversias".

El Protocolo sería firmado por los Presidentes y los Ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro Estados Partes en esa misma fecha.

El Protocolo fue negociado, como vemos, con sorprendente rapidez adelantándose incluso a la entrada en vigor del T.A. Quisiéramos reseñar aquí el desdoblamiento funcional que se produce en el momento de la aprobación del Protocolo. Si nos detenemos un poco en ello, podemos ver que el Consejo por sí mismo no tenía competencias para aprobar un Protocolo que iba a formar parte del T.A., pero al mismo tiempo la decisión se toma en su seno. En realidad, a nuestro juicio, a lo que asistimos en ese momento es a una especie de transmutación del Consejo en una conferencia diplomática internacional entre los cuatro Estados Partes celebrada en el seno de dicho Consejo<sup>99</sup>, fruto de la cual es la adopción de un Tratado Internacional. Ese ámbito material de celebración es el que podría permitir *in extremis* hablar en la materia que nos ocupa de una Decisión. En descargo de una cierta imprecisión en el uso de este término, debemos traer a colación el hecho de que, bien pensado, los órganos del MERCOSUR, en tanto que sometidos a la necesidad del consenso en el proceso de adopción de decisiones, materialmente, *lato sensu*, son algo muy próximo a unas conferencias diplomáticas intergubernamentales<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> En esta línea se expresó REZEK, en conferencia proferida en 1995, en el XVI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional: "O MERCOSUL... tem um sistema de tomada de decisão fundado na reunião de autoridades dos quatro países" (Apud, BOHOMOLETZ DE ABREU DALLARI: "O MERCOSUL...", MERCOSUL. Seus efeitos..., cit., p. 114. En una sintonía parecida OLAVO BAPTISTA escribe: "... era lógico que o órgão superior fosse o Conselho do Mercado Comum (CMC), nada mais, nada menos que uma comissão de ministros das relações exteriores e da economia -e, conseqüentemente, que o órgão administrativo ou executivo fosse o Grupo Mercado Comum (GMC), composto de funcionários desse e doutros Estados-partes" (OLAVO BAPTISTA: "MERCOSUL após o Protocolo de Ouro Preto. Estudos Avançados, ano 10, nº. 27, 1996, p. 181).

<sup>100</sup> La regla del consenso "decorreu da opção pela cooperação como modo de operar a integração, evitando-se com isso criar órgãos supra-nacionais" (OLAVO BAPTISTA: O MERCOSUL. Suas instituições e o Ordenamento Jurídico, 1998, p. 148).

La rapidez impregnada a la adopción del Protocolo de Brasilia demuestra que desde un primer momento se entendió la importancia que para la credibilidad del proceso tenía una pronta puesta en funcionamiento de un mecanismo de solución de controversias que proporcionara una solución ágil a las posibles reclamaciones de los Estados y de los particulares, personas físicas o jurídicas.

El *Protocolo de Brasilia* tiene como propósito el contribuir “al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad”<sup>101</sup>. Como tendremos ocasión de examinar, establece diversos procedimientos según se trate de *controversias entre Estados y ante reclamaciones de particulares*<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Preámbulo del Protocolo, apdo. 4. El Protocolo de Brasilia forma parte del Tratado de Asunción, tal como dispone expresamente en su art. 33. En consecuencia, la adhesión de un Estado al Mercosur implicará *ipso iure* la adhesión a tal Protocolo (art. 35 del Protocolo). Se buscó evitar así que en el futuro pudiera entrar algún Estado en el Mercado Común sin aceptar el mecanismo de solución de controversias recogido en el Protocolo, mediante la adhesión sólo al Tratado.

<sup>102</sup> El capítulo VI sobre disposiciones finales se refiere a la *entrada en vigor* del Protocolo de Brasilia, producida en abril de 1993, su plazo de vigencia, los requisitos para la adhesión al mismo y otras disposiciones de carácter general. Según lo dispuesto en su art. 33, habrá de entrar “en vigor una vez que los cuatro Estados Partes hayan depositado los respectivos instrumentos de ratificación”, lo cual debería ser realizado ante el gobierno de la República del Paraguay, que llevaría a cabo los trámites de estilo, comunicando a los gobiernos de los otros Estados Partes la fecha de depósito respectiva.

El Grupo de trabajo discutió sobre la forma de entrada en vigor del Protocolo, examinando dos alternativas: la primera proponía la entrada en vigor en forma provisional, mediante la aprobación únicamente del Poder Ejecutivo, con base en el mandato recogido en el Anexo III y en el art. III del Tratado, desde su firma por los Estados Partes; la segunda, teniendo en cuenta los posibles problemas de inconstitucionalidad que crearía la aplicación provisional, por que lo hiciera, entrando en vigor en forma definitiva, una vez cumplidos los trámites constitucionales internos de los Estados Partes, después del depósito de las ratificaciones, evitándose así la entrada en vigor entre dos o tres Estados, quedando, en consecuencia, uno o dos Estados desvinculados. Se optó, después de su consideración, por desestimar las posibilidades de evitar un trámite parlamentario interno de los Estados y de dar lugar a la entrada en vigor del Protocolo, mediante la aprobación únicamente del Poder Ejecutivo, lo cual

Ya hemos destacado que el art. 34 del Protocolo establece la vigencia de éste “hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción”, el cual señalaba, como vimos, que antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarían un *Sistema Permanente de Solución de Controversias*. La desaparición de cualquier referencia expresa a la fecha del numeral 3 podría ser tomada como un presagio de que, tal como luego sucedería, la fecha del 31 de diciembre de 1994 no sería respetada. De hecho, al día de hoy, todavía *no disponemos de un Sistema Permanente de Solución de Controversias* en el MERCOSUR, después de que el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur (P.O.P.), de 17 de diciembre de 1994, dispusiera -como también ya hemos avanzado- en su art. 44 que: “Antes de culminar el proceso de convergencia del Arancel Externo Común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias del MERCOSUR con miras a la adopción del sistema permanente del ítem 3 del Anexo III del Tratado de Asunción y el artículo 34 del Protocolo de Brasilia”. La fecha proyectada para la citada convergencia arancelaria es la del año 2006.

Sobre la base de estas reflexiones generales procederemos, seguidamente, a examinar el mecanismo de solución de controversias contenido en el Protocolo, atendiendo a los dos procedimientos que se contemplan en el mismo, uno reservado a los Estados Partes (Capítulos I a IV) y otro reservado a los Particulares, personas físicas o jurídicas (Capítulo V)<sup>103</sup>.

---

hubiera permitido una aplicación provisional mientras que no culminaran los procedimientos internos de aprobación. Esta urgencia vendría explicada por la conveniencia de atender al Preámbulo del Protocolo cuando subraya “la importancia de disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado Tratado y de las disposiciones que de él deriven”.

<sup>103</sup> Las lenguas oficiales para todos los procedimientos serán “el español y el portugués, según resulte aplicable” (art. 36 del Protocolo de Brasilia).



## V.- LOS PROCEDIMIENTOS DE LOS PROTOCOLOS DE BRASÍLIA Y DE OURO PRETO.

### 1. El procedimiento reservado a los Estados Parte.

#### A) Legitimación activa y pasiva: ámbito de aplicación.

La legitimación activa y pasiva queda limitada, en el procedimiento de solución de controversias contenido en los Capítulos I a IV inclusive, a los Estados Partes, únicos actores y demandados de este procedimiento. En el capítulo V, la legitimación activa pertenece a los particulares mientras que la legitimación pasiva pertenece a los Estados.

El hecho de que los órganos creados por el Tratado, C.M.C. y G.M.C., tengan una naturaleza intergubernamental y no supranacional, junto con el que sus Decisiones y Resoluciones deban adoptarse por consenso, lleva a la posibilidad de que los conflictos, en un orden material, dado que formalmente no son posibles, entre Estados Partes y órganos sea muy remota, lo cual reduce las partes en posible discordia. No debe extrañarnos la exclusión de conflictos entre los propios órganos del MERCOSUR, teniendo en cuenta su estructura jerárquica, en la cual el Consejo es el órgano superior del Mercosur, debiendo sus decisiones ser ejecutadas por el Grupo Mercado Común, el cual, a su vez, está asistido por la Comisión en el desempeño de sus funciones<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> En este sentido, URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de Controversias...*, cit., p. 24. La prevalencia de la jerarquía sobre la independencia funcional e imparcial-

Aunque pudiera pensarse que un Estado puede cuestionar la aplicabilidad bien de una Directiva de la Comisión a la luz de lo dispuesto en una Resolución del Grupo o en una Decisión del Consejo, bien de una Resolución del Grupo a la luz de lo dispuesto por una Decisión del Consejo, recurriendo contra la actividad de otro Estado, por incompatibilidad de la actividad nacional con el Derecho del Mercosur, cuando, p. ej., incorpora una norma que hubiese sido aprobada indebidamente por los órganos del MERCOSUR, a la hora de la verdad, teniendo en cuenta el consenso con que se adoptan las normas, entendemos que difícilmente podría haber algún Estado legitimado para recurrir contra otro por haber actuado en el momento de la aprobación de la norma de la misma manera que lo hizo el recurrente<sup>105</sup>.

Los órganos del Tratado de Asunción –Consejo y Grupo Mercado Común no gozan de legitimación activa, no pudiendo actuar contra un Estado que aplique mal o inaplique una decisión del Consejo o una resolución del Grupo Mercado Común, porque estamos ante órganos intergubernamentales y no supranacionales como ocurre en las Comunidades Europeas o en el Acuerdo de Cartagena.

Como venimos señalando, los órganos del MERCOSUR no son objeto asimismo de legitimación pasiva. A este respecto, URIONDO DE MARTINOLI escribe "... los reclamos por la "interpretación,

---

alidad fue duramente criticada por CASSAGNE, quien afirma que "conspira contra la vigencia efectiva de un sistema de integración" (CASSAGNE, J.C.: "El Mercosur y las relaciones con el Derecho interno", *La Ley* (Buenos Aires), n.º. 105, 1995, p. 4).

<sup>105</sup> ALONSO GARCÍA contempla una fórmula indirecta de consecuencias imprevisibles: "Tales contradicciones parece que podrían resolverse, de manera indirecta, en el marco extranacional de solución de controversias surgidas con ocasión de la interpretación y aplicación del ordenamiento del Mercosur por los Estados miembros, pudiendo los tribunales *ad hoc* constituidos al efecto cuestionar no sólo la compatibilidad de éste con la actividad nacional, sino la aplicabilidad misma de las decisiones de los órganos del Mercosur si fueran contrarias *ad intra* a reglas de superior rango normativo" (ALONSO GARCÍA: *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Buenos Aires, 1999, pp. 64-65).

aplicación o incumplimiento" sólo proceden respecto a otro Estado Parte, pero no contemplan el supuesto que ese acto lo realice un órgano del MERCOSUR. Exclusión que, a nuestro juicio, obedecería a la naturaleza intergubernamental de éstos, que además actúan sobre la base del consenso<sup>106</sup>.

No están contempladas actuaciones de unos órganos contra otros órganos que vayan más allá, en el marco de sus competencias, de una actuación acorde con el principio de jerarquía.

Las actuaciones de los Estados contra los particulares se llevarán a cabo en el ámbito de los Derechos Internos.

Las reclamaciones de los particulares contra los particulares se regirán por la jurisdicción interna de los Estados o, en su caso, sirviéndose de los mecanismos recogidos por el Derecho Internacional Privado<sup>107</sup>.

El procedimiento para la solución de controversias previsto en el Protocolo de Brasilia, en cuanto a la iniciativa de los Estados Partes, está limitado a "las controversias que surjan 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 y de las resoluciones del Grupo Mercado Común" (art. 1 del Protocolo de Brasilia).

Al respecto, conviene señalar que el texto del art. 1 del proyecto de Protocolo aprobado por el Grupo Ad-hoc en Montevideo no reco-

---

106 URIONDO DE MARTINOLI: *Solución...*, cit., p. 24.

107 Algunas de las deficiencias del sistema fueron puestas de manifiesto por ZUNINO: "El mecanismo de solución de controversias que reemplace al actual, deberá dar al particular afectado la posibilidad de hacer valer sus derechos, situación que hoy no acontece en el ámbito comunitario. Pero además deberá prever los casos en que los órganos del Mercosur inicien un reclamo ya sea contra un particular o contra un órgano de un Estado Miembro" (ZUNINO: *La Solución...*, *O Sistema...*, cit., p. 412).

gía las “resoluciones del Grupo Mercado Común”. En el momento del estudio en Brasilia del proyecto se opta por incluir en tal artículo dichas resoluciones, teniendo en cuenta que habían sido recogidas ya en el art. 10 del Reglamento del Grupo Mercado Común.

¿Cuál hubiera sido la interpretación si se hubiera mantenido el texto de Montevideo? ¿Hubieran sido dejadas fuera del procedimiento las resoluciones? ¿Existían éstas antes de ser denominadas como tales por el Reglamento del Grupo Mercado Común, cuando lo eran como “decisiones” en nombre idéntico al de los actos del Consejo del Mercado Común? ¿Podría sostenerse que los actos del Grupo Mercado Común previamente a su denominación no tenían efecto vinculante? Evidentemente no. Más allá del art. 1 del Protocolo de Brasilia, habría que acudir a una interpretación congruente de éste con la presencia de las “decisiones” —conocidas como “resoluciones” posteriormente— en el art. 16 —e implícitamente en el art. 13— del Tratado de Asunción.

Los tres recursos fundamentales reconocidos en la Comunidad Europea y el Acuerdo de Cartagena son los de incumplimiento (contra los Estados que han incumplido sus obligaciones con el ordenamiento jurídico comunitario), anulación o nulidad (dirigido a lograr el control de la legalidad de los actos adoptados por el Consejo y por la Comisión que no sean recomendaciones o dictámenes) y consulta prejudicial (cuyo objetivo es lograr una interpretación uniforme del Derecho Comunitario en todos los Estados)<sup>108</sup>. “Los dos primeros, escribe GARRÉ COPELLO, están comprendidos en el sistema del Protocolo de Brasilia, no así el recurso de interpretación prejudicial que para su implementación necesita la creación de un tribunal de justicia permanente, lo cual no es el caso en el sistema jurisdiccional arbitral que crea el Protocolo<sup>109</sup>”. En cuanto al recurso de anulación, escribiría PÉREZ OTERMIN: “Con el mero fin de hacer ejercicio de

---

<sup>108</sup> ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., pp. 89-138.

<sup>109</sup> GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 22.

profundización en el estudio del texto que nos ocupa y salvando las diferencias esenciales entre los sistemas citados, en atención a que en el Protocolo de Brasilia se prevee expresamente la interpretación y el incumplimiento, como fundamento de la acción otorgada a los Estados Partes, cabría preguntarse si en el sistema establecido cabe la solicitud de anulación por parte de un Estado miembro, de una norma adoptada por otro Estado miembro, contraria "... a 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 y de las resoluciones del Grupo Mercado Común". En la CEE como en el Pacto Andino, el recurso de nulidad está dirigido al control de las instituciones comunitarias por violación de la legalidad comunitaria. En la hipótesis prevista, el Estado en cuestión estaría aplicando una norma contraria al ordenamiento comunitario, por lo que estaría incumpliendo con las obligaciones que se comprometió a respetar, todo lo cual nos induce a concluir que la nulidad está comprendida dentro de la previsión por acción o incumplimiento<sup>110</sup>.

A nuestro juicio, aprovechando la oportunidad para profundizar un poco más, en realidad, en el ámbito del mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR, estamos en presencia de una controversia entre Estados —o entre un particular y un Estado— que daría lugar en síntesis a un recurso por incumplimiento —por acción u omisión<sup>111</sup>—, al cual serían reconducidos en su sustancia los problemas de

---

<sup>110</sup> PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 31. En un sentido afirmativo favorable a la inclusión de la nulidad dentro de la previsión del art. 1 de "aplicación o incumplimiento", se manifestaría GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 21.

<sup>111</sup> En cuanto al incumplimiento por omisión, escribe SANGUINETTI: "En el encuadre de las normas del Protocolo de Brasilia sería concebible que un Estado parte del Tratado de Asunción que hubiere *internado* una determinada norma MERCOSUR, mantuviere con otro Estado Parte que no ha procedido de igual forma una controversia basada en dicha norma. En este caso se trataría de una hipótesis de "incumplimiento" de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción o del derecho internacional en su caso; se podría invocar también el derecho de la integración, aunque acotado por los rasgos específicos del MERCOSUR" (SANGUINETTI: "MERCOSUR...", cit., p. 9).

interpretación y aplicación, que debería derivar —en el caso de prosperar— en una nulidad de la acción u omisión del Estado recurrido; pero no estamos ante un recurso de anulación o nulidad dirigido a velar por la legalidad de los actos emanados del Consejo Mercado Común o del Grupo Mercado Común.

Cabría preguntarse por las posibilidades de recurso por ejecución tardía. En este caso, entendemos que el hecho del retraso en la ejecución, más que a un problema de incumplimiento, nos conduce a un problema de responsabilidad a saldar mediante algún tipo de reparación.

Procede aclarar el concepto de incumplimiento de un Estado para lo cual acudiremos a la jurisprudencia y a la doctrina comunitaria, las cuales podrían resultar de valor para el MERCOSUR. El recurso de incumplimiento es el resorte jurídico previsto para accionar cuando los Estados han incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del ordenamiento jurídico comunitario. En otras palabras, cuando los Estados violan tanto las obligaciones que emanan del Tratado constitutivo, como de los órganos creados, es decir tanto del derecho originario como del derivado<sup>112</sup>.

La jurisprudencia comunitaria ha avanzado en sus conceptos, resultando claro que la ejecución tardía puede constituir una violación al orden jurídico comunitario. Surge el problema cuando no está regulado un plazo preciso para la prestación de la obligación. Como advierte SILVA DE LAPUERTA: “En el asunto 31/69 Comisión contra Italia, la Comisión demandó a Italia por no haber entregado en

---

<sup>112</sup> En tal sentido, SILVA DE LAPUERTA manifiesta: “El incumplimiento puede definirse con el abogado general MAYRAS en el asunto 39/72 Comisión contra Italia: bien como el hecho de que un Estado miembro promulgue o mantenga una legislación o una reglamentación incompatible con el Tratado o con el derecho comunitario derivado, bien como la inejecución, por este Estado, o la ejecución incompleta o tardía de las obligaciones que se le imponen por las normas comunitarias” (SILVA DE LAPUERTA, R.: *El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Bilbao, 1986, p. 48).

el tiempo requerido las restituciones relativas a las exportaciones de ciertos productos a los que se referían determinados reglamentos comunitarios y en consecuencia haber incumplido sus obligaciones. Sin embargo, los reglamentos en cuestión no fijaban ningún plazo para dichas entregas. El Tribunal consideró que los reglamentos implicaban que los pagos debían efectuarse en un plazo razonable<sup>113</sup>.

Cuestión de interés es saber si es suficiente con que exista la norma contraria o si para hablar de violación se precisa de la aplicación efectiva de ella. En varias ocasiones el Tribunal sostuvo que la mera existencia de la norma no configuraba la infracción, necesitándose para ello su aplicación en un caso concreto. PESCATORE mantuvo que lo que se considera como incumplimiento es la aplicación de una legislación incompatible con el Mercado Común<sup>114</sup>. Es probable que la razón de esta interpretación estuviera fundamentada en el antecedente del Derecho Internacional: "Es admitido en derecho internacional clásico que la simple adopción de una ley contraria a un compromiso internacional no es suficiente para comprometer la responsabilidad de un Estado: el incumplimiento no puede consistir más que en la aplicación dada a la ley"<sup>115</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha evolucionado en su posicionamiento. Su jurisprudencia, al igual que la doctrina más reciente, ha venido a afirmar que la violación se da por la mera existencia de la norma contraria al Derecho Comunitario. Ciertamente como opina MEGRET la vigencia de tal norma "da lugar a una situación de hecho ambigua manteniendo, para los sujetos de derecho concernientes, un estado de incertidumbre en cuanto a los derechos en los que puedan ampararse"<sup>116</sup>. Este incumplimiento puede darse

---

<sup>113</sup>SILVA DE LAPUERTA: *El Procedimiento...*, cit., p. 49.

<sup>114</sup>PESCATORE, P.: *Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires*, Il Foro Padano, 1972, p. 12.

<sup>115</sup>MÈGRET: *Le Droit...*, cit., p. 52..

<sup>116</sup> *Ibid.*

tanto en relación con las normas comunitarias originarias como con las derivadas.

En el marco de un recurso por incumplimiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con base en la sentencia Comisión/Italia<sup>117</sup> y en la sentencia Comisión/Portugal, ha afirmado que “la inobservancia por parte de un Estado miembro de una obligación impuesta por una norma de derecho comunitario es en sí misma constitutiva de incumplimiento, y que no es pertinente la consideración de que esa inobservancia no ha producido consecuencias negativas”<sup>118</sup>.

Las características del Derecho Comunitario, así como la naturaleza de las relaciones reguladas por él, llevan a sostener que la disposición nacional contraria al ordenamiento comunitario es en sí misma infractora del mismo, sin que sea necesaria su aplicación a un caso concreto, y ello incluso en el caso de que haya instrucciones internas administrativas que tiendan a descartar la aplicación de la ley nacional. Ello no es suficiente para eliminar el incumplimiento, en atención a la inseguridad jurídica subsistente a ellas<sup>119</sup>.

Respecto al incumplimiento por los Estados Partes, otro asunto a considerar es el referente a la determinación de las normas que están obligados a cumplir. A tal respecto, la respuesta estaría en el texto de los consabidos arts. 1 y 19 del Protocolo de Brasilia: disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en el

---

117 As. C-209/88, 27.XI.1990.

118 As. C-150/97, Comisión/Portugal, 21.I.1999, Rec. I-259, pfo. 22.

119 Sentencia de la Corte Europea de 4 de abril de 1974, as. Nº 167/73, *Comisión c. Francia*. En otro sentido, aunque sin extenderse en ninguna consideración al respecto, el Tribunal Arbitral afirma en el Segundo Laudo: “no basta que se alegue la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal contra el sistema normativo del MERCOSUR, sino que es necesario además que los Estados Partes prueben la existencia o amenaza de un perjuicio derivado de dicha violación” (Pfo. 40 del Segundo Laudo). En relación con este Laudo, vide *Infra* Capítulo VIII.

marco del mismo, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables en la materia; habría que añadirle las Directivas de la Comisión de Comercio (art. 43 del P.O.P). Resulta obvio que deberá ser aplicado tanto el derecho originario como el derivado.

Volviendo a la jurisprudencia comunitaria europea, cabría analizar el supuesto de un acuerdo externo acordado por el MERCOSUR con otro Estado u organización internacional. En tal sentido, la jurisprudencia europea ha subrayado que la violación por un Estado Parte del texto de un Tratado celebrado por la Comunidad Europea, incurre en el incumplimiento previsto en el antiguo art. 169 del Tratado de la Comunidad Económica Europea<sup>120</sup>.

La posición de la doctrina y la jurisprudencia europea respecto a los acuerdos internacionales internos, es decir aquéllos celebrados por un Estado Parte con otro Estado Parte, es diversa, no existiendo unanimidad al respecto. Para PESCATORE “este derecho internacional complementario vendría cubierto por la fórmula de los artículos 169 y 170, bastando un vínculo de conexión entre la obligación incumplida y el Tratado para que exista la posibilidad de iniciar un procedimiento de incumplimiento, entendiéndose que este vínculo nace tanto de la obligación general de fidelidad comunitaria del art. 5 del Tratado de la CEE o del 164 como en virtud de los objetivos comunitarios”<sup>121</sup>. Según SILVA DE LAPUERTA “Para otros este tipo de incumplimientos quedaría excluido del ámbito del art. 169. Tal es el caso de D. Bellescize que considera que sólo una cláusula que atribuya de forma expresa la competencia al Tribunal de Justicia, como lo prevé el art.

---

<sup>120</sup> JACOT-GUILLARMOD, O.: *Droit Communautaire et Droit International Public*, Gênevè, 1969, p. 97.

<sup>121</sup> PESCATORE: *Responsabilité...*, cit., p. 13.

182 del Tratado de la CEE, puede justificar que éste conozca de este tipo de incumplimientos"<sup>122</sup>.

Finalmente, relacionado con el ámbito de aplicación, debemos señalar que el Tratado de Asunción fue protocolizado, como Acuerdo de Alcance Parcial, en el seno de la Asociación Latino-Americana de Integración, por medio del Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N<sup>o</sup>. 18 (A.C.E.18), firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el 29 noviembre de 1991. Mediante el Protocolo Adicional N<sup>o</sup>. 4, celebrado el 27 de enero de 1994, se acordó la aplicación del Protocolo de Brasilia al Acuerdo N<sup>o</sup>. 18. Realmente, teniendo en cuenta que los Estados Parte "convienen: suscribir, en el marco del Tratado de Asunción y como parte del mismo, un Acuerdo de Alcance Parcial...", de no existir el Protocolo N<sup>o</sup>. 4, entendemos que habría igualmente que acudir a los mecanismos de solución de controversias del T.A. De todos modos, el Protocolo viene, por una parte, a solventar la hipótesis de cualquier duda al respecto y, por otra, a conducir el marco de la solución en los términos del P.B., sin alusión al P.O.P.

### **B) Autor del incumplimiento.**

Asunto de interés es precisar el autor del incumplimiento. Parece claro que éste se limita a los Estados Partes. Ahora bien, cuál es el contenido de dicha expresión. En el supuesto de incumplimiento, la controversia puede surgir de la acción del Estado tomado como un todo en su conjunto. De modo, que por Estado, puede uno referirse tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo o el Poder Judicial estatales como a las administraciones regionales existentes.

Por su parte, señala PÉREZ OTERMIN "Recurriendo otra vez a la jurisprudencia comunitaria no cabe duda que el criterio es el de considerar al Estado como un todo, y en consecuencia su incumplimiento no puede excusarse, por ejemplo, en la inoperancia parla-

---

<sup>122</sup> SILVA de LAPUERTA: *El Procedimiento...*, cit. p. 49.

mentaria, amparándose en el principio de la separación de poderes. En tal sentido han sido de enorme trascendencia dos sentencias de la Corte Europea una el As. 77/69 "Maderas importadas" Comisión contra Bélgica, y el otro As. 8/70 Comisión contra Italia. En ambos casos se trataba de gravámenes a mercaderías importadas, superiores a los aplicados a las nacionales. Tanto Bélgica como Italia argumentaron que efectivamente reconocían que la tasa era contraria al derecho comunitario, pero que la derogación dependía del parlamento al cual se habían enviado los proyectos de ley, siendo que en ambos recintos por un motivo u otro, y a pesar del largo tiempo transcurrido, no habían sido aprobados, y respetando la separación de poderes, nada podía hacer el Poder Ejecutivo. Las sentencias de la Corte fueron similares en ambos casos, sosteniendo "que las obligaciones del Tratado incumben a los Estados en cuanto tales; que la responsabilidad de un Estado miembro en relación con el art. 169 puede exigirse, cualquiera que sea el órgano del Estado cuya acción u omisión sea el origen del incumplimiento, aun cuando se trate de una institución constitucionalmente independiente"<sup>123</sup>.

Examen particular exige el incumplimiento de los órganos judiciales, circunscripto fundamentalmente a los supuestos de no aplicación o aplicación errónea del Derecho Comunitario. Tal vez parezca excesivo el tratarlo dentro del proceso de integración del MERCOSUR, habida cuenta de la diferencia actual de parámetros existentes entre los dos procesos.

Con todo, a título propedéutico, podemos advertir de la existencia, para MEGRET, a nivel comunitario europeo, de una tendencia unánime a considerar incluidas dentro de las previsiones de incumplimiento del art. 169 del Tratado de la Comunidad Europea a las sentencias judiciales. "A nuestro criterio, no existe razón alguna de excluir la posibilidad de que el incumplimiento pueda consistir en una decisión de la jurisdicción nacional... Ciertamente, en razón de su

---

<sup>123</sup> PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 34.

carácter puntual, tales violaciones no darán más que excepcionalmente lugar al inicio de un procedimiento previsto en el art. 169... Sin embargo, esto no excluye que el órgano del cual ellas emanan constituya una de las ramas de la autoridad nacional y que ella pueda, a ese título, comprometer la responsabilidad del Estado en sus relaciones comunitarias<sup>124</sup>.

Sin embargo, la doctrina comunitaria aparece dividida, habiendo autores que sostienen la posición contraria, basándose esencialmente en la posible lesión al principio de independencia del poder judicial.

¿Qué enseñanzas podrían extraerse de la experiencia comunitaria para el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, carente de la nota de la supranacionalidad? Para PÉREZ OTERMIN, podrían ser las siguientes:

*“Como primer punto, entendemos que la posición de sostener que el incumplimiento de los Estados debe considerar a éstos como un todo, es inobjetable. Los Estados deben ser responsables por el incumplimiento de las normas a que están sujetos, sea que éstas hayan sido desconocidas por el Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial o Gobiernos Departamentales (en nuestro caso) o cualquiera sea la denominación en regímenes con diversa administración territorial.*

*Sin perjuicio de ello entendemos que la situación reviste sus particularidades, fundamentalmente en base al principio de la independencia del Poder Judicial, principio sumamente arraigado en nuestros estudios. No obstante, nos aventuramos a afirmar que deberá considerarse que hay incumplimiento del Estado si un Tribunal o Juzgado nacional desconoce o incumple deliberadamente mediante una sentencia una norma del ordenamiento jurídico comunitario<sup>125</sup>.*

---

124 MÈGRET: *Le Droit...*, cit., p. 55.

125 PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit. p. 35. En la misma línea, URIONDO DE MARTINOLI afirma: "... Cada Estado signatario es responsable de la actividad que cualquiera de sus órganos -Legislativo, Ejecutivo o Judicial- desempeña en dirección opuesta a lo acordado. En este último caso, el incumplimiento se configuraría por la

Por su parte, GARRÉ COPELLO, avanzando un poco más en esa dirección, escribe: "Si se trata de una sentencia de un tribunal estatal que interpreta una disposición comunitaria dentro de sus competencias, en aplicación del derecho comunitario, en el caso de que otro Estado no se encuentre de acuerdo con dicha interpretación judicial, surge una controversia entre Estados que debe solucionarse según lo establece el artículo 1 del Protocolo de Brasilia"<sup>126</sup>.

### C) Interpretación.

Uno de los pilares fundamentales para el normal desarrollo y aplicación de las normas comunitarias en un proceso de integración es la necesidad de una interpretación armónica tanto de sus disposiciones originarias como de las derivadas. Ello se logra, en una mejor medida, con la presencia de un Tribunal de Justicia permanente, al cual le sea otorgada la facultad de interpretar el Derecho Comunitario con un carácter obligatorio para todos los Estados Partes. Si así no fuese, podría acontecer que cada Estado Parte aplicase el Derecho Comunitario de la manera que juzgase oportuno para sus intereses. Surge aquí alguna pregunta al respecto. Pensemos en el supuesto de un Estado

---

inaplicación o desconocimiento deliberado por algún tribunal nacional, de alguna norma contenida en dicho marco jurídico" (URIONDO DE MARTINOLI: **Solución...**, cit., p. 24). Asimismo, JARDÍ ABELLA, M.: "La solución de conflictos en el Mercosur", **Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur**, Facultad de Derecho, Montevideo, 1995, p. 376.

<sup>126</sup> GARRÉ COPELLO: **Solución...**, cit., p. 22. En esa línea, este mismo autor en "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", **Estudios Multidisciplinarios...**, cit., p. 209.

Con todo, respecto al control del poder judicial la doctrina latinoamericana que se inspira en la noción europea de incumplimiento resalta las dificultades de admitir en la práctica el teóricamente posible control del incumplimiento judicial. En este sentido, LANDONI SOSA: **La solución...**, cit., pp. 339-340.

Por lo demás, iguales dificultades existen en la Comunidad Europea. De hecho nunca se ha activado el proceso por incumplimiento frente a decisiones -u omisiones como la del incumplimiento de la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia- de los órganos jurisdiccionales nacionales (ALONSO GARCÍA: **Derecho Comunitario. Sistema Constitucional...** cit., pp. 402-405).

que aplique una norma comunitaria con una interpretación que, en opinión de otro Estado, resulte incorrecta. El Estado que se sienta perjudicado podrá acudir al procedimiento previsto en el Protocolo de Brasilia, llegándose en última instancia a un Laudo Arbitral que dará la interpretación de la norma, a la cual deberán someterse los Estados partes en la controversia, con carácter obligatorio (art. 21 del Protocolo de Brasilia).

Ahora bien, la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral tendrá carácter obligatorio sólo para los Estados Partes en la controversia, no resultando obligatoria para los demás. Este es uno de los problemas causados por la inexistencia de un tribunal permanente que elabore y mantenga una jurisprudencia constante y uniforme. Podría ocurrir que una controversia sobre un asunto similar se presente entre otros dos Estados Partes, que se conformase un Tribunal Arbitral con una composición distinta del anterior y que diese lugar a un Laudo diferente del precedente. Este segundo fallo sería obligatorio sólo para los Estados Partes en la controversia. Puede ocurrir, pues, que en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, en un asunto planteado sobre un mismo texto, entre diferentes Estados existan interpretaciones diferentes<sup>127</sup>.

El recurso prejudicial, como coadyuvante al logro de una interpretación uniforme, también tiene la función de evitar una apelación

---

<sup>127</sup> Como bien señala URIONDO DE MARTINOLI: "Interesa también apuntar, que la falta de permanencia y la variabilidad del procedimiento producto de la constitución de un Tribunal Arbitral *ad hoc*, impide la interpretación uniforme de las normas y principios del ordenamiento jurídico del Mercosur". Continuaría esta autora afirmando: "asimismo, puede ocurrir que un mismo problema enfrente a diferentes estados en ocasiones también distintas, y en este caso, es posible que los árbitros designados para solucionar las cuestiones arriben a posiciones contrapuestas. La hipótesis desarrollada nos permite concluir que el sistema de solución de controversias previsto para el Mercosur, no resulta idóneo para generar una jurisprudencia uniforme" (URIONDO de MARTINOLI: **Solución de controversias...**, cit., p. 48).

a posteriori, que podría conducir al Tribunal a revisar la interpretación enunciada por un juez nacional<sup>128</sup>.

#### **D) Procedimiento.**

El Anexo III de este instrumento consagró, como ya dijimos, mecanismos sencillos de aplicación gradual que no sobrepasan el marco de los procedimientos diplomáticos clásicos. El Procedimiento recogido en el Protocolo de Brasilia contempla una fase precontenciosa y una fase contenciosa, estando dividida la fase precontenciosa en dos partes: negociaciones e intervención del G.M.C; habría que añadir aquí, en fase precontenciosa, la intervención de la Comisión de Comercio recogida en el P.O.P. La fase contenciosa consistiría en el Procedimiento Arbitral. Dentro de la fase precontenciosa es necesario seguir un orden de precedencia entre sus dos partes; igualmente habrá que observar un orden de prelación entre lo precontencioso y lo contencioso.

Hay que señalar que, según el art. 42 del Reglamento: "En cualquier etapa de los procedimientos, la parte que presentó la controversia o el reclamo podrá desistir del mismo, o las partes involucradas podrán llegar a una transacción, dándose por concluida la controversia o el reclamo en ambos casos. Los desistimientos o las transacciones deberán ser comunicados al Grupo Mercado Común o al Tribunal Arbitral, según el caso a efectos de que se adopten las medidas necesarias que correspondan".

##### **a) Negociaciones directas.**

En los procedimientos de solución de controversias resulta habitual dejar abierta, o incluso obligar, a las partes a intentar la solu-

---

<sup>128</sup> Después de la firma del P.O.P., la Resolución del G.M.C. Nº. 130/94 estableció que el Grupo *ad hoc* sobre Aspectos Institucionales acompañara el funcionamiento del sistema de solución de controversias, en lo referente a interpretación uniforme del ordenamiento del Mercosur, así como su aplicación y cumplimiento, lo que podrá, posiblemente, contribuir a modificaciones en el modelo.

ción de su diferencia en forma directa por vía diplomática mediante negociaciones<sup>129</sup>, con carácter previo al paso a etapas posteriores, en las cuales la solución vendrá bien impuesta por un tercero o bien procedente de él. La negociación directa, primer mecanismo de solución de controversias, constituye el mecanismo más accesible para los Estados Partes para buscar una solución a sus diferencias. Siendo ellos los componentes del arreglo, lógicamente ello deberá facilitar la aceptación del resultado.

El art. 2 del Protocolo de Brasilia dispone: "Los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas"<sup>130</sup>. Las negociaciones directas serán conducidas por los Coordinadores Nacionales del Grupo Mercado Común de los Estados Partes en la controversia<sup>131</sup>.

---

129 Sobre los requisitos que deben darse para una adecuada negociación, BLOCH e IGLESIAS.: **Solución...**, cit., pp. 51-56.

130 Adviértase que el uso de la expresión "ante todo", clarifica la opción de los autores del T.A. por estipular dicha vía diplomática como el principal mecanismo para la solución de controversias. Cfr. SILVA RAUPP, K. Da: "Solução de controvérsias entre os Estados-Partes do Mercosul", **Solução...** (Wanderlei), cit. p. 52.

131 Art. 2 del Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, Decisión del Consejo Nº 17/98, aprobado en Río de Janeiro el 10-XII-1998, en lo sucesivo Reglamento. Su texto puede ser consultado en URIONDO DE MARTINO-LLI: **Solución de Controversias...**, cit., pp. 173-179.

Con este Reglamento, las partes buscan suplir, en alguna medida, los vacíos existentes en el Protocolo, así como, según REY CARO "complementar algunos dispositivos del Protocolo de Brasilia, e, inclusive, modificarlos" (REY CARO: "Comentario al reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el Mercosur", **Revista de Derecho del Mercosur**, Año 3, Nº. 3, Junio de 1999, p. 1 (separata).

El Reglamento no dispone al respecto de su entrada en vigor. Los órganos del MERCOSUR han entendido que entró en vigor inmediatamente con su aprobación, sin necesidad de incorporación a los Derechos internos, tal como se viene entendiendo que sucede en relación con el contenido de aquellas normas que tratan asuntos relacionados con la organización de los trabajos y el funcionamiento de los órganos del proceso de integración, siguiendo el criterio expresado en la X Reunión del C.M.C. llevada a cabo en Buenos Aires y Potrero de los Funes durante los días 24 y 25 de junio de 1996, Acta Nº. 1/96. Pudiendo enterarse como correcto este criterio

Con el fin de que esta etapa no se transformara en un mecanismo dilatador, se estipuló un plazo máximo de quince días a partir de la fecha en que uno de los Estados Partes plantea la controversia<sup>132</sup>.

En el Protocolo de Brasilia se contempla una gestión nueva para la Secretaría Administrativa que no estaba prevista en el Tratado de Asunción, de seguimiento, apoyo logístico al procedimiento de solución de controversias, en todas sus etapas, al objeto de ayudar al desarrollo del mismo. La Secretaría Administrativa desarrolla también labores informativas sobre el particular. En ese contexto, se recoge en el art. 3, aptdo. 1 que "los Estados Partes en una controversia informarán al Grupo Mercado Común, a través de la Secretaría Administrativa, sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas". Por su parte, el Grupo Mercado Común proporcionará una información permanente de las gestiones llevadas a cabo por las partes, así como de los resultados a que se llegue.

### **b) Intervención del Grupo Mercado Común.**

Si con las negociaciones directas no se logra un acuerdo o si la controversia fuere solucionada solo parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en una controversia podrá someterla a consideración del Grupo Mercado Común (art. 4, aptdo. 1 del P.B.), pasándose así a la segunda etapa del procedimiento de solución de controversias. Ca-

---

en cuanto a disposiciones que se refieran a la realización de reuniones de ministros, aprobación de reglamentos internos, creación de comités técnicos y, en general, al funcionamiento interno del MERCOSUR, no compartimos dicho criterio en relación con este Reglamento, habida cuenta de los *perfiles modificadores* que incorpora en algunas de sus disposiciones, tal como tendremos ocasión de comprobar. De esta opinión es también NOODT TAQUELA, M<sup>a</sup>.B.: "La primacía del derecho del MERCOSUR en su primer laudo arbitral", *Jurisprudencia*, 1999-III, p. 296.

<sup>132</sup> Art. 3, aptdo. 2 del Protocolo de Brasilia. Los plazos en el Protocolo de Brasilia y en el Reglamento "se contarán por días corridos" (art. 39 del Reglamento). El plazo de quince días establecido en el art. 3.2 será contado desde la fecha en que el Estado Parte que plantea la controversia la comunique al otro u otros Estados involucrados. Esta comunicación será cursada por el intermedio del G.M.C. (art. 3 del Reglamento).

be señalar que el Grupo no puede actuar de oficio, sino únicamente a instancia de un Estado Parte en la controversia

El Estado Parte que decida someter la controversia a consideración del G.M.C. podrá hacerlo en una reunión ordinaria o extraordinaria de este órgano. Si faltaren más de cuarenta y cinco días para la celebración de las reuniones mencionadas, el Estado Parte podrá solicitar que el Grupo se reúna en forma extraordinaria. El Estado Parte que plantee la controversia deberá presentarla a la Presidencia Pro Tempore del G.M.C., "por escrito y acompañada de la documentación correspondiente, con diez (10) días de anticipación a la fecha de inicio de la reunión, para que se incluya el tema en la agenda" (art. 4 del Reglamento).

Constituyó una preocupación del Grupo Ad-hoc que elaboró el Proyecto de P.B., -a pesar de estar éste marcado por el consenso- el tratar de disminuir, en alguna medida, las dificultades derivadas de la prescripción de que las decisiones del Consejo sean adoptadas por consenso, lo cual viene a suponer que los Estados Partes tengan un poder de veto en toda decisión que quieran paralizar. Como en otros mecanismos, se acude al asesoramiento de expertos, con el ánimo de obtener una opinión menos condicionada por el consenso.

La presencia de los expertos, de carácter discrecional, se dará, pues, si lo estima conveniente el Grupo Mercado Común, el cual evaluará la situación, dando oportunidad a las partes en la controversia para que expongan sus respectivas posiciones y requiriendo, cuando lo considere oportuno, el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que se hace referencia en el Artículo 30 del presente Protocolo<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Art. 4, aptdo. 2 del Protocolo de Brasilia. "Con el fin de constituir la lista de expertos, cada uno de los Estados Partes designará seis (6) personas de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia. Dicha lista quedará registrada en la Secretaría Administrativa" (art. 30, aptdo. 2 del Protocolo de Brasilia).

En el art. 4, aptdo. 2 del P.B. (controversias entre Estados), al revés de lo que ocurre en su art. 30, aptdo. 1 (reclamaciones de particulares), existe una discrecionalidad absoluta tanto en lo referente al recurso a los expertos como a su número y procedimiento de selección, si bien entendemos que deberá actuarse analógicamente en el primer artículo. En apoyo de esta interpretación vendría el Reglamento en su art. 6, al señalar que cuando el G.M.C. considere necesario requerir el asesoramiento de expertos, "según lo establecido en el art. 4.2 del Protocolo de Brasilia, la designación de los mismos se regulará de conformidad a lo establecido en el art. 30 de dicho Protocolo".

Cada Estado Parte podrá modificar "la nómina de expertos por él designados para conformar la lista del artículo 30 del Protocolo de Brasilia. Sin embargo, a partir del momento en que una controversia o reclamo sea sometida al Grupo Mercado Común, conforme al artículo 4 del Protocolo de Brasilia, o recibida por este órgano, conforme al artículo 29 del Protocolo de Brasilia, los Estados Partes no podrán modificar para ese caso la lista comunicada con anterioridad a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR" (art. 13 del Reglamento). A nuestro juicio, resulta difícil la situación de los componentes de una lista de expertos que no gocen en la práctica de una estabilidad que merezca tal nombre. **Item** más pensemos en un miembro de un Grupo de expertos que se vea retirado de la lista, excepción hecha de "ese caso"; su situación no sería la mejor para actuar de forma equilibrada, evitando "reaccionar" de manera servil o incluso hostil. Estimamos que deberá establecerse que las designaciones sean hechas para un período mínimo.

Los expertos elevarán al G.M.C. un dictamen conjunto en el plazo que éste determine. En el caso de que no pudiera llegarse a un dictamen conjunto, serán remitidas, en el plazo establecido, las distintas conclusiones de los expertos (art. 6 del Reglamento).

Los expertos, al ser designados para actuar en un caso específico, "firmarán una declaración de aceptación del cargo por la cual asumirán el compromiso de actuar con independencia técnica, honestidad e

imparcialidad en los términos establecidos en el siguiente texto, que deberá ser firmada y devuelta a la Secretaría Administrativa del Mercosur antes del inicio de los trabajos"<sup>134</sup>. En el texto al firmar, los expertos se comprometen "a mantener el carácter reservado de todas las informaciones que vinieren a mi conocimiento en razón de mi participación en este procedimiento, así como también el contenido de mis conclusiones y del dictamen".

Los gastos de los expertos correrán a cargo de los Estados Partes en la controversia a montos iguales o en la proporción que determine el Grupo Mercado Común. La posibilidad de proporciones desiguales no parece que vaya a ser frecuente, teniendo en cuenta la necesidad del consenso al respecto<sup>135</sup>.

Al término del procedimiento recogido en el art. 4 del P.B., el G.M.C. formulará recomendaciones a los Estados Partes en la controversia dirigidos a la solución del diferendo, recomendaciones que no tendrán naturaleza obligatoria<sup>136</sup>, a tenor de la propia definición del

---

<sup>134</sup> Art. 7 del Reglamento. IZA opina que con la elección de los árbitros por las partes, "el requisito de independencia no se halla totalmente asegurado" (IZA: Solución..., cit., p. 103).

<sup>135</sup> Art. 4, aptdo. 3 del P.B. En el art. 29 del Reglamento se extiende en materia de gastos de los expertos: "Los gastos de los expertos a que hacen referencia los artículos 4.3 y 31 del Protocolo de Brasilia comprenden la compensación pecuniaria por su actuación y los gastos de pasajes, costos de traslado, viáticos y otras erogaciones que demande su actuación". La compensación pecuniaria de los expertos "será acordada por los Estados involucrados y convenida con los expertos en un plazo que no podrá superar los (5) días siguientes a su designación" (art. 30 del Reglamento), quedando el pago efectivo de la compensación pecuniaria, así de los otros gastos que se hubieran devengado, "deberán presentarse los recibos, comprobantes o facturas o correspondientes" (art. 34 del Reglamento).

<sup>136</sup> Art. 5 del PB. DAVEREDE reivindicó el papel del G.M.C.: "En primer lugar, porque es importante que el órgano que tiene a su cargo velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción conozca los diferendos a que puede dar lugar su aplicación, y trate de buscar un arreglo que resulte satisfactorio para todas las Partes interesadas. En segundo lugar, porque es la institución que mejor conoce el funcionamiento del régimen, lo que la habilita para ofrecer en cada caso la solución más adecuada a la

término y de que el G.M.C. no fue concebido como un órgano jurisdiccional. Debemos subrayar que, estando compuesto el G.M.C. por funcionarios gubernamentales, podrá resultar fácil que el Estado reclamado se oponga con su veto a la consecución del consenso y, en consecuencia, a la formulación de recomendaciones que entienda perjudiciales para sus intereses, si bien entendemos que la no emisión de las recomendaciones no producirá el bloqueo de la posibilidad del Estado reclamante de pasar al Procedimiento Arbitral del Capítulo V<sup>137</sup>.

Al objeto de la formulación de las recomendaciones por el G.M.C., sus Secciones Nacionales pondrán todos los medios necesarios para sugerir propuestas tendentes a la solución de la controversia (art. 8 del Reglamento).

La duración de la etapa ante el Grupo "no podrá extenderse por un plazo mayor de treinta (30) días, a partir de la fecha en que se sometió la controversia a la consideración del Grupo Mercado Común". El plazo parece demasiado extenso, sobre todo teniendo en cuenta que no hay la posibilidad de abreviarlo salvo que haya acuerdo entre

---

marcha general del proceso de integración. En tercer lugar, permite que las partes que no están directamente involucradas en la controversia intervengan en su posible solución, pudiendo eventualmente interponer sus buenos oficios. Por último, la participación de las Partes en la controversia en el propio proceso en que se revise la cuestión asegura que, en caso de que se llegue a una recomendación, ella será de más fácil aceptación por todas las Partes" (DAVEREDE: "El sistema...", cit., p. 2).

<sup>137</sup> CASTRO BERNIERI se refiere a que "pudiera darse el caso de que un país vete una recomendación que le sea adversa o incluso que bloquee el tratamiento de un tema por este órgano" (CASTRO BERNIERI, J.: "Solución de diferencias en acuerdos regionales de integración", Taller de Entrenamiento sobre "Mecanismos Multilaterales y Regionales de Solución de Controversias: Experiencias y Perspectivas", Caracas, 17 y 18 de noviembre de 1998, p. 3, multicopiado). A nuestro juicio, no es posible tal bloqueo en virtud del art. 6 del P.B., por el que el procedimiento ante el G.M.C. no podrá extenderse durante un plazo mayor de treinta días a partir de la sumisión de la controversia ante aquél, en conjunción con el art. 7 del P.B., mediante el cual si la controversia no pudo solucionarse, por las razones que fueren, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá recurrir al Procedimiento Arbitral.

las partes. Asimismo, no está contemplada la posibilidad de tomar medidas urgentes como si lo está en el procedimiento arbitral<sup>138</sup>.

Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos contemplados en los capítulos II y III, "cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el presente Protocolo"<sup>139</sup>.

### c) Intervención de la Comisión de Comercio.

El P.O.P., parte integrante del Tratado de Asunción<sup>140</sup>, dispone de un Capítulo VI, titulado Sistema de Solución de Controversias, que en su artículo único establece en su primer apartado: "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, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedi-

<sup>138</sup> Art. 6 y 18 del P.B.

<sup>139</sup> Art. 7 del P.B. RAMOS ROCHA critica la necesidad de la toma de decisiones, en materia de controversias, por consenso: "A tomada de decisões por consenso, em virtude da composição dos órgãos decisórios, pode ser mais conveniente em nível de satisfação geral, mas, certamente, não o é no caso particular dos Estados envolvidos. Ampla possibilidade de adequação aos interesses individuais dos Estados, sem dúvida, existirá tanto em decisões tomadas no nível do consenso, quanto no nível da votação. Resta medir em qual dos dois modelos os Estados tenham que ceder menos" (RAMOS ROCHA: MERCOSUL..., cit., p. 19). A nuestro juicio, tal crítica no nos parece acertada. La formulación de "soluciones" no arbitrales al margen del Estado demandado sería poco fructífera. En todo caso, por una lógica elemental, los Estados podrán ceder menos en "soluciones" para cuya aprobación sea necesario su consentimiento expresando mediante el oportuno voto que en aquellas que le puedan venir dadas por una mayoría ajena..

<sup>140</sup> Según se preceptúa en su art. 28.

mientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991”(art. 43).

El Protocolo, por una parte, reafirma, como acabamos de ver en el art. 43, la vigencia de los procedimientos de solución recogidos en el Protocolo de Brasilia, pero, por otra, en su art. 21 pasa a contemplar para la Comisión de Comercio un cierto papel en el ámbito de la Solución de Controversias. En tal sentido, en dicho artículo se acuerda que:

*“Además de las funciones y atribuciones establecidas en los artículos 16 y 19 del presente Protocolo, corresponderá a la Comisión de Comercio del Mercosur 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 –personas físicas o jurídicas- relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 19 o 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro de su área de competencia.*

**Parágrafo primero** – *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 Solución de Controversias.*

**Parágrafo segundo** – *Las reclamaciones originadas en los casos establecidos en el presente artículo se tramitarán de acuerdo con el procedimiento previsto en el Anexo de este Protocolo”.*

Nos encontramos, pues, con que se pasa a abrir una vía alternativa –no excluyente de la del Protocolo de Brasilia, revigorizada en el art. 21 recién visto- que se suma a la de la actuación del Grupo Mercado Común, siempre que el objeto de la reclamación estuviera dentro del “área de la competencia de la C.C.M.”, que, dada su amplitud, podríamos generalizar como el entorno competencial de las “cuestiones relativas al comercio” de titularidad de la C.C.M., tal como aparecen descriptas en los art. 16 y 19 del P.O.P. Ésta vía alternativa aparece recogida en el Anexo al P.O.P., denominado Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur.

Este Procedimiento contiene siete artículos. La citada vía no excluye la del Protocolo de Brasilia, como acabamos de ver.

El art. 1º dispone que: "Las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur, originadas en los Estados Partes o en reclamaciones de particulares – personas físicas o jurídicas- de acuerdo con lo previsto en el art. 21 del P.O.P., se ajustarán al procedimiento establecido en el presente Anexo". En puridad, el artículo no debería de utilizar la palabra "ajustarán". Lo correcto sería la expresión "podrán ajustarse", escapando de los términos imperativos y excluyentes no permitidos por una interpretación sistemática que ha de tener en cuenta la vigencia del Protocolo de Brasilia reiterada, como hemos visto, en los citados arts. 43 y 21.

El procedimiento, como acabamos de ver, no indica ante qué Sección Nacional podrán recurrir los particulares para instrumentar sus reclamaciones. Entendemos que cabrá actuar de forma análoga a lo dispuesto en el art. 26 del P.B.<sup>141</sup>.

De acuerdo con una interpretación sistemática de los P.B. y P.O.P., consideramos que, por lo que respecta a las controversias entre Estados Partes, una vez que no hubiesen dado un resultado positivo las negociaciones directas contempladas en el Capítulo II del Protocolo de Brasilia, el Estado que se siente perjudicado podrá optar, si el asunto cae dentro del ámbito de competencias de la C.C.M., por seguir el *iter* del Capítulo III del Protocolo de Brasilia (Intervención del Grupo Mercado Común) o, por medio de su Sección Nacional de la Comisión de Comercio del Mercosur acogerse al Procedimiento contemplado en el Anexo al P.O.P., si bien para acogerse a este Procedimiento, creemos, no sería preceptiva la fase de negociaciones previas. Ambos caminos, como comprobaremos, de no llegarse, me-

---

<sup>141</sup> En este mismo sentido REYES, C. M.: "Orientación para la solución de un conflicto relacionado con el MERCOSUR", *Revista del Mercosur*, Nº. 2, octubre 1997, p. 80.

diante ellos a una solución de la controversia, desembocan en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia (Procedimiento arbitral), que ya hemos tenido ocasión de estudiar.

Supuesto que el Estado opte por el Procedimiento del Anexo, según el art. 2º: "El Estado Parte reclamante presentará su reclamación ante la Presidencia Pro-tempore de la Comisión de Comercio del Mercosur, la que tomará las providencias necesarias para la incorporación del tema en la Agenda de la primera reunión siguiente de la Comisión de Comercio del Mercosur con el plazo mínimo de una semana de antelación. Si no se adoptare una decisión en dicha reunión, la Comisión de Comercio del Mercosur remitirá los antecedentes sin más trámite a un Comité Técnico"<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> La Directiva de la Comisión de Comercio Nº. 13/95 contempla un procedimiento de Consultas por los Estados Parte ante la Comisión de Comercio en el marco de sus competencias, procedimiento que, según el art. 9, "no obsta a la utilización por los Estados Parte de los mecanismos acordados para Reclamaciones o Solución de Controversias".

Las Consultas que, según el art. 2, deben presentarse en las reuniones de la Comisión, deberán hacerse por escrito en el formulario correspondiente, que podrá ir acompañado, si el Estado consultante lo juzga oportuno, por una nota técnica preparada por él, incluyendo: "descripción de la dificultad o inconveniente que la origina; disposiciones de la normativa Mercosur afectadas; elementos de juicio que se aportan para el análisis del tema; y planteo de lo que se solicita para solucionar el tema".

Si la Comisión no consigue en dos reuniones consecutivas solucionar el asunto que originó la Consulta, los antecedentes son remitidos al Comité Técnico correspondiente según el tema que se trate, que, en un plazo máximo de cuarenta días, elevará a la Comisión un dictamen conjunto o, en su defecto, las conclusiones individuales de sus miembros, debiendo decidir la Comisión en su reunión siguiente (arts. 6-8). Si la Comisión no decidiese, el Estado consultante vendría a tener dos alternativas: recurrir al P.B. o al Anexo del P.O.P., pudiendo ser iniciado el procedimiento, por economía procesal, al nivel del G.M.C.

El procedimiento de consultas fue reglamentado por la Directiva Nº. 6/96 de la C.C.M.

En la Secretaría Administrativa del Mercosur (Montevideo), hemos tenido un breve acceso al Documento denominado "Listado Cronológico de Consultas en la Comisión de Comercio del MERCOSUR", del cual, por su carácter de Reservado, no podemos hacernos eco aquí. Con todo, una aproximación al contenido de las consul-

Cabe, que la Comisión de Comercio tome una decisión o que no la tome. Ocupémonos, en primer lugar, de saber qué ocurre a continuación si no se llega a una decisión. En este caso, el Comité Técnico "preparará y elevará a la Comisión de Comercio del Mercosur, en el plazo máximo de treinta días (30 días) corridos, un dictamen conjunto sobre la materia. Dicho dictamen o las conclusiones de los expertos integrantes del Comité Técnico, cuando no existiera dictamen conjunto, serán tomados en consideración por la Comisión de Comercio del Mercosur, al decidir sobre la reclamación"<sup>143</sup>.

---

tas efectuadas ante la C.C.M. puede verse en HALPERIN: "Mecanismos de solución de controversias: enfoques alternativos", **Estrategias de articulación y reforzamiento de las capacidades de gestión de una Unión Aduanera: opciones para el MERCOSUR**, Centro de Información para la Integración Regional, Montevideo, 1996, pp. 175-187. El mayor número de consultas se dio sobre restricciones no arancelarias, régimen de adecuación final a la Unión Aduanera, incorporación de normas del Mercosur a los ordenamientos jurídicos nacionales, trato de la nación más favorecida y trato nacional en materia impositiva interna. Sobre las consultas, asimismo, FLOREAL GONZÁLEZ, F.: "Mercosur: un balance de sus objetivos, sus logros y sus asignaturas pendientes", **La Ley**, Buenos Aires, Nº. 211, 5 de noviembre de 1998, p. 3; BERCÚN, H. D.: "Solución de conflictos en el Mercosur y la Organización Mundial del Comercio", **Revista de Derecho del Mercosur**, Año 2, Nº. 3, Junio de 1998, pp. 109-111; **Id.**: "Conflictos en el Mercosur. Discriminación impositiva. Impuesto específico interno (IMESI)", **Revista de Derecho del Mercosur**, Año 2, Nº. 4, Agosto 1998, pp. 85-87; **Informe MERCOSUR**, J.J. TACCONE y U. NOGUEIRA (eds.), Enero-Junio 1998, pp. 232-234; FERNÁNDEZ REYES, J.E.: "Evaluación de los mecanismos de solución de controversias en el Mercosur", **Revista de Derecho del MERCOSUR**, Año 4, Nº. 4, agosto 2000, p. 158.

<sup>143</sup>La Comisión de Comercio, según el art. 4 del Procedimiento, "decidirá sobre la cuestión en su primera reunión ordinaria posterior a la recepción del dictamen conjunto, o en caso de no existir éste, de las conclusiones de los expertos, pudiendo también ser convocada una reunión extraordinaria con esa finalidad". REYES juzga que la reunión extraordinaria será convocada si los miembros de la C.C.M. creen que el plazo faltante para la siguiente ordinaria es demasiado extenso (REYES: "Orientación...", cit., p. 81). Estimamos que habitualmente serán las razones del plazo las que indiquen la conveniencia de celebración o no de una reunión extraordinaria, pero no necesariamente en todos los casos; puede haber supuestos que hagan conveniente la celebración con carácter *extraordinario* al objeto de encarecer su importancia.

En el caso de que no se alcanzara el consenso en la reunión antes citada, según el art. 5, la Comisión de Comercio del Mercosur "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. El Grupo Mercado Común se pronunciará al respecto en un plazo de treinta (30) días corridos, contados desde la recepción, por la Presidencia Pro-Tempore, de las propuestas elevadas por la Comisión de Comercio". Se reconoce, por lo tanto, el envío *ex officio* de la materia a un órgano de superior jerarquía.

El consenso sigue siendo necesario para la toma de decisiones. ¿Qué ocurriría si hubiese consenso? En primer lugar, debemos subrayar que el consenso puede producirse en la C.C.M., bien en la primera reunión a la que se hace referencia en el citado art. 2 bien en la reunión posterior a que se hace referencia en el art. 4, o, posteriormente, en el Grupo Mercado Común en la reunión señalada en el art. 5. En todos estos casos de existencia de "consenso sobre la procedencia de la reclamación, el Estado Parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la Comisión de Comercio del Mercosur o en el Grupo Mercado Común. En cada caso, la Comisión de Comercio del Mercosur o, posteriormente el Grupo Mercado Común, determinarán un plazo razonable para la instrumentación de dichas medidas. Transcurrido dicho plazo sin que el Estado reclamado haya cumplido con lo dispuesto en la decisión adoptada, sea por la Comisión de Comercio del Mercosur o por el Grupo Mercado Común, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia"<sup>144</sup>. Los órganos con capacidad decisoria, como podemos observar, carecen de potestad para instar el cumpli-

---

<sup>144</sup> Art. 6 del Procedimiento. GREBLER señala que, **a contrario sensu**, habiendo consenso en la C.C.M o en el G.M.C. sobre la improcedencia de la reclamación no podrá el Estado reclamante recurrir al arbitraje (GREBLER, E. "A solução de controvérsias no Tratado do Mercosul", *Contratos...*, cit., p. 360). Esta posibilidad nos parece irreal porque lo lógico es que el Estado reclamante impida el consenso.

miento de sus propias decisiones, con lo cual el procedimiento queda disminuido en su eficacia<sup>145</sup>.

En el caso de no lograrse 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 previsto en el artículo 6.º con lo dispuesto en la decisión adoptada, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento establecido en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia, hecho que será comunicado a la Secretaría Administrativa del Mercosur. Y el consiguiente Tribunal Arbitral deberá, antes de emitir su Laudo, dentro del plazo de hasta quince días contados a partir de la fecha de su constitución, pronunciarse sobre las medidas provisionales que considere apropiadas en las condiciones establecidas por el artículo 18 del P.B.<sup>146</sup>.

Observemos que para que sean dictadas las medidas provisionales no es necesaria "solicitud de la parte interesada" tal como exige el art. 18 del P.B.

El Procedimiento recogido en el Anexo del P.O.P. contempla distintos mecanismos que aumentan las posibilidades para intentar la solución de las controversias. Aunque en los arts. 1 y 2 del Anexo no se hace referencia ninguna a la necesidad de efectuar negociaciones directas entre las partes, no cabe duda que éstas pueden resultar muy convenientes. Si bien la introducción del papel de la Comisión de Comercio en materia de solución de controversias puede resultar positiva, con todo habría que señalar que la nueva alternativa puede redundar en un aumento del tiempo del procedimiento necesario para llegar a la constitución de un Tribunal Arbitral. Hay que señalar, con todo, en una línea de concreción de tiempo, el plazo concedido de quince días para la adopción de medidas provisionales anteriores al

---

<sup>145</sup> De ahí que estimemos que no lleva razón FERNANDES cuando escribe que "havendo consenso no GMC, a decisão será obrigatória" (FERNANDES: *Sistema...*, cit., pp. 196).

<sup>146</sup> Art. 7 del Procedimiento.

Laudo, plazo que, como veremos, en el art. 18 del P.B. no se recoge. Tenemos que decir también que no ofrece elementos para la formación del Comité Técnico a que hacen referencia los arts. 2º y 3º.

Al particular, al cual la Sección Nacional de la C.C.M. le considerase una reclamación como improcedente, le quedaría el libre acceso a la vía judicial nacional de acuerdo con el derecho vigente en su país y con las limitaciones que la misma pueda contener<sup>147</sup>.

En resumen, podríamos decir que la intervención de la C.C.M. en materia de solución de controversias no comporta alteraciones fundamentales. Supone, en la práctica, la posibilidad de una instancia intermedia entre las negociaciones directas y la búsqueda de una solución por medio del G.M.C. La toma de decisiones continúa haciéndose por unanimidad, el recurso es, en última instancia, el tribunal arbitral y las reclamaciones de las personas físicas o jurídicas siguen siendo posibles únicamente si son subrogadas por las Secciones Nacionales<sup>148</sup>. Asimismo, cabe destacar como tampoco se ha avanzado demasiado en el sentido de integrarla con funcionarios que actúen con independencia de los gobiernos que los designen, ya que su composición intergubernamental no muestra diferencia alguna respecto a los otros órganos del Mercado Común<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> GONZÁLEZ, F.: "Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del MERCOSUR y la CEE", *Integración Latinoamericana*, n.º 185, Buenos Aires, diciembre 1992, 35.

<sup>148</sup> SARAIVA GUERREIRO, R.: "Solução de Controvérsias no MERCOSUL", conferencia en XXII Curso de Direito Internacional, Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, pp. 13-14.

<sup>149</sup> URIONDO DE MARTINOLI: *Solución...*, cit., p. 19.

#### d) Procedimiento del Tribunal Arbitral.

En el caso de incumplimiento de las medidas adoptadas o recomendaciones formuladas<sup>150</sup> –según los casos, en atención a que se haya seguido la vía del P.O.P. o la del P.B.- por la C.C.M. o por el G.M.C., cualquiera de los Estados partes en la controversia, sin que sea necesario como en el arbitraje tradicional un compromiso arbitral<sup>151</sup>, puede acudir a la fase arbitral, último escalón después de toda una serie de tentativas para encontrar soluciones negociadas o consensuadas<sup>152</sup>. El procedimiento puede ser iniciado por cualquiera de los Estados parte en una controversia, debiendo comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral establecido en el presente Protocolo, la cual notificará de inmediato la comunicación al Estado o Estados involucrados en la con-

<sup>150</sup> Para ALONSO GARCÍA: "Las hipótesis de una resolución del conflicto apartándose de la recomendación, o de un incumplimiento de ésta generador del paso a la fase arbitral, claras teóricamente, son difíciles de imaginar en la práctica, pues no debe perderse de vista que la recomendación es adoptada con el beneplácito de las partes implicadas" (ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., pp. 64-65).

Resulta incierta la observación de BARON KNOLL DE BARTOLOTTI de que la C.C.M. constituye "un verdadero Tribunal de Primera Instancia" (BARON KNOLL DE BERTOLLOTTI, S.: *Administración y gobierno del MERCOSUR*, Buenos Aires, 1997, p. 127).

<sup>151</sup> Estaríamos ante un *arbitraje obligatorio* "que tiene lugar cuando los Estados partes en una controversia internacional se habrían obligado previamente por medio de acuerdo, a someterla (llegado el caso) al tribunal de arbitraje" mediante una cláusula compromisoria (MARIÑO MENÉNDEZ, F.: "Algunos aspectos de la práctica contemporánea del arbitraje internacional entre Estados", *El arbitraje internacional*, XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Ed. Preparada por F.M. MARIÑO), Zaragoza, 1989, p. 13).

Sobre el concepto de arbitraje, CARDONA LLORENS, J.: "La delimitación del concepto de arbitraje de Derecho Internacional Público a la luz del asunto del Rainbow Warrior", *El arbitraje...*, cit., pp. 109-133.

<sup>152</sup> BORBA CASELLA se hace eco de una querencia histórica del Brasil por las soluciones arbitrales con base en su experiencia histórica de los siglos XIX y XX (BORBA CASELLA, P.: "Solución de controversias y marco institucional: Perspectivas para los actores privados en el MERCOSUR", *Estrategias...*, cit., 189-197).

troversia y al Grupo Mercado Común y tendrá a su cargo los trámites para el desarrollo del procedimiento<sup>153</sup>. La sumisión al arbitraje resulta obligatoria, sin necesidad de acuerdo especial, conforme prevé el art. 8 del Protocolo de Brasilia.

Como acabamos de examinar, a la Secretaría Administrativa le corresponde un papel muy importante en el desarrollo del proceso arbitral, actuando como motor del mismo, teniendo a su cargo los trámites y centralizando la información. Esta competencia, no recogida en el art. 15 del Tratado de Asunción, le fue atribuida en el Protocolo de Brasilia. La consecución de mayor interés del Protocolo de Brasilia fue ciertamente la aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Arbitral por parte de los Estados Partes del MERCOSUR: "Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal

---

<sup>153</sup> Arts. 7, aptdos 1 y 2 del P.B. El art. 19 del Reglamento establece que: "La Secretaría Administrativa proveerá, en la medida de lo posible, el soporte administrativo necesario para el desarrollo del procedimiento arbitral".

Respecto a la ausencia de plazo para la comunicación a la Secretaría Administrativa, ALONSO GARCÍA escribe: "No fija el PB plazo alguno para comunicar a la Secretaría la intención de recurrir al procedimiento arbitral, lo que choca con la clara delimitación de plazos presente tanto en la fase de negociación directa como arbitral. Ante tal silencio, podría recurrirse al concepto de "razonabilidad" empleado por el Tribunal europeo de Justicia en el marco de los artículos 169 y 170 TCE, reguladores, respectivamente del procedimiento por incumplimiento a instancia de la Comisión o de un Estado miembro, que también guardan silencio en cuanto al plazo para interponer el recurso ante el Tribunal una vez finalizada la fase administrativa previa, bien entendido que dicha "razonabilidad", en principio variable a la luz del caso concreto, deberá en todo caso interpretarse en el contexto global de los Capítulos II a IV del PB, que pretenden una solución rápida del conflicto" (ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 65).

Sobre este particular señala URIONDO DE MARTINOLI: "Cabe advertir que el Protocolo instituye una reglamentación diferente de las instancias anteriores, en las que sí se establece un término preciso para su concreción, a fin de evitar demoras innecesarias. No obstante este descuido, estimo que dicha comunicación no podrá dilatarse en el tiempo, por cuanto el recurso ha sido diseñado para que pueda operar de manera simple, sin perjuicio de cumplir ciertas formalidades" (URIONDO de MARTINOLI: *Solución de controversias...*, cit., p. 33).

Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo". El Proyecto de P.O.P., elaborado en su día en Montevideo, añadía: "y se comprometen a cumplir sus decisiones". La expresión podía parecer excesiva, dado que en realidad no recogía ningún efecto nuevo que no estuviera en el texto, como podemos comprobar con la lectura del art. 21, aptdo. 1 del Protocolo de Brasilia: "Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ellos fuerza de cosa juzgada". PÉREZ OTERMIN, no obstante hubiera preferido mantener la referencia al "cumplimiento" en atención a que significaba resaltar el logro quizás más trascendente del Protocolo de Brasilia, es decir, el reconocimiento de la aplicación "directa" del fallo arbitral, sin necesidad de trámite alguno de incorporación al ordenamiento nacional<sup>154</sup>.

Por último, a tenor del art. 42 del Reglamento, en cualquier etapa de los procedimientos, la parte que presentó la controversia o la reclamación podrá desistir del mismo, o las partes involucradas podrán llegar a una transacción, dándose por concluida la controversia o el reclamo en ambos casos. Los desistimientos o las transacciones deberán ser comunicados al Grupo Mercado Común o al Tribunal Arbitral, según el caso, al objeto de que se adopten las medidas necesarias que corresponda".

#### **d.1) Constitución del Tribunal.**

La constitución del Tribunal será llevada a cabo en cada caso concreto, no teniendo consecuentemente carácter permanente. El Tribunal estará integrado por tres árbitros. "Cada Estado Parte en la controversia designará un (1) árbitro. El tercer árbitro, que no podrá

---

<sup>154</sup> PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 39.

ser nacional de los Estados Partes en la controversia, será designado de común acuerdo por ellos y presidirá el Tribunal Arbitral<sup>155</sup>.

Los árbitros son nombrados de una lista preestablecida, integrada por cuarenta árbitros, designados diez por cada Estado Parte. La lista que quedará registrada en la Secretaría Administrativa, así como sus sucesivas modificaciones, será puesta en conocimiento de los Estados Partes (art. 10 del Protocolo de Brasilia). La lista podrá estar integrada tanto por nacionales de los Estados Partes como por nacionales de terceros países, aunque previsiblemente esta lista esté conformada casi en totalidad por nacionales de los Estados Partes<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Art. 9, aptdo. 2, i) del P.B. "El Presidente del Tribunal Arbitral será notificado por la Secretaría Administrativa de su designación, debiendo tal notificación ser efectuada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.2 (i) o con el artículo 12 del Protocolo de Brasilia" (Art. 17 del Reglamento).

Quisiéramos señalar que el requisito de la no nacionalidad de un Estado Parte en la controversia para el Presidente, además de la expresión de una cautela estimable, parecería transmitir la impresión de un cierto entendimiento comprensivo-desconfiado hacia una actuación, en alguna medida, interesada de los árbitros designados por cada uno de los Estados Partes. Esta impresión aumenta cuando el tercer árbitro, designado en común, presidirá *open legem* el Tribunal Arbitral, pareciendo esperarse de forma especial en él un insospechoso papel, llegado el caso, de desempañador objetivo. Afortunadamente, los tres Laudos Arbitrales habidos han sido pronunciados por unanimidad, con lo cual las posibles conclusiones a sacar de la anterior reflexión quedan en suspenso.

<sup>156</sup> Art. 10 del Protocolo de Brasilia. Si bien excepcionalmente algún autor ha intentado asimilar "nacionales de terceros países" (art. 12 P.B.) a "nacionales de países no partes en la controversia", esta interpretación no es la seguida por la generalidad de la doctrina, de acuerdo con una interpretación sistemática del T.A. Si ése hubiera querido ser el sentido de los redactores del T.A. hubiera bastado repetir en el art. 12, aptdo. 2 del T.A. la expresión "Estados partes en la controversia"; en tal caso los Estados terceros sí serían los otros Estados miembros del Mercosur. Según ABREU BONILLA y PASTORI FILLOI: "Esta inclusión de "extranjeros" es lógica pues de lo contrario no podría designar un tercer árbitro en los casos de conflictos que involucren a todas las partes (ej. Arg/Bras/Urug vs. Par), al no poder tener el tercer árbitro la nacionalidad de una de las partes involucradas)" (ABREU BONILLA y PASTORI FILLOI: Uruguay.... cit., p. 79).

El Grupo Ad-hoc se preocupó por establecer plazos precisos durante el desarrollo del proceso, al objeto de evitar retrasos provocados de mala fe o, en todo caso, innecesarios. En tal sentido, "los árbitros deberán ser nombrados en el término de quince (15) días, a partir de la fecha en la cual la Secretaría Administrativa haya comunicado a los demás Estados Partes en la controversia la intención de uno de ellos de recurrir al arbitraje" (art. 9, aptdo. 2, pfo i) del P.B.).

Cada Estado parte en la controversia habrá de nombrar además un árbitro suplente, quien deberá reunir los mismos requisitos para reemplazar al árbitro titular en caso de incapacidad o excusa de éste para formar el Tribunal Arbitral, sea en el momento de su integración o durante el curso del procedimiento (art. 9, aptdo. 2, pfo. ii) del P.B.).

En el caso de que uno de los Estados Partes en la controversia no hubiera nombrado su árbitro en el plazo indicado en el art. 9, éste será designado por la Secretaría Administrativa entre los árbitros de ese Estado, de conformidad con el orden establecido en la lista respectiva<sup>157</sup>.

Los Estados Partes en la controversia, de común acuerdo, además de los árbitros a que se refiere el artículo 9 del Protocolo, designarán un árbitro suplente, que reúna los mismos requisitos del titular, para sustituir al tercer árbitro en caso de incapacidad o excusa de éste para formar el Tribunal Arbitral, ya sea en el momento de su instalación o durante el curso del procedimiento (art. 9 del Reglamento). A pesar de que la redacción de este artículo es un tanto equívoca, su intención no es la de indicar que el nombramiento de los árbitros que hace cada parte deba hacerse a partir del Reglamento por común acuerdo.

---

<sup>157</sup> Art. 11 del P.B. Según el art. 11 del Reglamento, si cualquiera de los Estados partes en la controversia "no hubiera nombrado su árbitro en el plazo de quince (15) días establecido en el artículo 9 del Protocolo de Brasilia, la designación será hecha por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, conforme al artículo 11 de dicho Protocolo, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento de aquel plazo".

En el art. 10 del Reglamento se recoge que: "Los Estados Partes en la controversia podrán, de común acuerdo, elegir el árbitro que les corresponda designar de la lista presentada por la otra parte en la controversia". Creemos que esta disposición contraría las posibilidades recogidas por el P.B. en su art. 9 de que los Estados partes designen libremente un árbitro de entre la lista del art. 10 del P.B. Los diez árbitros propuestos por cada Estado, según el art. 10 del P.B., no son patrimonio del Estado proponente. La disposición del Reglamento sólo tendría sentido entendida recíprocamente. En tal caso, podría sostenerse una interpretación no contraria al P.B. y se acercaría a otras experiencias en las que cada uno de los Estados Partes en la controversia hace la designación como miembros del panel de entre los propuestos para la lista de panelistas por el otro Estado Parte en la controversia. En realidad el Reglamento contempla expresamente una posibilidad que, mediante acuerdo de voluntades, ya estaba presente en el P.B.

En el supuesto de que en la controversia hubiera dos Estados Partes del Tratado que mantengan la misma posición en la controversia unificarán su representación ante el Tribunal y nombrarán un árbitro de común acuerdo en el plazo establecido en el Artículo 9.2.i)<sup>158</sup>. No se previó un procedimiento específico para el supuesto de que los Estados que asumieran la misma postura en la *litis* no se pusieran de acuerdo en la designación del árbitro único. ¿La solución recogida en el art. 11 del Protocolo resultará de aplicación en este supuesto o, tal vez, no por ser muy específica, siendo difícilmente extensibles a esta hipótesis? Evidentemente, habría un problema no contemplado en el Protocolo de Brasilia en el supuesto de que los Estados partes en la controversia fuesen tres –un reclamante y dos reclamados, éstos con posiciones diferentes- y hubiese tres posiciones distintas: ¿cada uno de los tres Estados designaría un árbitro? ¿el Presidente, no

---

<sup>158</sup> Art. 14 del Protocolo de Brasilia. Es en este art. 14 la única vez que en el P.B. se hace referencia a la "representación ante el Tribunal Arbitral", la cual estará formada por sus representantes legales, abogados y asesores.

nacional de un Estado parte en la controversia, junto con los otros tres árbitros, daría lugar a un Tribunal Arbitral de cuatro miembros? ¿Sería posible que uno de los Estados se quedase sin designar árbitro, a fin de respetar el número de tres componentes del Tribunal?<sup>159</sup> ¿Y si los Estados partes en la controversia fuesen cuatro –un reclamante y tres reclamados-, con posturas distintas? Las preguntas podrían ser algunas más. Así, p. ej. cómo podrán dos o más Estados con la misma posición, pero fundada en distinta –e incluso contradictoria- motivación que hace inviable la unificación de la representación y la designación arbitral de común acuerdo, proceder a unificar su representación ante el Tribunal Arbitral y designar un árbitro de común acuerdo? No intentaremos adelantar respuestas. Si acaso sólo dejar planteados unos problemas que no son si no exponentes de algunas de las limitaciones del Protocolo de Brasilia.

De no haber acuerdo entre los Estados Partes en la controversia para elegir el tercer árbitro dentro del plazo fijado en el art. 9, la Secretaría Administrativa, a petición de cualquiera de ellos, procederá a su designación por sorteo de una lista de dieciséis árbitros confeccionada por el Grupo Mercado Común. Dicha lista, quedará también registrada en la Secretaría Administrativa y estará integrada en partes iguales por nacionales de los Estados Partes y por nacionales de terce-

---

159 FERREIRA escribe en relación con estas hipótesis: "Não prevê, porém, o Protocolo a situação de mais de dois Estados-Partes entrarem em conflito, cada um com posições distintas ou que a controvérsia ocorra entre os quatro países membros do MERCOSUL, ou seja, enfrentando-se dois contra dois, três contra um ou ainda posições distintas de todos eles.

Nesses casos não é possível aplicar o disposto no art. 14 do Protocolo, pois nem mesmo o árbitro-presidente poderá ser sorteado da lista do art. 12, i, isto é, não ser nacional dos estados envolvidos no conflito, já que todos eles o estariam.

A solução nesses casos será a dos Estados-Partes acordarem a indicação de um ou mais árbitros e, se necessário para equilibrar a situação, terceiros árbitros que estivessem ou não indicados na lista do art. 12. Nessa hipótese, seria necessário o compromisso arbitral, excluído expressamente no art. 8º. (FERREIRA: **MERCOSUL. Comentários...**, cit., p. 50).

ros países<sup>160</sup>. Lo previsible es que cada Estado Parte a la hora de la confección de la lista por el Grupo Mercado Común proponga cuatro árbitros, dos nacionales propios y dos nacionales de Estados no partes del MERCOSUR.

Cada Estado Parte podrá modificar en cualquier momento la nómina de árbitros por él designados para conformar las listas de los arts. 10 y 12 del Protocolo de Brasilia. Sin embargo, desde el momento en que un Estado Parte haya comunicado a la Secretaría Administrativa su intención de acudir al Procedimiento Arbitral, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 del P.B. no podrá modificar, para ese caso, la lista comunicada con anterioridad a la Secretaría Administrativa del Mercosur (art. 14 del Reglamento). Elevemos al cubo aquí las críticas hechas a la falta de estabilidad de los expertos. Las situaciones pueden ser mucho más hirientes en el caso de los árbitros.

En el Proyecto elaborado por el Grupo Ad-hoc, se recogía como motivo del reemplazo del titular la "inhabilidad", que fue suprimida en Brasilia. Esto guarda relación con la condición que deben revestir las personas designadas para integrar las listas de árbitros. En Montevideo fueron discutidos profundamente dos requisitos. Uno sería el de establecer expresamente que fueran funcionarios gubernamentales de los Estados; otro el de exigir que fueran simplemente expertos, sin necesidad de su carácter de juristas.

A este respecto, PÉREZ OTERMÍN advierte que la posición uruguaya fue contraria a que los árbitros pudieran ser funcionarios de los Estados partes:

*"De acuerdo al texto que se proponía, los árbitros designados por Estados partes podrían ser funcionarios de sus gobiernos, y como la*

---

<sup>160</sup> Art. 12, aptdos. 1 y 2 del P.B. A tenor del art. 12 del Reglamento, de no haber acuerdo para nombrar al tercer árbitro y/o su suplente, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, "a petición de cualquiera de los Estados partes en la controversia, procederá a la designación por sorteo a que se refiere el artículo 12 del Protocolo de Brasilia dentro de los tres (3) días siguientes a dicho pedido".

posibilidad se refería a ambas listas, el tercero también podría ser funcionario gubernamental, aunque en este caso, al no poder ser nacional de ninguno de los Estados partes, la posibilidad se limita al caso en que, no obstante no ser nacional, fuere funcionario de ese gobierno.

Se sostenía que la condición de funcionario gubernamental bajaría el costo del arbitraje para las partes, que según el art. 24 cada Estado Parte en la controversia "sufragará los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado" (art. 24, aptdo. 1 del Protocolo de Brasilia). Igualmente que la condición de funcionario permitiría designar técnicos que cumplieran funciones en la sección correspondiente al tema, resultando, en consecuencia, conocedores en detalle de la posición de su país. Asimismo, que sería muy difícil para los Estados Partes hacer una lista tan numerosa de árbitros, sin que ninguno de ellos tuviese una condición de funcionario.

El primer argumento carecería de entidad para un Estado, y más aun para uno empeñado en la empresa de crear un Mercado Común.

En cuanto al segundo, resulta ser el que más desvirtúa y atenta contra la esencia misma del arbitraje. Siendo un árbitro funcionario de su gobierno y cumpliendo sus cometidos en la sección administrativa afectada por el asunto, resulta evidente que su actuación no sería imparcial, sino que desempeñaría la función de abogado de la posición de su país, quedando la decisión en manos del tercer árbitro<sup>161</sup>.

La independencia, rasgo connatural a la función arbitral, se vería sumamente comprometida siendo el árbitro funcionario gubernamental del Estado parte proponente y, más aun, cumpliendo funciones administrativas relacionadas con el asunto sometido a controversia<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> PÉREZ O'ERMIN: *Solución...*, cit., pp. 40-41.

<sup>162</sup> La "dependencia" del Estado sería contraria a los propios significados de las palabras "Arbitrar" y "Arbitros", recogidos en el Diccionario de la Real Academia Española, con claras llamadas a la libertad y no dependencia. Arbitrar: "Proceder uno

Por lo que respecta al tercer argumento, con un alcance claramente pragmático, podría tener su parte de verdad; pero convendría tal vez distinguir cuál puede ser el grado de vinculación del funcionario con el Estado, en función del interés discutido. Resulta claro que no es el mismo vínculo el de un funcionario perteneciente a la “administración” afectada por el tema que el de un profesor de universidad pública. Debe analizarse, en cada caso, el tipo de vinculación existente entre el funcionario y el gobierno respectivo.

En el Proyecto discutido en Montevideo se contemplaban en el art. 9, aptdo. 2, pfo. ii) como causas de reemplazamiento de un árbitro los casos “de incapacidad, excusa o inhabilidad de éste para formar parte del Tribunal Arbitral...”. La supresión de la causa de inhabilidad viene a dificultar, con todo, la posibilidad de recusar un árbitro que sea funcionario gubernamental del Estado proponente vinculado administrativamente al asunto en cuestión y afectado de una presunción de actuación parcial.

Tras arduas discusiones se dispuso que: “Los árbitros que integren las listas a que hacen referencia los Artículos 10 y 12 deberán ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia”<sup>163</sup>.

En el texto aprobado, no se prohíbe que los árbitros puedan ser funcionarios públicos, posibilidad que supone un riesgo para la impar-

---

libremente, usando de su facultad y arbitrio”; árbitro: “Dícese del que puede hacer alguna cosa por sí solo, sin dependencia de otro”.

<sup>163</sup> Art. 13 del P.B. Como escribe GIARDINO B. BRANCO: “Não se descarta a hipótese de que funcionários governamentais (no caso, juízes) venham a integrar as listas de árbitros nacionais, enquanto a segunda metade da lista comum –del art. 12 del P.B.- não especifica a nacionalidade dos árbitros extra-MERCOSUL, podendo ser invocados árbitros de renomadas instituições dessa natureza, como a OMC, a Câmara de Comércio Internacional; a nível interamericano, a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial; e nos Estados Unidos, a Associação Americana de Arbitragem” (GIARDINO B. BRANCO, L.: *Sistema de Solução de Controvérsia no MERCOSUL -Perspectivas para criação de um modelo institucional permanente*, São Paulo, 1997, p. 141).

cialidad del Tribunal Arbitral -afectando así a lo que puede considerarse como el *núcleo duro* del derecho a la tutela judicial efectiva-, dejándose la puerta abierta a que los Estados partes puedan designar como árbitro una persona que sí lo sea. El otro Estado parte "tendrá la facultad de recusarlo si entiende que hay implicancia"<sup>164</sup>. Nos parece obvio que, rebasado un cierto punto, no son admisibles situaciones contrarias a elementales principios de derecho como el de *nemo iudex in causa sua*, defensor de las condiciones de independencia con que debe producirse el árbitro. Con todo, hay que reconocer que no será fácil recusar a un árbitro por dudarse de su imparcialidad. La propia recusación presenta problemas de procedimiento y de eficacia, por no aparecer contemplada en el Protocolo de Brasilia<sup>165</sup>.

---

164 PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 41.

165 En relación con el requisito de imparcialidad en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (T.L.C.): "El panel está integrado por cinco miembros elegidos por las Partes contendientes en función de su "objetividad, confiabilidad y buen juicio", de entre, *en principio*, una lista de hasta treinta individuos pactada de antemano por todas las Partes por un período renovable de tres años, individuos que deberán tener conocimientos o experiencia en Derecho, comercio internacional, en la materia cubierta por el Tratado o en controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales, ser independientes (esto es, no pueden estar vinculados a las Partes o recibir instrucciones de ellas) y satisfacer el Código de Conducta aprobado por la Comisión, en el que destaca la exigencia de *aparencia* de imparcialidad, inexistente cuando una "persona razonable", con conocimiento de todas las circunstancias relevantes deducibles de un examen igualmente razonable del asunto, asumirá la disminución de la capacidad del candidato para desempeñar sus funciones con integridad, imparcialidad y competencia; a tales efectos, el Código de Conducta -cuya violación puede provocar la destitución del panelista afectado de común acuerdo por las Partes contendientes- exige al candidato desvelar cualquier interés financiero en el asunto no sólo personal *strictu sensu*, sino de empleados, socios o familiares, así como su intervención como representante de clientes en el marco de otros procedimientos relacionados con los mismos productos. A lo anterior debe añadirse, finalmente, la prohibición contemplada en el art. 2010.2 de ser panelista cuando se hubiere participado como asesor o experto en la fase consultiva de la controversia" (ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., pp. 12-14).

Los que sostenían el requisito de que los árbitros fuesen únicamente expertos argumentaban en que así se dejaría el paso abierto para quienes, sin ser juristas, tuviesen un conocimiento y experiencia tales en la materia de la posible controversia, que los haría capaces de arbitrar con la misma o mayor solvencia que un jurista. Por parte uruguayo, se sostuvo que "la controversia debe resolverse en base a derecho, que el arbitraje es jurisdiccional, por lo cual debe ser un profesional del derecho quien tenga las funciones de árbitro. Por otra parte, si en su pronunciamiento debe analizar temas ajenos a su profesión, está previsto expresamente que pueda recurrir al asesoramiento que considere necesario. Pero en definitiva lo que estará en juego serán normas jurídicas, el ordenamiento jurídico del MERCOSUR, su derecho originario y su derecho derivado, motivo por el cual es insito a la materia en discusión que sea un jurista el que tome resolución (Art. 19)"<sup>166</sup>.

El hecho de que un Estado parte designe un árbitro, ello no quiere decir que dicha persona no deba revestir las condiciones de seriedad e independencia de criterio, contribuyendo "con su sano discernimiento a que la decisión del Tribunal todo, sea lo más justa y adecuada a derecho, independientemente de los intereses particulares de su país"<sup>167</sup>.

Ahora bien, tal como se dispone en el art. 15 del Reglamento, no podrán actuar como árbitros "personas que hubieran intervenido bajo cualquier forma en las fases anteriores del procedimiento o que no tuvieran la necesaria independencia con relación a los Gobiernos de los Estados Partes". Se añadirían aquí a la solvencia jurídica los requisitos de no implicación previa con el procedimiento del caso y la independencia de los Estados Partes.

Una vez designados los árbitros para actuar en un caso específico, el Director de la Secretaría Administrativa contactará inmediatamente con los designados y les presentará una declaración que deberá

---

<sup>166</sup> PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit. p. 42.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 40.

ser firmada y devuelta por los mismos, después de hacer constar en ella la ausencia de cualquier interés en la controversia ni otra causa para considerarse impedido por razón del art. 15 del Reglamento, el compromiso para mantener el carácter reservado de todas las informaciones que vinieren en su conocimiento con motivo de su participación, así como el contenido de su voto y del laudo arbitral. No se percibe claramente lo que debe entenderse por carácter reservado del contenido del laudo arbitral, como no sea de las discusiones y de los votos de los demás árbitros, incluidos ya en la palabra "informaciones"<sup>168</sup>. El incumplimiento de los compromisos de la declaración por parte de alguno de los árbitros "podría dar lugar a la sancionabilidad del incumplidor y, por ende, a la responsabilidad solidaria consiguiente del infractor y de los encargados de la elección"<sup>169</sup>. Particularmente, nos parece difícil la sanción de los Estados que realizaron la designación. Por lo que respecta al árbitro, creemos que, cuando menos, debería ser objeto de inhabilitación en sus funciones.

Asimismo, el árbitro declara: "Me obligo asimismo, a juzgar con independencia, honestidad e imparcialidad y a no aceptar sugerencias o imposiciones de terceros o de las partes, así como a no recibir ninguna remuneración relativa a esta actuación excepto aquella prevista en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias"<sup>170</sup>.

---

168 Art. 16 del Reglamento "Toda la documentación y las actuaciones vinculadas a los procedimientos establecidos en el Protocolo de Brasilia y en este Reglamento, así como las sesiones del Tribunal Arbitral, tendrán carácter reservado, excepto los laudos del Tribunal Arbitral".

169 URIONDO DE MARTINOLI: **Solución de controversias...**, cit., p. 35.

170 Como podemos apreciar algunas de las disposiciones del Reglamento deben ser entendidas *ex abundantia*. En realidad vienen a incidir en unos *mínima* que deben juzgarse presentes a la luz de un mínimo rigor conceptual y lógico. ¿Qué menos puede esperarse de un árbitro que una actuación *independiente, honesta e imparcial*?

Para OLAVO BAPTISTA: "o Colexio Arbitral do Tratado Benelux apresenta muitos aspectos similares com aquele que foi criado no MERCOSUL" (OLAVO BAPTISTA: **O MERCOSUL...**, cit., p. 161).

#### d.2) Sede.

El Tribunal Arbitral no es permanente ni tiene sede fija. Será conformado e integrado para cada oportunidad, fijando, a tenor del art. 15 del P.B., en cada caso, su sede en alguno de los Estados Partes y adoptando sus propias reglas de procedimiento<sup>171</sup>. A pesar de lo dispuesto en este artículo, en la Decisión del Consejo 28/94 se determinaría como sede permanente de los Tribunales Arbitrales la ciudad de Asunción, a pesar de la creencia por algunos de que, tal vez, con base en un criterio práctico, habida cuenta de que la Secretaría Administrativa tiene su sede en la ciudad de Montevideo y de que el art. 7 le encomienda todo el apoyo logístico para el desarrollo del proceso, muy probablemente la mayor parte de los tribunales tendrán su sede en esta ciudad<sup>172</sup>.

#### d.3) Reglas de procedimiento.

Buscando la oportunidad del respeto de la defensa en juicio, el Tribunal Arbitral adoptará sus propias reglas de procedimiento, las cuales garantizarán que cada una de las partes en la controversia tenga plena oportunidad de ser escuchada y de presentar sus pruebas y argumentos y también asegurarán que los procesos se realicen en forma expedita<sup>173</sup>, no fijándose plazo alguno para su adopción, siendo el

---

<sup>171</sup> Art. 15 del P.B.

<sup>172</sup> PÉREZ OTERMÍN: *El Mercado...*, cit., p. 57.

<sup>173</sup> Art. 15 del P.B.: "Las comunicaciones a que se refiere el Protocolo de Brasilia y este Reglamento se realizarán por medios idóneos y requerirán confirmación de recibo" (art. 40 del Reglamento). "Toda la documentación y las actuaciones vinculadas a los procedimientos establecidos en el Protocolo de Brasilia y en este Reglamento, así como las sesiones del Tribunal Arbitral, tendrán carácter reservado, excepto los laudos del Tribunal Arbitral" (art. 40).

El Tribunal Arbitral adoptará sus reglas de procedimiento "en oportunidad de su primera reunión o antes, por comunicación entre sus miembros. En ambos casos el procedimiento deberá ser notificado a las partes por intermedio de la Secretaría Administrativa" (art. 20 del Reglamento).

art. 20 del Reglamento el que se ocupa de este asunto al establecer que el Tribunal Arbitral adoptará sus reglas de procedimiento con ocasión de su primera reunión o antes, por comunicación entre sus miembros. En ambos casos, el procedimiento acordado deberá ser notificado a las partes por intermedio de la Secretaría Administrativa".

Eventualmente, los Estados implicados en la controversia podrían alegar la incompetencia del Tribunal frente a cuestiones que por su naturaleza resulte difícil definir como contempladas en el Tratado constitutivo del Mercosur. Los árbitros gozarán de autonomía para decidir sobre su jurisdicción<sup>174</sup>.

Los Estados Partes en una controversia informarán al Tribunal Arbitral sobre las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y harán una breve exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones (art. 16 del P.B.).

Asimismo, los Estados Partes en la controversia designarán sus representantes ante el Tribunal Arbitral, pudiendo nombrar también

---

En materia de alegaciones ALONSO GARCÍA subraya: "No prevé el Protocolo, pues, la posibilidad de presentar alegaciones fuera del contexto de Parte contendiente, en lo que constituye una grave laguna, por cuanto es evidente que la solución del litigio, por mucho que se insista en su naturaleza *inter partes*, tiene un alcance que puede perfectamente exceder de tal efecto, pudiendo servir de fundamento acerca de la manera en que debe interpretarse y aplicarse el ordenamiento del Mercosur, tanto por los órganos administrativos y judiciales nacionales como por futuros tribunales arbitrales y grupos de expertos (en el marco del Capítulo V), sin que pueda considerarse suplida dicha laguna por la ya vista posibilidad de adherirse a la controversia en calidad de Parte contendiente, que exige, según dispone el artículo 14, coincidencia de posición en la controversia, con una unificación de representación y una designación de árbitro de común acuerdo que, más allá de la coincidencia en la pretensión, parece apuntar la extensión de la coincidencia a los motivos en que se fundamenta la misma; la referida laguna, inexistente tanto en el sistema del TLC como en la Comunidad Europea, parece que podría -y debería- colmarse por las correspondientes reglas de procedimiento a elaborar por el Tribunal en cada caso" (ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., pp. 69-70).

<sup>174</sup> Cfr. FRANCESCHINI DA ROSA: *Mercosul...*, cit., p. 95.

asesores para la defensa de sus derechos (art. 17 del P.B.). Todas las notificaciones que el Tribunal Arbitral efectúe a los Estados partes en la controversia serán dirigidas a tenor del Reglamento a los representantes designados conforme al artículo 17 del Protocolo de Brasilia. Hasta que los Estados Partes en la controversia nombren sus representantes ante el Tribunal Arbitral, las notificaciones del Tribunal serán dirigidas a los respectivos Coordinadores Nacionales del Grupo Mercado Común<sup>175</sup>.

#### **d.4) Medidas provisionales.**

El procedimiento ante el Tribunal Arbitral recoge que éste podrá, a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las partes, dictar las medidas provisionales que estime oportunas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca, para prevenir tales daños (art. 18 del P.B.). Esta facultad del Tribunal Arbitral de dictar medidas cautelares no está prevista para las etapas anteriores.

El Tribunal, dentro del plazo de que dispone para dictar el Laudo, en la adopción de las medidas provisionales, tiene amplia discrecionalidad, siendo competencia suya el valorar la oportunidad de su procedencia y establecer la modalidad de medidas y los términos de su aplicación. "Así por ejemplo, si se invoca que una norma nacional infringe las disposiciones del Tratado, y que su aplicación puede ocasionar graves daños, el Tribunal, una vez verificadas ambas alegaciones, estaría facultado para dictar una medida cautelar que impida la aplicación de la citada ley"<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Art. 18 del Reglamento. La Secretaría Administrativa proveerá "en la medida de lo posible, el soporte administrativo necesario para el desarrollo del procedimiento arbitral" (Art. 19 del Reglamento).

<sup>176</sup> URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de controversias...*, cit., p. 41.

Los Estados Partes en la controversia “cumplirán, inmediatamente o en el plazo que el Tribunal Arbitral determine, cualquier medida provisional hasta tanto se dicte el laudo a que se refiere el Artículo 20”.

Entendemos con FARIA que dado el carácter subsidiario de las medidas provisionales éstas podrán ser objeto de modificación si hubiera una alteración de las circunstancias presentes en el momento de su establecimiento<sup>177</sup>. Juzgamos asimismo que el Tribunal Arbitral podrá proceder a su revocación si a la vista de una nueva realidad lo estima conveniente.

#### d.5) El Laudo Arbitral.

El Tribunal Arbitral, una vez designado su Presidente, pronunciará su Laudo por escrito en un plazo de sesenta días, prorrogable por un plazo máximo de treinta días<sup>178</sup>. La prórroga podrá darse por una única vez. No se previó la consecuencia del incumplimiento por el Tribunal de los plazos para emitir el Laudo<sup>179</sup>.

A la pregunta de si sería posible dictar el Laudo una vez que hubiese transcurrido el plazo, URIONDO DE MARTINOLI responde positivamente afirmando que “el aditamento del adjetivo “máximo” a la posibilidad de prorrogar el plazo y el nexa inevitable con el art. 15, que exige la celeridad de los procedimientos, constituyen referencias que en aras al principio de seguridad jurídica, estarían autorizando a las partes interesadas a solicitar la reparación de los perjuicios económicos ocasionados por la mora, como así también la caducidad del

---

<sup>177</sup> FARIA: “As medidas provisionais no Sistema de Solução de de Controvérsias do Mercosul”, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº 5, octubre de 2000, p. 185.

<sup>178</sup> Art. 20, aptdo. 1 del P.B. En caso de que el Tribunal Arbitral “resuelva hacer uso de la prórroga de treinta día (30) días a que se refiere el artículo 20.1 del Protocolo de Brasilia, notificará a las partes esta decisión”.

<sup>179</sup> Según REY CARO “rigen los principios que la práctica arbitral ha reconocido para esta eventualidad” (REY CARO, E.: *La solución...*, cit., p. 54).

Tribunal". Por su parte, LANDONI SOSA estima que "el plazo establecido no es perentorio y que, en consecuencia, el Tribunal podría dictar el laudo aun vencido el plazo"<sup>180</sup>. A nuestro juicio, el Tribunal podría seguir actuando en relación con el caso, dando lugar al pertinente Laudo Arbitral, mientras que no fuese pedida su disolución por parte de alguno de los Estados Partes.

El Laudo del Tribunal Arbitral<sup>181</sup> se adoptará por mayoría, será fundamentado y suscrito por el Presidente y los demás árbitros. Los miembros del Tribunal Arbitral no podrán fundamentar votos en disidencia, debiendo mantener la confidencialidad de la votación<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> LANDONI SOSA: "La solución de controversias en el Mercosur. Análisis del Tratado de Asunción y de los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto", en **El derecho procesal en el Mercosur**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N. del Litoral, 1997, p. 24.

<sup>181</sup> En el art. 22 del Reglamento nos encontramos con una disposición novedosa que señala cuáles son las pautas a seguir en la redacción de la sentencia arbitral: "El laudo arbitral deberá ser emitido por escrito y deberá contener necesariamente los siguientes elementos, sin perjuicio de otros que el Tribunal Arbitral considere conveniente:

- I.- Indicación de los Estados partes en la controversia;
- II. El nombre, la nacionalidad de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral y la fecha de su conformación;
- III. Los nombres de los representantes de las partes;
- IV. El objeto de la controversia;
- V. Un informe del desarrollo del procedimiento arbitral, incluyendo un resumen de los actos practicados y de las alegaciones de cada uno de los Estados Partes involucrados;
- VI. La decisión alcanzada con relación a la controversia, consignando los fundamentos de hecho y de derecho;
- VII. La proporción de los costos del procedimiento arbitral que corresponderá cubrir a cada Estado Parte;
- VIII. La fecha y el lugar en que fue emitido; y
- IX. La firma de todos los miembros del Tribunal".

<sup>182</sup> Art. 20, aptdo. 2 del P.B. "Esta disposición puede encontrar algún fundamento en el carácter de los litigios y en la concesión de una mayor libertad a los árbitros de la nacionalidad de las partes en la controversia, pero no se compadece con la obligato-

Toda la documentación y las actuaciones vinculadas a los procedimientos establecidos en el Protocolo de Brasilia y en el Reglamento, así como las sesiones del Tribunal Arbitral, tendrán carácter reservado, excepción hecha de los Laudos del Tribunal Arbitral<sup>183</sup>. REY CARO se pregunta si esta reserva es *sine die* o se extiende sólo al período temporal de aplicación de los mecanismos<sup>184</sup>. A nuestro juicio, el principio de publicidad, una vez producido el Laudo, debe primar sobre cualquier otra consideración reglamentista, excepción hecha de aquellos ámbitos que pudieran menoscabar el secreto del voto de los árbitros.

A pesar de ser el Laudo fundamentado, velando por la independencia de los árbitros, se les exige que mantengan la confidencialidad de la votación, prohibiéndose la fundamentación de los votos vencidos o disidentes. Buscándose, pues, la independencia de los árbitros, se sigue tanto el modelo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como el del Tribunal Andino, en los cuales los jueces en disidencia no pueden fundamentar su voto, debiendo firmar la sentencia junto con los demás miembros.

Las controversias, al igual que en los otros mecanismos de integración, versarán sobre intereses económicos importantes tanto para los Estados como para los particulares, razón por la que la medida recogida en el párrafo anterior es considerada muy oportuna para

---

riedad que tiene el tribunal de fundamentar su decisión y desnaturaliza la esencia de los pronunciamientos de estos órganos jurisdiccionales. Por otra parte, impide conocer los argumentos que puede esgrimir un miembro del tribunal para disentir con la mayoría, limitando la riqueza que ofrecen las sentencias y laudos arbitrales para el desarrollo del derecho. Las opiniones disidentes y los votos individuales en las resoluciones de los tribunales internacionales han tenido una gran importancia y ejercido un rol clarificador en cuanto al contenido, alcance e interpretación de las normas jurídicas. No obstante, habrá que esperar los efectos que puedan producir la aplicación de esta disposición del Protocolo, para juzgar sobre su acierto" (REY CARO: *La solución...*, cit., pp. 54-55).

<sup>183</sup> Art. 41 del Reglamento.

<sup>184</sup> REY CARO: "Comentario...", cit., p. 13 (separata).

ayudar a neutralizar las presiones que pudieran intentarse ejercer sobre los jueces; además, sobre todo, si se tiene en cuenta que es seguida por sistemas jurisdiccionales permanentes, los cuales en virtud de esa naturaleza permanente ya tienen asegurada una independencia, protegida asimismo por una dedicación exclusiva que únicamente permite como otra actividad la docencia<sup>185</sup>.

El Laudo puede abarcar un abanico amplio de medidas. Así, aunque las decisiones arbitrales no tienen la facultad de anular los actos de los Estados incompatibles con las normas del Derecho originario o derivado, pueden decretar medidas consistentes en una obligación de hacer, como, p. ej., retirar de su ordenamiento jurídico la norma doméstica contraria al ordenamiento jurídico del MERCOSUR o pagar indemnizaciones a título reparatorio por daños sufridos, o de no hacer como abstenerse de prácticas que entren en conflicto con el ordenamiento jurídico del MERCOSUR<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Durante el "Simposio sobre la Creación de un Tribunal de Justicia para el Mercosur", el tema de la prohibición de los votos discordantes "fue ampliamente discutido, sobre todo teniendo en cuenta el punto de vista de los jueces nacionales asistentes, a quienes se les hacía muy difícil aceptar dicha prohibición, cuando en el Poder Judicial es bien conocido el valor de una discordia, las cuales más de una vez han sentado nueva jurisprudencia. La posición de los jueces comunitarios, tanto europeos, Pierre Pescatore, y Manuel Díez de Velasco, como el andino, Fernando Uribe Restrepo, fue unánime en la defensa de esa "conquista" del derecho comunitario, que les permita tener una mayor independencia en sus juicios. Pensamos que con más razón en el caso de los tribunales ad-hoc dicha prohibición debe seguirse, por cuanto en ellos las presiones serán seguramente mayores a las de jueces estables" (PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 47).

Por su parte, para FERREIRA ese sigilo "fere os princípios democráticos, pois a opinião pública não pode ser impedida de controlar a atividade dos membros do tribunal. A transparência da atividade dos órgãos judicantes é fundamental nas democracias e lhes dá credibilidade" (FERREIRA: *MERCOSUL. Comentários...*, cit., p. 52). A nuestro juicio, creemos que la palabra "control" sólo podrá entenderse en un sentido coloquial, indicando más bien "conocimiento".

<sup>186</sup> Cfr. SOARES, G.F.S.: "Uma revisão em profundidade, em 1996 de: as instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito - sugestões", *Mercosul*.

El Laudo es inapelable y obligatorio para los Estados partes en la controversia "a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ellos fuerza de cosa juzgada"<sup>187</sup>. El Laudo es obligatorio para los Estados Partes *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial. El fallo arbitral se incorpora directamente a los ordenamientos jurídicos internos nacionales de los cuatro Estados Partes. La sentencia arbitral poseerá, pues, una característica supranacional<sup>188</sup>.

Para PÉREZ OTERMÍN el reconocimiento de la aplicabilidad inmediata de los Laudos arbitrales constituye el avance más significativo del Protocolo de Brasilia<sup>189</sup>. Tal vez sus arts. 8 y 21 constituyan la mayor conquista conseguida, por cuanto ellos vienen a decir que el fallo no requerirá de ningún procedimiento interno para su ejecución por el Estado o Estados perdedores en la controversia. Con todo hay que señalar que el Laudo no sería ejecutable por el Estado reclamante<sup>190</sup>.

---

**Das negociações à implantação**, 2ª. Ed. Revista e ampliada, Orgs. OLAVO BAPTISTA, L. et al., São Paulo, 1998, pp. 132-133.

<sup>187</sup>Art. 21, aptdo. 1 del P.B. Los Laudos Arbitrales "deberán ser publicados en el Boletín Oficial del MERCOSUR, conforme a lo establecido en el artículo 39 del Protocolo de Ouro Preto". Esta obligación de publicación sería recogida también en el art. 23 del Reglamento.

<sup>188</sup>CASALI BAHÍA: "A supranacionalidade...", cit., p. 196. En un sentido distinto, URIONDO DE MARTINOLI escribe: "Ahora bien, la obligatoriedad de los laudos no implica que tengan fuerza coactiva, no es posible la ejecución forzada de ellos, todo va a depender de la cooperación judicial internacional entre los estados" (URIONDO DE MARTINOLI: **Solución de Controversias...**, cit., pp. 46-47).

<sup>189</sup>PÉREZ OTERMÍN: **Solución...**, cit., p. 47.

<sup>190</sup>DREYZIN DE KLOR, A.S.: "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", Documento de trabajo presentado en el IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. **El Desarrollo de la Integración hacia el siglo XXI: Realidad y Perspectiva**, Montevideo, Uruguay, 17-20 de mayo de 1995, p. 15.

No cabiendo recurso contra el Laudo, éste deberá ser cumplido en un plazo de quince días, "a menos que el Tribunal Arbitral fije otro plazo"<sup>191</sup>.

URIONDO DE MARTINOLI plantea la hipótesis de que el árbitro hubiese incumplido sus deberes de no implicación e independencia. En tal caso considera que se podría solicitar la anulabilidad del Laudo Arbitral; pero reiterando que ante la inexistencia de un estamento superior que juzgue sobre esta tacha no queda más salida que el Estado afectado declare unilateralmente el desconocimiento de la sentencia por la razón invocada y solicite una nueva conformación del tribunal arbitral, en cuyo caso, de haber oposición de la contraparte, el nuevo triunviro, como cuestión previa, deberá juzgar sobre las cuestiones de la no acatabilidad<sup>192</sup>.

El P.B. admite únicamente un recurso de aclaración o de interpretación. Así, durante el plazo de quince días posteriores a la notificación, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá "solicitar una aclaración del mismo o una interpretación sobre la forma en que deberá cumplirse". El Tribunal debe dar respuesta a estos recursos de aclaración o interpretación dentro de los quince días siguientes, los cuales pueden modificar, a nuestro juicio, en algunos casos el plazo de quince días, recogido en el art. 21, aptdo. 2, para el cumplimiento del Laudo; pensemos si no en una solicitud de aclaración pedida en los últimos días –o por qué no en el decimoquinto– de los quince contemplados para su ejecución; sin duda, podrá haber supuestos en los que aun con el mejor interés el Tribunal Arbitral necesitará de unos días para dar cumplida respuesta<sup>193</sup>. En tales casos, desechada por el Tribunal la mala fe en la formulación de los recursos, éste deberá hacer uso del aptdo. 3 del art. 22 suspendiendo el cum-

---

<sup>191</sup> Art. 21, aptdo. 2 del P.B. Con todo, desde un planteamiento general, *vid.* DIAZ BARRADO, C.M.: "La nulidad de los asuntos arbitrales al hilo del Asunto del *Canal Beagle*", *El arbitraje...*, cit., pp. 135-155.

<sup>192</sup> URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de controversias...*, cit., p. 35.

<sup>193</sup> Art. 22, aptdos. 1 y 2 del P.B.

plimiento del Laudo hasta que decida sobre la solicitud presentada<sup>194</sup>. Una actuación de buena fe y un buen fin en el orden práctico para el Laudo parecen exigirlo. Piénsese, por un momento, en los problemas de responsabilidad que una ejecución llevada a cabo antes de la respuesta del Tribunal Arbitral pudiera originar en un supuesto en que ejecución previa y respuesta pudieran llegar a diferir en algún punto.

#### d.6) Medidas compensatorias.

El art. 23 del Protocolo de Brasilia establece: "Si un Estado Parte no cumpliera el laudo del Tribunal Arbitral en el plazo de treinta (30) días, los otros Estados Partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento"<sup>195</sup>.

Como podemos haber comprobado, los plazos en materia de solución de controversias son muy breves, lo que nos coloca ante procedimientos que podríamos calificar como expeditivos.

La conveniencia de adoptar "sanciones" en caso de incumplimiento –según relata PÉREZ OTERMIN– "es controvertida y la finalidad perseguida, esto es el cumplimiento de la sentencia, es de dudosa efectividad"<sup>196</sup>.

194 PÉREZ OTERMIN opina que estos recursos "no modifican el plazo de cumplimiento de la sentencia o laudo, salvo que el Tribunal considere que las circunstancias lo exigen. (Art. 22)", (PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 48).

195 "Essa disposição é de valor duvidoso dado a disparidade das dimensões das economias dos países do Mercosul, padecendo assim do mesmo defeito das sanções autorizadas pelo GATT" (PIRES, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., p. 66).

En conexión con las medidas compensatorias, URIONDO DE MARTINOLI afirma: "Aunque quisiéramos advertir que al restarle facultad al Tribunal Arbitral para ordenar la ejecución forzada del laudo, genera cierta inseguridad a las partes, a quienes sólo les queda el recurso de tomar las medidas temporales mencionadas en el art. 23, cuando lo óptimo hubiera sido crear un margen razonable de previsibilidad y certeza" (URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de Controversias...*, cit., p. 47).

196 PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 48. En el mismo sentido, ARBUET VIGNALI: "La solución...", cit., pp. 1254-1255. La ausencia de sanciones ante el

Las medidas compensatorias, que, como hemos visto, serán temporales, habrán de guardar relación con el incumplimiento del Laudo. La sanción deberá ser proporcional a la infracción; en caso de desproporción sería posible iniciar contra el Estado sancionador los procedimientos contemplados en el Protocolo por incumplimiento.

A diferencia del T.L.C.<sup>197</sup>, el Protocolo mantiene silencio respecto a la posibilidad de revisar las medidas compensatorias tomadas si resultase manifiestamente excesivo el volumen de los beneficios suspendidos. Esta sería una posibilidad que convendría admitir directamente, sin negociaciones previas, mediante la instalación de un tribunal arbitral a solicitud de la Parte afectada, que por economía procesal debería ser el mismo que hubiese resuelto la controversia<sup>198</sup>. Estamos ante un aspecto de ejecución de la sentencia arbitral, fase procesal que, si el Protocolo abre al Tribunal Arbitral en el plano de las medidas compensatorias, debería llevarse a sus últimas consecuencias en el plano de la actuación de éste<sup>199</sup>. El modelo parece insuficiente porque puede conducir directamente a otros conflictos sobre el alcance de las condiciones de aplicación de las medidas y no asegura que cese el incumplimiento o cese los hechos que dieron lugar al procedimiento<sup>200</sup>.

Sobre la efectividad de las medidas sancionadoras en el Pacto Andino, resulta difícil pronunciarse. URIBE RESTREPO manifiesta

---

incumplimiento de una sentencia en el MERCOSUR, es percibida como una "falha" por PIREZ, FONSECA y CROSHERE en *Soluções...*, cit., p. 35.

<sup>197</sup> Art. 2019.3 del T.L.C.

<sup>198</sup> ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 77.

<sup>199</sup> Ante el silencio del T.L.C., esta identidad, respecto de los paneles arbitrales en el contexto del Capítulo XX, fue reclamada por SERRANO MIGALLÓN: "El Capítulo XX: disposiciones institucionales y procedimiento para la solución de controversias", *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Coord. J. WITKER, México, 1993, p. 287.

<sup>200</sup> Cfr. RUIZ DIAZ LABRANO: "Mecanismos de solución de controversias: enfoques alternativos", *Estrategias...*, cit., pp. 199-208.

sus dudas sobre la efectividad de la posibilidad de las sanciones: “esta solución es más teórica que práctica ya que resulta bien remota la posibilidad real de aplicarla, al menos en las actuales circunstancias en las cuales, en realidad, los beneficios de la integración resultan muy relativos”<sup>201</sup>.

El documento de trabajo elaborado por la Comisión Nacional de Juristas uruguayos, “Bases para la creación de un Tribunal de Justicia en el Mercosur”, para el Simposio para la Creación de un Tribunal de Justicia en el Mercosur, se pronunció por la no inclusión de sanciones “en el convencimiento de que los mecanismos de integración progresan en la medida en que exista una conciencia y sentimiento de comunidad y responsabilidad de las obligaciones asumidas, el cual de no existir hace imposible el avance del sistema, no siendo sustituible por la coacción”<sup>202</sup>.

#### d.7) Gastos.

Cada Estado Parte deberá sufragar los gastos ocasionados por la actuación del árbitro nombrado por él (art. 24, aptdo. 1) . A su vez, el Presidente del Tribunal Arbitral recibirá una compensación pecuniaria, la cual, juntamente con los demás gastos del Tribunal, serán sufragados a montos iguales por los Estados Partes en la controversia, a menos que el Tribunal decidiera distribuirlos en distinta proporción<sup>203</sup>. Quedaría abierta, pues, la posibilidad de que el Tribunal impusiera la condena en las cargas del procedimiento arbitral, en virtud de la buena o mala fe con que se hubiese actuado.

---

<sup>201</sup> URIBE RESTREPO: “El Tribunal Andino de Justicia: una experiencia aleccionadora”, en PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 137; Una visión más positiva en CHAHIN LIZCANO, G.: “El nuevo tribunal de justicia de la Comunidad Andina de Naciones”, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº 5, octubre de 2000, p. 243.

<sup>202</sup> PÉREZ OTERMÍN: *Solución...*, cit., pp. 183-184.

<sup>203</sup> Art. 24, aptdos. 1 y 2 del P.B.

Observaremos, asimismo, que en el Protocolo no se hace referencia a la compensación pecuniaria de los otros dos árbitros. Esta omisión sería subsanada por el ya citado artículo 31 del Reglamento cuando dispone que entre los gastos del Tribunal Arbitral está comprendida la compensación pecuniaria del Presidente y de los demás árbitros así como los gastos de pasaje, costos de traslado, viáticos, notificaciones y demás erogaciones que demande el arbitraje<sup>204</sup>.

### E) Ordenamiento jurídico y Jurisdicción *Ex Aequo et Bono*.

En cuanto al ordenamiento jurídico cuya misión es preservar por el Tribunal Arbitral, será aquél en el cual nos hemos detenido al examinar las fuentes y el ordenamiento jurídico del MERCOSUR, por lo cual nos remitimos al análisis entonces llevado a cabo.

Quisiéramos subrayar en este apartado que, con el fin de dar una mayor oportunidad a la solución de las controversias entre los Estados del MERCOSUR, el Protocolo no restringe la posibilidad del Tribunal de decidir una controversia *ex aequo et bono*, contando siempre con el acuerdo de las partes. En tal sentido, el aptdo. 2 del art. 19 del Protocolo dispone: "La presente disposición no restringe la facultad del Tribunal Arbitral de decidir una controversia *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren".

---

<sup>204</sup> Art. 32 del Reglamento: "La compensación pecuniaria del Presidente del Tribunal Arbitral a que se refiere el artículo 24.2 del Protocolo de Brasilia, así como la que corresponde a cada uno de los demás árbitros, será acordada por los Estados partes en la controversia y convenida con los árbitros en un plazo que no podrá superar los cinco (5) días siguientes a la designación del Presidente del Tribunal". Con el fin de unificar criterios, según el art. 33: "Periódicamente el Grupo Mercado Común establecerá montos de referencia para determinar la compensación pecuniaria de los árbitros y expertos así como parámetros para definir los gastos de traslado, viáticos y demás erogaciones". Art. 34: "Para hacer efectivo el pago de la compensación pecuniaria de los árbitros y de los expertos, así como de los otros gastos que se hubieran devengado, deberán presentarse los recibos, comprobantes o facturas correspondientes". Creemos que los comprobantes sólo proceden en relación con los gastos pero no con la compensación pecuniaria que lo es con carácter inmediato con base en una actividad arbitral.

La incorporación de la jurisdicción de "equidad" tiene como modelo el aptdo. segundo del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual sería seguido también en el art. 26 del régimen previsto para la Asociación Latino Americana de Integración, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, en el Tribunal Arbitral constituido con base en el Anexo VII de dicha Convención y en el Tribunal Arbitral especial que puede constituirse conforme al Anexo VIII<sup>205</sup>.

La jurisdicción *ex aequo et bono*, por la que el Tribunal queda autorizado por las partes para prescindir de las normas jurídicas, supondrá, según señala SOARES, la posibilidad de que el Tribunal Arbitral aplique "a equidade, ou seja, na técnica das arbitragems, aquelas normas do *jus non strictum*, que os julgadores-árbitros, agindo em *amiable compositeur*, podem invocar para resolver uma controvérsia, à vista da saúde do negócio"<sup>206</sup>.

A pesar de la abundancia de interpretaciones que ofrece el concepto de "equidad", no hay demasiados elementos de juicio para la valoración de la aplicación por los Tribunales de tal institución. Tanto en la Corte Permanente de Justicia Internacional como en la Corte Internacional de Justicia, en cuyos Estatutos se recoge tal cláusula, no se ha producido ningún acuerdo por los Estados para investir a dichas Cortes de esa competencia para actuar en algún caso concreto<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> El Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Protocolo de Cochabamba, de 28 de mayo de 1996, contempla la posibilidad de que sea dada "ya sea en derecho o ya sea en equidad..." (art. 38)

<sup>206</sup> SOARES: "Uma revisão...", cit., p. 130.

<sup>207</sup> JUSTE RUIZ, J.: "La equidad en Derecho Internacional Público: Aspectos Actuales", *Anuario Hispano-Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, T. 9, 1991, pp. 85-140.

## 2. El Procedimiento reservado a los particulares.

### A) Legitimación activa y pasiva.

Examinaremos aquí la posibilidad otorgada en el Protocolo de Brasilia a los particulares (personas físicas o jurídicas), legitimados activos que podríamos calificar como **ab initio** por resultar a la postre, en disonancia con su importancia en los procesos de integración, más aparente que real, para reclamar, en el marco del art. 1 del Protocolo de Brasilia, contra determinadas violaciones del ordenamiento jurídico del MERCOSUR por parte de los Estados Partes, quienes serán los legitimados pasivos. Es un rasgo distintivo y una de las partes más innovadoras del P.B., viniendo a ser, en alguna medida, una de las ventajas que contiene, si se le compara con procedimientos similares de solución de controversias<sup>208</sup>. No entraremos en otras vías, que pu-

---

<sup>208</sup> Para GARRÉ COPELLO: "El Protocolo es uno de los mecanismos de solución de controversias más importantes de la llamada "nueva integración", en cuanto otorga una acción directa con los Estados a las personas físicas o jurídicas en su capítulo V, "Reclamos de Particulares" (GARRÉ COPELLO: **Solución...**, cit., p. 38).

PÉREZ OTERMÍN se mostraba muy esperanzado respecto a esta vía procedimental: "Seguramente será la que contribuirá al desarrollo del procedimiento previsto, por cuanto la iniciativa de los Estados Partes seguirá, muy probablemente, sin apartarse de lo ocurrido en los ejemplos precedentes comparados" (PÉREZ OTERMÍN: **Solución... Simposio...**, cit. p. 49).

En igual sentido, GARRE COPELLO: "Esta acción a impulso de particulares será la de mayor uso en el mecanismo de solución de controversias por cuanto la experiencia muestra que en el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en el caso del Tribunal Andino los Estados prefieren no iniciar acciones de incumplimiento de unos contra otros y excitan en cambio la acción a cargo de los órganos de los respectivos sistemas de integración o de los particulares.

Como los Estados prefieren no enfrentarse entre sí, el mecanismo del accionamiento a impulso de los particulares debe ser utilizado en la mayor medida posible, por cuanto en la medida en que existan incumplimientos que no se solucionan y queden subsistentes, ello va a significar que todo el sistema va a entrar en crisis, como ocurrió en el Tribunal Andino...

Es por esto que el sistema arbitral y más aun la acción iniciada por los particulares deben ser puestos en funcionamiento desde los inicios, en forma que el mecanismo de

diera haber en los respectivos derechos internos en relación con la violación por los órganos de la administración estatal de las normas que componen el derecho del país en cuestión, del cual formarían parte también, una vez producida la recepción –automática o especial, (en estos momentos especial)-, tanto el Derecho del MERCOSUR originario como el derivado<sup>200</sup>. En este sentido, como afirman BLOCH e IGLESIAS: “Por último, subsiste la vía judicial directa ante la jurisdicción competente para atender el reclamo, como sistema general distributivo de justicia a cargo de los Estados, pudiendo los particulares acudir al mismo”<sup>210</sup>. El acceso a la vía judicial nacional

---

solución de controversias sea utilizado por los particulares, por las empresas, de modo que el Protocolo de Brasilia asegure el buen funcionamiento del Mercado Común” (GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 30.). Por lo que respecta a este fenómeno en la Comunidad Andina, URIBE RESTREPO, F.: *El derecho de la integración en el grupo andino, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 1990, pp. 152-153.

<sup>209</sup> Sobre la exclusión convencional tácita de la oponibilidad de la excepción del inagotamiento de los recursos internos en los arreglos arbitrales, *vide* RUILOBA SANTANA, E.: “La oponibilidad de la excepción del inagotamiento de los recursos internos en el arreglo arbitral de las diferencias internacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXII, Nº. 3, 1969, pp. 465-484, especialmente pp. 482-484.

<sup>210</sup> BLOCH e IGLESIAS: *Solución...*, cit., p. 82. Estos dos autores sugieren asimismo que, previéndose un aumento de la labor judicial con motivo de la integración, en los países del MERCOSUR, dos instituciones que podrían ser utilizadas por los particulares en la solución de las controversias entre ellos, podrían ser el arbitraje y la mediación privados (*Ibid.*, pp. 88-104).

En relación con el arbitraje, estos dos autores recogen en su obra una serie de textos de documentos, cuya relación pasamos a hacer a continuación: Federación argentina de Colegios de Abogados (F.A.C.A.) Reglamento de Conciliación y Arbitraje (pp. 195-212); Tratado de Derecho Procesal Internacional, Montevideo, 1889 (p. 213); Convención Internacional para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Ginebra, 1927 (pp. 215-218); Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 1958 (pp. 219-224); Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 1975 (pp. 225-228); Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985) (pp. 229-243).

procederá también en los litigios entre los particulares de los Estados Partes.

En el mecanismo propuesto en el Protocolo de Brasilia, el particular no puede llegar a la vía arbitral sino que tendrá que ser un Estado Parte –no necesariamente aquél ante el que inició el procedimiento– quien podrá recurrir al mecanismo arbitral, viniendo a resultar éste quien verdaderamente sea *in fine* el legitimado activo real. Ello supone naturalmente una limitación a la iniciativa del particular, dado que ni el Estado depositario de la reclamación ni cualquier otro están obligados jurídicamente a continuar la vía arbitral; no obstante, el peso de las actuaciones habidas hará más factible que los Estados recurran al arbitraje. En realidad estamos ante una *legitimación activa compleja* que sucesivamente puede ir siendo ejercida, como veremos, primeramente por el particular –con la actuación más débil de todo el procedimiento<sup>211</sup>, el Estado depositario, el Estado requeridor de medidas del art. 32 del PB –que puede no coincidir con el anterior– y el Estado recurrente al arbitraje –que, asimismo, puede no ser coincidente con los dos anteriores<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> REYES afirma que “la participación que este procedimiento otorga al particular se limita a una especie de *denuncia*...” (REYES: “Orientación...”, cit., p. 82).

<sup>212</sup> OLAVO BAPTISTA, por su parte, opina que el particular tiene un papel activo: “O fato de que tem papel ativo na fase oral do procedimento, tanto quanto na fase ativa, parece desmentir as opiniões de que os particulares ficam afastados do procedimento tão logo sua reclamação seja acolhida. Não só isso não corresponde à normativa procedimental, como não é o que, em ocorrendo nos casos em que o procedimento foi acionado. No primeiro caso em uma reclamação de particulares chegou ao grupo de especialistas (caso Fenapel-Uruguaí vs. República Argentina), a empresa queixosa teve papel ativo, a delegação uruguaí dando-lhe suporte. O mesmo se viu nos casos em que a divergência foi resolvida na fase negocial ou no GMC. Isso se explica também pelo fato de que os queixosos na maior parte das vezes têm conhecimento mais amplo e profundo do seu problema que qualquer outra pessoa, por razões óbvias” (OLAVO BAPTISTA: O MERCOSUL..., cit., p. 168).

El Protocolo de Brasilia no contempla ningún sistema de arbitraje comercial para dirimir litigios entre particulares, de los cuales se ocuparía más tarde el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR<sup>213</sup>.

HALPERIN afirma que el procedimiento de la reclamación de los particulares adoptado en Brasilia está inspirado en el Acuerdo de Libre Comercio suscrito por los Estados Unidos de América y el Canadá el 2 de enero de 1988, si bien con algunas diferencias significativas<sup>214</sup>.

### B) **Ámbito de aplicación.**

El procedimiento previsto en el Capítulo V para las reclamaciones "se aplicará a los reclamos efectuados por los particulares (personas físicas o jurídicas) 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

<sup>213</sup> Decisión XIV del Consejo de Mercado Común, Buenos Aires, 23, VII, 1998. El texto puede consultarse en URIONDO DE MARTINOLI: **Solución de Controversias...**, cit., pp. 185-190. Sobre su contenido, URIONDO DE MARTINOLI: *Ibid.*, pp. 104-134.

<sup>214</sup> HALPERIN: "Los particulares y el MERCOSUR: el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", **Integración Latinoamericana**, N<sup>o</sup>. 178, mayo de 1992, pp. 61-62.

PÉREZ OTERMÍN indica que, aunque se tuvo en cuenta el tratado citado en texto, el Protocolo incorpora una solución novedosa "porque en el caso del Acuerdo entre Estados Unidos y Canadá si bien son las empresas las que dan noticia inicial del problema, después el conflicto siempre es de Estado a Estado. En cambio en el procedimiento establecido en el Protocolo de Brasilia para reclamos de particulares es el particular el que está accionando, y tan es así que al finalizar el procedimiento deberá pagar los honorarios respectivos" (PÉREZ OTERMÍN: Conferencia dada en el Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor, 5 de agosto de 1992, **Apud GARRÉ COPELLO: Solución...**, cit., p. 30).

de las resoluciones del Grupo Mercado Común<sup>215</sup>. Al cuerpo normativo a no infringir –o, mejor aun, a respetar– habría que añadir las resoluciones de la CCM, en virtud de su incorporación a los arts. 19 y 25 (el último, directamente relacionado con el aptdo. que nos ocupa) del PB, efectuada, como tuvimos ocasión de ver, en el Parágrafo Único del art. 43 del P.O.B. FERREIRA subraya que el art. 25 no especifica lo que se debe considerar como tales "medidas legales o administrativas...". A su juicio, esos conceptos deberán ser definidos por el Tribunal Arbitral. Entendemos con él que, a la postre, "tais atos seriam aqueles que contrariam a interpretação, aplicação ou descumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção..."<sup>216</sup>.

Observaremos que en el art. 25 del PB existe una mayor concreción en cuanto a los disposiciones en que se materializa la violación, pudiendo ser éstos de orden legislativo o administrativo.

Procede destacar, en conexión con la ya expuesto en materia de incumplimiento, que la acción podría, a nuestro juicio, tener lugar incluso desde la "sanción" de la norma, sin necesidad de esperar a su aplicación a un caso concreto<sup>217</sup>.

Debemos señalar que cabría la posibilidad de que el particular presentase reclamación "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 ..." de la jerarquía existente entre las normas que compo-

---

<sup>215</sup> Art. 25 del P.B.

<sup>216</sup> FERREIRA: *MERCOSUL. Comentarios...*, cit., p. 53.

<sup>217</sup> En este sentido: PÉREZ OTERMÍN: *Solución...*, cit., pp. 49-50; GARRÉ COPPELLO: *Solución...*, cit., p. 31; ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 80. Para REY CARO "no es suficiente que se haya producido la violación de cualquiera de las normas ya referidas, sino que debe existir un perjuicio o la posibilidad de un perjuicio" (REY CARO: *La solución...*, cit., p. 60); URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de controversias...*, cit., p. 67-68.

En un sentido contrario, pronunciándose de forma clara sobre la indefensión del particular frente a los órganos del Mercosur, GONZÁLEZ, "Solución...", cit., p. 36.

nen el Derecho originario en relación con el Derecho derivado, y, dentro de éste, que atenten contra la jerarquía existente dentro del mismo, asunto de la jerarquía del que ya nos hemos ocupado. De forma indirecta, el particular podría intentar impugnar las normas del Derecho del Mercosur, con base en la razón expuesta, una vez incorporadas al ordenamiento nacional<sup>218</sup>. A nuestro juicio, a pesar del deseo loable de mejorar la posición de los particulares, entendemos que esta interpretación choca con importantes escollos de orden procesal a la hora de la calificación de los Estados como reclamantes y como reclamados, puesto que todos ellos, mediante el consenso, dieron lugar a una norma derivada cuya recepción resulta obligatoria para todos ellos.

Debe destacarse, asimismo, que en el artículo se optó por una enunciación casuística, la cual puede facilitar la presentación de la acción por los particulares, si bien "plantea problemas para el caso de acciones no expresamente enunciadas en el artículo indicado"<sup>219</sup>.

Serán los particulares, personas físicas o jurídicas, quienes tendrán, en un primer momento, con la advertencia antes efectuada, la legitimación activa, debiendo iniciar, independientemente de sus nacionalidades, los procedimientos "ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de los negocios" (art. 26, aptdo. 1, del Protocolo de Brasilia). Las reclamaciones incoadas por los particulares deberán ser formuladas por escrito, en términos precisos y claros<sup>220</sup>. Los requisitos

---

<sup>218</sup> En este sentido, cfr. PIRES, FONSECA y CHROSHERE: *Soluções...*, cit., p. 62; FERREIRA: *MERCOSUL. Comentários...*, cit., p. 54; ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 80.

<sup>219</sup> GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 31.

<sup>220</sup> Art. 24 del Reglamento: "Para su consideración por la Sección Nacional del Grupo Mercado Común, los reclamos de los particulares a que se refiere el artículo 26 del Protocolo de Brasilia deberán ser formulados por escrito, en términos claros y precisos e incluir en especial:

que deben observarse con motivo de la presentación de la reclamación persiguen, por una parte, la individuación del objeto de la controversia y, por otra, el deslinde de la demanda, para la que no cabrá ampliación, tal como se recoge en el art. 28 del Reglamento<sup>221</sup>. No está establecido plazo alguno para la presentación de la reclamación.

El criterio para fijar la jurisdicción de la Sección Nacional, como vemos, es doble. Para GARRÉ COPELLO, el criterio del domicilio no originaría dudas, siendo éste el criterio “que se aplica a las personas físicas. El otro criterio que es para las personas jurídicas, es el de la ‘sede de sus negocios’ ”<sup>222</sup>. A nuestro juicio, si bien esa adecuación de

---

a.- la indicación de las medidas legales o administrativas que configurarían la violación alegada;

b.- la determinación de la existencia o de la amenaza de perjuicio;

c.- los fundamentos jurídicos en que se basan, y

d.- la indicación de los elementos de prueba presentados”.

<sup>221</sup> Dicho artículo dispone que: “El objeto de las controversias entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente”. Respecto a este art. 28 escribe REY CARO: “... una interpretación restringida de tal dispositivo pareciera excluir la posibilidad de que en el procedimiento arbitral se admitiera una réplica y una dúplica, que no es inusual en el mecanismo arbitral. Cabe preguntarse si ésa ha sido la intención de los autores del Reglamento” (REY CARO: “Comentario...”, cit., p. 9 (separata). Del examen de los tres Laudos Arbitrales que luego expondremos no parece deducirse una práctica en pro de la posibilidad de una réplica y una dúplica.

<sup>222</sup> GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit. p. 31. Este autor, se extiende, en la misma página, respecto a la “sede de los negocios” en los siguientes términos: “La sede de los negocios puede determinarse, por ejemplo, por la sede principal de los negocios o por la sede donde se encuentra el centro directriz de una empresa que puede tener sede de sus negocios en los cuatro países del MERCOSUR.

Si la empresa pudiera elegir una de las sedes, se daría a la misma una posibilidad de opción que tienen las personas físicas. Se ha señalado que la solución más precisa sería entender como sede de negocios para plantear la reclamación ante la Sección Nacional correspondiente, la sede de los negocios que realmente ha recibido el perjuicio derivado de una decisión de uno de los Estados Partes contraria al derecho comunitario.

criterios pudiera ser la que apareciera a primera vista como la más oportuna, sin embargo, en la práctica, bien pudiera ocurrir que los criterios fueran objeto de un uso indistinto según las conveniencias del particular. Jurídicamente, "residencia habitual" y "sede de sus negocios", son conceptos relativamente imprecisos. Ambos, pueden tener como titulares tanto a una persona física como a una persona jurídica. Aunque pudiera parecer que sólo pueden tener "sede de sus negocios" las personas jurídicas, y ello será lo habitual, nada impediría que el particular, como persona física, tuviese también una "sede de sus negocios". El particular no siempre tiene por qué desarrollar sus actividades económicas a través de una persona jurídica<sup>223</sup>.

La reclamación puede ir dirigida contra uno o varios Estados, siempre que sean diferentes de aquél donde se deposita la reclamación. Hemos de señalar que nada parece impedir la posibilidad procesal de una hipótesis que bien podríamos calificar como de "laboratorio". Nos referimos al supuesto de un particular que deposita la reclamación ante dos Secciones Nacionales, correspondiendo una a la de su "residencia" y otra a la de la "sede de sus negocios", salvando siem-

---

PÉREZ OTERMÍN ha señalado que como una multinacional puede tener diversas sedes de negocios y era difícil precisar cuál se adoptaría, se transó durante las negociaciones del Grupo Ad Hoc en la solución de mencionar la sede de los negocios solamente, porque todas las demás soluciones solamente tenían ventajas e inconvenientes. El autor citado indicó que el lugar donde se inicia el reclamo no es demasiado importante por cuanto la empresa que es perjudicada es la misma cualquiera sea la sede de los negocios donde se inicia su acción, por lo que se adoptó la posibilidad de elegir la sede de los negocios donde se iniciará la reclamación ante la Sección Nacional respectiva".

El autor, cuando se refiere a PÉREZ OTERMÍN, lo hace a la conferencia antes citada, en la Universidad Mayor.

URIONDO DE MARTINOLI "se elige para la persona jurídica la sede de sus negocios..."; asimismo, en caso de existencia de varias "sedes de negocios", para esta autora "la solución más puntual sería tener en cuenta aquélla que realmente ha recibido el perjuicio" (URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de controversias...*, cit. pp. 69 y 70, respectivamente).

<sup>223</sup> Respecto de la *sede de las empresas* en el MERCOSUR, AQUINIS, A. M. M. de: *Empresas e Inversiones en el MERCOSUR*, Buenos Aires, 1993.

pre la distinción entre éstos y el o los Estados reclamados. El particular tendría la posibilidad de que alguno de los dos Estados se sintiese motivado a tomar su asunto como propio. Estimamos que estaríamos ante dos vías para solucionar la **litis** entre las partes, la cual –excepción hecha del aspecto secundario del pago de los gastos derivados de la posible actuación del grupo de expertos (art. 30 del P.B.)- seguiría siendo una, en razón de su obediencia a la relación entre violación y Estado o Estados responsables. Subrogado el particular por un "primer Estado", parece que nada impediría, en principio, que se diese una segunda subrogación, con lo cual tendríamos una figura análoga a la del art. 14 (Estados sosteniendo la misma posición).

De no solucionarse la reclamación -en el supuesto de que llegase a nombrarse un Tribunal Arbitral-, entendemos, en todo caso, que, de no ser aceptado el consorcio activo de los dos Estados, estaríamos ante una litispendencia a favor del Tribunal nombrado, lo cual traería como consecuencia el no nombramiento de un segundo Tribunal. No tendría sentido el nombramiento de un segundo Tribunal, habida cuenta que el Laudo del primero tendría "fuerza de cosa juzgada" (Art. 21, apdo. 1 del PB).

Algunos autores parece que albergan la posibilidad de que el particular pueda presentar una reclamación contra el Estado de "residencia habitual" o "sede de los negocios"<sup>224</sup>. A nuestro juicio, ello no es posible por la necesidad recogida en el P.B. de que haya un Estado reclamante y otro Estado reclamado, con la consiguiente negociación

---

<sup>224</sup> Así, PIRES, FONSECA y CROSHERE escriben: "Ma se a controvérsia ocorrer contra o Estado-parte onde o particular reside ou tem sede de seus negócios, talvez os funcionários da respectiva Seção não tenham a necessária independéncia para se pronunciar contra o próprio país, prejudicando o direito do reclamante" (PIRES, FONSECA y CROSHERE: **Soluções...**, cit. p. 62).

FERREIRA, después de contemplar la posibilidad, en el marco del Protocolo, de una reclamación del particular contra el Estado "de residencia" o "sede", ante la problemática independencia de los funcionarios de la Sección, indica que "esse procedimento prévio a jurisdiccional deve ser abolido" (FERREIRA: **MERCOSUL. Comentários...**, cit., p. 54).

entre la Sección Nacional que recibió la reclamación y la del Estado supuestamente incumplidor (art. 27 del P.O.B.). La coincidencia entre parte actora y parte demandada no nos permitiría dar paso a un procedimiento contradictorio. No se contempla, pues, en el procedimiento el caso de un particular que quiera reclamar contra el Estado en el que tiene su residencia habitual y la sede de sus negocios, o, en otras palabras, el supuesto de la identidad de "Estado donde se produce la reclamación" y "Estado contra el que se produce la reclamación", por haber incurrido en una conducta contemplada en el art. 25 del P.B. En tal supuesto, el particular habrá de acudir a la justicia ordinaria de dicho Estado.

De lo que llevamos visto, se infiere que el particular no tiene posibilidades procesales de actuación contra el Estado donde tenga "su residencia habitual o la sede de sus negocios". Deberá acudir al ordenamiento jurídico interno pertinente en busca de una tutela judicial, aunque cabría la posibilidad de que el Estado de "residencia habitual" fuese distinto del Estado "sede de los negocios", con lo cual podría intentarse obtener la "luz verde" de la Sección Nacional de uno de ellos frente a la sección Nacional del Estado presuntamente infractor. La realidad económica es lo suficientemente rica para que la casuística pueda ser de lo más variada.

Hay que subrayar asimismo que el régimen del Protocolo de Brasilia no tiene por finalidad el resolver diferencias de particulares en el ejercicio de su actividad privada, ante un perjuicio causado por un incumplimiento contractual, en el cual estuviera presente algún elemento de extranjería. Estos casos, aun tratándose de personas físicas o jurídicas del MERCOSUR, serían típicos del Derecho Internacional Privado, debiendo ser aplicadas las normas de esta rama ya existentes actualmente, o las que pudieran ser creadas en el futuro para satisfacer las necesidades específicas del área mercosureña<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> En relación con ello, FEDER puso de relieve el riesgo de que la falta de solución de las disputas entre los particulares en los mecanismos previstos hasta ahora por el sistema de integración del futuro MERCOSUR tiene el defecto de que pueden llegar

El particular no tendría, por lo que estamos viendo, la posibilidad de acudir al Tribunal Arbitral para reclamar contra los actos de los órganos del MERCOSUR, "lo que se configuraría también como un acto de indefensión"<sup>226</sup>.

### C) Procedimiento.

Como tendremos ocasión de ver son posibles dos fases en el marco del P.B. La primera consistiría en la intervención del Grupo Mercado Común y la segunda, posteriormente, en la intervención del Tribunal Arbitral. El P.O.P. recoge la intervención de la Comisión de Comercio.

#### a) Intervención del Grupo Mercado Común.

Como primera actuación, los particulares deberán aportar los elementos que permitan a la Sección Nacional del G.M.C. "determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio"<sup>227</sup>. El particular presentará su petición fundamentada, con

---

a aplicarse contenidos normativos dispares según los países involucrados en el caso concreto (FEDER, B.: "Cooperación Judicial en el ámbito del MERCOSUR", **INTERMUNDO**, Publicación del Centro de Estudiantes de Relaciones Internacionales, Año 2, Nº. 2, noviembre de 1992, Montevideo, pp. 23-24. Estos problemas serían recogidos en la agenda de negociaciones de los países respectivos y con vistas a la celebración de un acuerdo.

<sup>226</sup> URIONDO DE MARTINOLI: **Solución de controversias...**, cit., p. 75. En este sentido, asimismo GONZÁLEZ-OLDEKOP: **La integración...**, cit., p. 273.

<sup>227</sup> Art. 26, aptdo. 2 del P.B, La composición de la Sección Nacional del G.M.C. aparece recogida en el art. 2º. del Anexo I de la Decisión Nº 4, 1991, del Grupo Mercado Común, Reglamento Interno del Grupo Mercado Común. en el cual se dispone lo siguiente: "El Grupo Mercado Común estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, que representarán a los organismos públicos siguientes: Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Economía o equivalente (áreas de industria, comercio exterior y/o coordinación económica); y Banco Central.

Los miembros titulares y alternos de cada Estado Parte constituirán, para todos los efectos, la respectiva Sección Nacional del Grupo Mercado Común".

la mayor diligencia posible, incorporando en ella elementos de prueba de la veracidad de sus alegaciones. Debemos reseñar la necesidad de presentar pruebas sobre la presencia de la "existencia o amenaza de perjuicio" a apreciar por la Sección Nacional, requisito nuevo que sólo se exige en la acción de los particulares pero no existente en el procedimiento antes visto entre Estados. Para PÉREZ OTERMÍN, esta novedad sería "justificable en atención a la parte actora"<sup>228</sup>. A nuestro juicio, este requisito sobre el cual nos detendremos más adelante está injustificado.

Con el fin de no duplicar esfuerzos, si el objeto de la demanda presentada por el particular ya dio lugar a iniciativa bajo el procedimiento previsto en los Capítulos II, III o IV del Protocolo, la Sección Nacional deberá dejarla sin efecto. Ello se infiere del contenido del art. 27 del Protocolo, el cual dispone:

*"A menos que el reclamo se refiera a una cuestión que haya motivado la iniciación de un procedimiento de Solución de Controversias bajo los Capítulos II, III o IV de este Protocolo, la Sección Nacional del Grupo Mercado Común que haya admitido el reclamo conforme al Artículo 26 del presente capítulo podrá, en consulta con el particular afectado:*

*a) Entablar contactos directos con la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte al que se atribuye la violación a fin de buscar, a través de consultas, una solución inmediata a la cuestión planteada; o*

---

El Reglamento Interno del Grupo Mercado Común, Doc. CMC/dec. Nº 4, 1991, puede ser consultado, entre otros, en GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., pp. 51-58.

<sup>228</sup> PÉREZ OTERMÍN: *Solución...*, cit., p. 50. Parece traslucir este autor un prejuicio respecto a posibles actuaciones temerarias de los particulares, que, a nuestro modo de ver, no son previsibles; más bien al contrario, las cortapisas puestas al particular podrán llevarle, en buena medida, a una inhibición, excepción hecha de las personas jurídicas-grupos económicos de relieve.

b) *Elevar el reclamo sin más trámite al Grupo Mercado Común*".

Como podemos apreciar, el particular deberá hacer indicación de la norma, decisión o resolución que, a su juicio, vaya contra el ordenamiento jurídico del MERCOSUR. Procurará que sus pruebas sean de naturaleza incontestable, que permitan determinar, cuando menos, la expectativa de perjuicio, sin necesidad de perjuicio real y efectivo. La Sección Nacional valora si existen suficientes pruebas de la violación del ordenamiento comunitario, dándole curso, en el supuesto de que la respuesta sea positiva, en los términos antes vistos. El límite de discrecionalidad de la Sección Nacional reside en la apreciación de la confiabilidad y eficacia de las pruebas, debiendo estar basada la recusa a la acogida sólo en la no veracidad o inadecuación de las pruebas. Como advierte el Tribunal en el Segundo Laudo: "la sección nacional analiza lo que en el Derecho procesal se llama el **fumus bonis iuris** es decir, en qué elementos se apoya la verosimilitud de derecho que pueda asistir al particular concretamente en el caso planteado y su perjuicio"<sup>229</sup>.

De la redacción del artículo se desprende que la Sección Nacional dispone de gran discrecionalidad a la hora de aceptar o rechazar la reclamación<sup>230</sup>. Ahora bien, aquí se suscita la pregunta de si la actuación de la Sección Nacional es susceptible de impugnación, por razones de fondo<sup>231</sup> o por razones formales, como pudieran ser las refe-

---

<sup>229</sup> Pfo. 38 del Segundo Laudo.

<sup>230</sup> ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 82.

<sup>231</sup> Respecto a la posibilidad de recurrir en vía administrativa las decisiones de la Sección Nacional uruguaya, LANDONI SOSA apunta, sin pronunciarse con un carácter definitivo, que: "estamos frente a la decisión de un órgano complejo integrado por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Economía, del Banco Central que es coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y que funciona dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, la que podría ser impugnada mediante los recursos de revocación y jerárquico ante el Poder Ejecutivo" (LANDONI SOSA: "La solución...", cit., p. 368).

rentes a la motivación<sup>232</sup>. La respuesta habrá de darse por vía administrativa en el Derecho interno, debiendo culminar, en última instancia, llegado el caso, con un control judicial.

La Sección Nacional, admitida la reclamación, podrá, en virtud del art. 27 del PB, una vez evacuada consulta no vinculante con el particular afectado –al que otorga un mínimo de participación–, bien entablar contactos directos con la Sección Nacional del Estado Parte al que se atribuye la violación bien elevar la reclamación al GMC<sup>233</sup>.

<sup>232</sup> La exigencia de motivación del acto administrativo procedente de las instituciones comunitarias se da con carácter general, con independencia del procedimiento en que se presente: S. *Francia v. Comisión*, 11 de noviembre de 1987 -259/85; esta exigencia es acentuada cuanto mayor sea la discrecionalidad de la autoridad decisoria, S. *GEITLING V. Alta Autoridad*, 15 julio 1960, 36-38 y 40-59; S. *Consten y Grundig v. Comisión*, 13 julio 1966, 56 y 58/64.

Tal exigencia ha sido extendida por el Tribunal de Justicia a los procedimientos administrativos nacionales conectados con el Derecho comunitario. Así, S. *UNEC-TEF*, 15 octubre 1987, 222/87, en la que el Tribunal, sostuvo, refiriéndose a la tutela judicial efectiva (principio judicial efectivo que se extiende a los Estados Miembros, S. *Johnston*, 15 mayo 1986, 222/84, que implicaba, por una parte, que el juez nacional tuviera conocimiento de las razones que motivaron la adopción de la decisión administrativa nacional impugnada, y, por otra, que el interesado no sólo pudiese fundamentar su recurso ante el órgano jurisdiccional, sino también decidir, "con pleno conocimiento de causa", si le convenía o no impugnar la decisión; de ahí que "la ausencia de motivación no puede ser remediada por el hecho de que la persona afectada conozca las razones de la decisión durante el proceso ante el Tribunal".

<sup>233</sup> GARRÉ COPELLO escribe: "Si el particular ha optado por el camino de iniciar consultas con la Sección Nacional respectiva se estableció un plazo..." (GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 32). En nuestra opinión, el particular sólo es objeto de "consulta", aunque la Sección Nacional debiera tener muy en cuenta la respuesta a esta consulta. PIRES, FONSECA y CROSHERE escriben: "Consultado, se o interessado não estiver de acordo com a negociação direta, deverá submeter diretamente a reclamação ao GMC, como segunda alternativa" (PIRES, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., p. 62). En el mismo sentido se había manifestado FERREIRA: *MERCOSUL. Comentários...*, cit., p. 55. Como dejamos dicho en el texto, entendemos que la preferencia del particular puesta de manifiesto en la consulta no es vinculante. De ser vinculante, el art. 28 debería haber dado la disyuntiva en la elección al particular. En todo caso, en nuestra opinión, la Sección Nacional debería tener muy en cuenta la respuesta a esta consulta.

Algunos autores indicaron la conveniencia de respetar el orden de las alternativas, alegando que ello facilitaría que el Estado que "presuntamente adoptó la medida que provocó el reclamo, pudiera conocer el perjuicio ocasionado, al margen de una mejor compatibilización con el plazo que establece el Art. 28 del Protocolo"<sup>234</sup>.

Si la Sección Nacional del G.M.C decidió entablar contactos directos con la otra Sección Nacional, en el caso de que la cuestión no hubiese sido resuelta en el plazo de quince días a partir de la comunicación de la reclamación, "la Sección Nacional que realizó la comunicación podrá, a solicitud del particular, elevarla sin más trámite al Grupo Mercado Común" (art. 28 del P.B.). Se advierte que la continuación del trámite queda en manos de la Sección Nacional, en atención al "podrá" que, como acabamos de ver, se recoge en dicho artículo. Con todo, tratándose de un "nacional" (*lato sensu*: "residencia habitual o la sede de sus negocios") perjudicado, se supone que la Sección Nacional debería dar "luz verde" a la reclamación, haciéndola llegar al Grupo Mercado Común.

El Grupo Mercado Común tratará la reclamación en la primera reunión subsiguiente a su recepción, evaluando los fundamentos sobre los que se basó su admisión por la Sección Nacional. Si concluyere que no se cumplen los requisitos necesarios para darle curso, rechazará la reclamación sin más trámite<sup>235</sup>.

Como acabamos de ver, el Grupo Mercado Común examinará la reclamación "en la primera reunión siguiente a su recepción". Po-

---

<sup>234</sup> REY CARO: *La solución...*, cit., p. 61; DREYZIN DE KLOR: *Mercosur. Generador de una nueva fuente del derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1997, pp. 156-157.

<sup>235</sup> Art. 29, aptdo.1 del P.B. MARCHESINI, cuando se ocupa de los particulares, señala que con la intervención del G.M.C. en la solución de las controversias "aparece una distorsión ya que un órgano ejecutivo no debe ejercer funciones jurisdiccionales" (MARCHESINI, G.M.: "El arbitraje como método de solución de controversias en el Mercosur", *Revista de Derecho del MERCOSUR*, año 4, Nº. 3, Junio del 2000, p. 109).

dríamos preguntarnos si existe la posibilidad de retrasar el examen. Al respecto, el Reglamento Interno del Grupo Mercado Común es bien claro, no dejando lugar a dudas. El incumplimiento del plazo generaría la responsabilidad del Grupo por funcionamiento anómalo. En tal sentido, observemos que, según el art. 4, aptdo. 2, pfo. g, de dicho Reglamento: "Entre otras, el Grupo Mercado Común tendrá las siguientes atribuciones y responsabilidades: participar de la solución de controversias, en las condiciones establecidas por el Protocolo Adicional para la Solución de Controversias del Tratado de Asunción, convocando para ello las reuniones que se consideren necesarias"<sup>236</sup>.

El Estado Parte interesado –o cualquier otro, puesto que nada lo impide, incluso con vistas a una defensa de intereses propios, habida cuenta de la laxitud en cuanto a la estricta nacionalidad del legitimado activamente- podrá, como podemos apreciar- por sí solo, sin posibilidad de veto alguno, convocar a una reunión extraordinaria con el fin de analizar el reclamo del "nacional".

El impedimento para el desarrollo de los procedimientos que suponía el veto como consecuencia del consenso fue objeto de una inversión en este caso por parte del Grupo Ad-hoc. Cualquier Estado podía por sí mismo convocar la reunión del Grupo Mercado Común, facilitándose así las posibilidades de acceso del reclamante.

La filosofía expuesta en el párrafo precedente fue puesta de manifiesto asimismo por el Grupo Ad-hoc tratando de evitar en lo posible la limitación que para el desarrollo de los procedimientos representa la adopción de decisiones por consenso. Como veremos seguidamente, se mudó el sentido del veto. Si con éste, habitualmente se

---

<sup>236</sup> El G.M.C. recibirá la reclamación a que alude el art. 29.1 del P.B. "en reunión ordinaria o extraordinaria y lo evaluará en la primera reunión siguiente a su recepción" (art. 25 del Reglamento). A su vez, el art. 5 del Reglamento dispone: "El Grupo Mercado Común se reunirá en forma ordinaria o extraordinaria. Las reuniones ordinarias se realizarán en forma rotativa, por orden alfabético, en los Estados Partes, en las fechas a convenir, por lo menos, una vez cada tres meses. Las reuniones extraordinarias se realizarán en cualquier momento, a solicitud de cualquier Estado Parte en lugar a convenir".



particular reclamante y al Estado reclamado la oportunidad de ser escuchados y de presentar sus argumentos (art. 29, aptdo. 3 del Protocolo de Brasilia). Llama la atención la falta de previsión, en cuanto a la audiencia y a la presentación de observaciones, respecto del Estado -o Estados- que hayan apoyado al particular e incluso de los otros Estados.

Por lo que respecta a la composición del grupo de expertos, éste estará integrado por tres miembros designados por el G.M.C. o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos; éstos serán elegidos por votación que realizarán los Estados Partes entre los integrantes de una lista de veinticuatro expertos. La Secretaría Administrativa notificará al G.M.C. el nombre del experto o de los expertos que hubieran recibido el mayor número de votos. En este último caso, y salvo que el G.M.C. lo decida de otra manera, uno de los expertos designados no podrá ser nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo ni del Estado en el cual el particular formalizó su reclamo, en los términos del artículo 26<sup>240</sup>. Estamos ante un ejemplo en el cual si en el G.M.C. no se produce el consenso sobre uno o más expertos, el poder de veto juega nuevamente a favor del Estado reclamante; en este caso, el experto o expertos serán elegidos por los Estados miembros, estén o no en la controversia, por votación entre los miembros de la lista citada de 24 miembros. En este caso, la decisión puede ser tomada por mayoría, si bien, como acabamos de ver, uno de los tres expertos, salvo acuerdo en contrario del Grupo Mercado Común del Sur, no podrá ser nacional del Estado contra el que se formuló la controversia ni del Estado en el que el particular formalizó la reclamación. Aquí cada Estado,

---

e deveria ser suficiente para constituir em mora o Estado vencido, haja vista ter sido o procedimento aceito por todos os Estados signatários do Protocolo" (PIRES, FON-SECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., p. 63). Como bien dice el Tribunal Arbitral, "el ejercicio de la función jurisdiccional es propio y específico tan sólo de la etapa arbitral" (Pfo. 35 del Segundo Laudo).

<sup>240</sup> Art. 30, aptdo. 1 del P.B. La designación a que se refiere el artículo 30.1 del P.B. "deberá efectuarse en la reunión del Grupo Mercado Común en la cual se evalúe el reclamo" (art. 27 del Reglamento).

-entre ellos, obviamente, los Estados reclamante y reclamado- disponen en su favor del poder de veto para tomar o no un "acuerdo en contrario".

Para constituir la lista de expertos, cada uno de los Estados Partes designará seis personas "de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia. Dicha lista quedará registrada en la Secretaría Administrativa" (art. 30, aptdo. del P.B.). Según FERREIRA, "os integrantes da referida lista devem ser juristas de reconhecida competência nas matérias que podem ser objeto de contovérsia"<sup>241</sup>. Tal vez la no exigencia literal de la condición de juristas sea debida a la búsqueda de un cierto reequilibrio de la opción por los juristas en el art. 13 referente a los árbitros. En todo caso, sería muy conveniente que los expertos fuesen juristas, teniendo en cuenta que la "clave de bóveda", en última instancia, de llegarse a él, será un Tribunal Arbitral formado por juristas.

El grupo de expertos, como hemos podido apreciar en el art. 29, goza de un plazo de treinta días, contados desde el momento de su designación, para elevar su dictamen al Grupo Mercado Común<sup>242</sup>, el cual deberá ser emitido por unanimidad<sup>243</sup>. Si en aquél, "se verificase 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 quince días, el Estado parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento

---

<sup>241</sup> FERREIRA: MERCOSUL. *Comentários...*, cit., pp. 55-56.

<sup>242</sup> No se recogen provisiones acerca de la posibilidad de presentar alegaciones ante el grupo de expertos por los Estados Parte en la controversia que no sean el reclamado.

<sup>243</sup> Art. 35 del Reglamento. A nuestro juicio, el Reglamento del P.B. se excede en su alcance jurídico al exigir la unanimidad para el dictamen de los expertos por lo que respecta a las controversias suscitadas por particulares (Capítulo V del P.B.) mientras que el art. 6 no exige tal unanimidad para el dictamen a elaborar en el marco del art. 4 del P.B. referente a las controversias entre Estados.

arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo IV del presente Protocolo”<sup>244</sup>. El dictamen del grupo de expertos a que hace referencia el art. 32 del Protocolo “deberá ser emitido por unanimidad” (art. 35 del Reglamento).

Aunque el dictamen de los expertos no tiene la fuerza obligatoria de un Laudo, no obstante, como advierte PÉREZ OTERMIN, “no podrá desconocerse su fuerza, dejando abierta la puerta al juicio arbitral, directamente, para el caso de incumplimiento”<sup>245</sup>. Ello a tenor del art. 32 del Protocolo de Brasilia que establece: “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 quince (15) días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo IV del presente Protocolo”, con lo cual daría por concluido el procedimiento en el ámbito del Capítulo V. Lo esperado es que el dictamen de los expertos sea acatado por los Estados. Lo contrario sería simplemente dilatar la decisión hasta que se logre una decisión arbitral que confirmaría normalmente el dictamen pericial, según el procedimiento que analizaremos seguidamente<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> Art.32 del P.B. FERREIRA manifiesta: “Não concordamos com o parágrafo final do art. 32, pois, já havendo um parecer dos peritos, que é um verdadeiro laudo em favor do particular, não há por que rever uma questão já decidida, que deveria ter efeito de *coisa julgada* e cumprir-se na mesma forma que um laudo arbitral. Este dispositivo contraria o princípio de *non bis in idem* e a segurança jurídica” (FERREIRA: **MERCOSUL. Comentários...**, cit., p. 56). Tal afirmación, a nuestro juicio, sólo sería sostenible *de iure condendo*, pero no a la luz de los términos actuales del Protocolo.

<sup>245</sup> PÉREZ OTERMIN: **Solución...**, cit., p. 51. “Mais uma vez o Protocolo não deu a devida importância ao parecer dos peritos, que é um verdadeiro laudo em favor do particular” (PIRES, FONSECA y CROSHERE: **Soluções...**, cit., p. 64).

<sup>246</sup> GARRÉ COPELLO: **Solución...**, cit., p. 33. Por su parte, REY CARO afirma: “Aunque no se menciona expresamente, debe entenderse que el dictamen del grupo

Observamos que cualquier Estado podrá requerir al Estado infractor la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Se daría entrada, así, a un interés general de todos los Estados partes en el cumplimiento por cada uno de ellos de la normativa del MERCOSUR<sup>247</sup>.

Los gastos originados por el grupo de expertos "serán sufragados en la proporción que determine el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo, en montos iguales por las partes directamente involucradas" (art. 31 del Protocolo de Brasilia). Refiriéndose a las "partes directamente involucradas", PÉREZ OTERMÍN escribe: "Expresión que tiene por objeto precisar que los gastos se dividirán entre el particular reclamante y el Estado contra el cual se efectuó el reclamo. No nos parece nada justa esta carga a los particulares, los cuales por razones económicas, en caso de empresas pequeñas y medianas verán dificultadas sus posibilidades de hacer valer sus derechos. Manifestamos en su oportunidad que no podemos actuar con un criterio de restricciones de gastos tales que nos lleven a la inoperancia de un proyecto de tal envergadura, como lo es un Mercado Común. Se sostuvo como argumento que la carga de los expertos actuaría como un freno para que no ocurriera un desborde de reclamos infundados"<sup>248</sup>. Queremos mostrar aquí nuestra adhesión a la procedencia de la opinión recogida; es más, de no constarnos la participación de PÉREZ OTERMIN en los trabajos preparatorios del Protocolo de Brasilia, seguramente no habrían de faltar argumentos a favor del entendimiento de la expresi-

---

de expertos es obligatorio". Asimismo, en relación con un dictamen desfavorable, indica que: "Todo parecería indicar que tal sería el efecto, aunque hubiera sido apropiado consignarlo expresamente" (REY CARO: "Eficacia y falencias de los medios y procedimientos de solución de controversias en el ámbito del MERCOSUR", *Roma e America. Diritto Romano comune*, 4/1997, pp. 175 y 176, respectivamente; *Id.*, *La solución...*, cit., pp. 62 y 63). Aun reconociendo el valor del grupo de expertos, no creemos que tal dictamen tenga carácter vinculante.

<sup>247</sup> Cfr. REYES: "Orientación...", cit., p. 84.

<sup>248</sup> PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 52. Parecida argumentación sería recogida por este autor en *El Mercado...*, cit., p. 65.

sión "partes directamente involucradas", a los efectos del citado artículo, como referida a los Estados "directamente involucrados", los cuales serían el reclamado y el que deviene, en buena medida, en reclamante una vez que "avala e impulsa" el reclamo del particular. En su caso, si fuese distinto del reclamante, también lo sería el Estado peticionario de la adopción de medidas del art. 32. Sería ésta una interpretación congruente del adverbio "directamente" con la generalidad del Protocolo. Como subraya ALONSO GARCÍA, el procedimiento "conserva un trasfondo de naturaleza interestatal"<sup>249</sup>. Este trasfondo se vería reforzado por la elección de los expertos, como vimos, por elección realizada, no sólo por los Estados implicados en la

---

249 ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 83. El preeminente papel del Estado resulta patente para ALONSO GARCÍA, quien se extiende sobre el asunto: "Por lo que se refiere al Mercosur, y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un sistema provisional cuya evolución probable será hacia una jurisdicción permanente del tipo europeo, quizás la primera nota que deba destacarse es que la pretendida por el Protocolo de Brasilia clara diferenciación de regímenes de solución de controversias entre, por un lado, Estados miembros, y, por otro, de éstos con los particulares, resulta difuminada por la discrecionalidad otorgada a los respectivos Estados miembros primero, a través de su Sección Nacional del Grupo Mercado Común, y en su conjunto después, actuando como tal Grupo, a la hora de activar el procedimiento sobre la base de la reclamación interpuesta por el particular; a ello debe añadirse que en la fase de ejecución del laudo, el particular queda descolgado del procedimiento, a favor del pleno protagonismo de los Estados miembros" (*Ibid.*, pp. 140-141).

A pesar de las afirmaciones recogidas en texto, este autor opina que los gastos del grupo de expertos deberán ser pagados por "el particular que reclama y el Estado cuya actividad interna motivó la reclamación, que son los únicos legitimados *ex lege*, como acabamos de ver, para presentar alegaciones ante el grupo" (*Ibid.*, p. 84).

Como ya dijera HIGHTON y LAMBOIS, el sistema "acuerda preponderancia a los Estados sobre los derechos de los particulares, reconociéndoles un muy limitado ámbito de actuación y pocas garantías para evitar la lesión u obtener su reparación" (HIGHTON y LAMBOIS: "Unificación y efectividad del Derecho en los países del Mercosur", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 6, 1994, p. 464).

La carga de los gastos sobre los particulares ha sido criticada unánimemente por la doctrina. Así, entre otros, GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., p. 35; LANDONI SOSA: *La solución...*, cit., pp. 351-352; LIPOVETZKY y LIPOVETZKY: *Mercosul: estrategias...*, cit., p. 269.

controversia, sino también por todos los otros Estados Partes y sin participación alguna del particular. En apoyo de la tesis a que nos adherimos podemos traer a colación el carácter interestatalista que, en relación con las controversias, observa el Tribunal Arbitral del Segundo Laudo: "El objeto de las controversias entre Estados, tanto cuando se producen directamente entre ellos, o a instancia de los reclamos de los particulares, se determina cuando el Estado reclamante presenta su reclamación y el Estado reclamado contesta aceptándola total o parcialmente o rechazándola..."<sup>250</sup>.

A la vista de lo arriba expuesto, estaremos pues totalmente de acuerdo con PÉREZ OTERMIN, cuando abunda en su argumentación: "Entendemos que el freno está dado por la facultad que tiene la Sección Nacional de darle trámite o no, según surge de la redacción, tanto del artículo 27, como del artículo 28, al establecer "podrá". Si la Sección Nacional entiende que el reclamo es justo, debería correr con los gastos que se ocasionaren, pues en definitiva es en beneficio del país. De todos modos, la redacción permite que cada Estado Parte adopte internamente criterios generales que regulen esta situación de antemano, en la forma que lo crean conveniente"<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Parágrafo 42. Las cursivas son nuestras. En coherencia con el párrafo recogido en el texto, el Tribunal en el Segundo Laudo decidió: "Por unanimidad, disponer que los costos y costas del proceso sean abonados de la siguiente manera: Cada Estado se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados por montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del Mercosur, dentro de los treinta días de la notificación del laudo". Observaremos que no se hace ninguna referencia a los particulares.

<sup>251</sup> PÉREZ OTERMIN: *Solución...*, cit., p. 52. En esa línea, reforzando los argumentos al respecto, SOARES afirma que estamos ante "uma reclamação dele, Estado-Parte" (SOARES: "Uma revisão...", cit., p. 65).

La duda expuesta parece resuelta en los arts. 29 y 30 del Reglamento. Art. 29: "Los gastos de los expertos que hacen referencia los artículos 4.3 y 31 del Protocolo de Brasilia comprenden la compensación pecuniaria por su actuación y los gastos de pasajes, costos de traslado, viáticos y otras erogaciones que demande su actuación".

## b) Intervención de la Comisión de Comercio.

Como pudimos apreciar en el art. 1 del Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, Anexo al P.O.P., dicho Procedimiento está abierto para "las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur, originadas en los Estados Partes o en reclamaciones de los particulares –personas físicas o jurídicas–, no distinguiéndose en el procedimiento diferencias a causa del origen estatal o personal de la reclamación. En consecuencia, nos remitimos a lo ya dicho sobre el papel de la Comisión de Comercio en materia de solución de controversias entre Estados. **Mutatis mutandis**, lo allí dicho será de aplicación a las reclamaciones efectuadas por las personas contra los Estados.

Las controversias contempladas por el art. 25 del P.O.P. vienen a coincidir con el ámbito competencial de la C.C.M., por lo que el particular podrá optar entre iniciar el procedimiento del Capítulo V del P.B. o el del Anexo del P.O.P. Por el contrario, en las controversias entre Estados, no todas caen dentro del ámbito competencial de la C.C.M, debiendo en este caso ser instruidas acogiendo al P.B.

Con todo, no dejaremos pasar la oportunidad para resaltar que si el Capítulo V del P.B. esconde, con el título "Reclamos de los particulares", un procedimiento de naturaleza interestatal<sup>252</sup>, ésta se presenta con claridad meridiana en el procedimiento ante la Comisión de Comercio, en el cual el particular se limita al papel de mero denunciante, desapareciendo formalmente del procedimiento, en el caso de

---

Art. 30: "La compensación pecuniaria de los expertos a que hace referencia el artículo anterior será acordada por los Estados involucrados y convenida con los expertos en un plazo que no podrá superar los cinco (5) días siguientes a su designación".

<sup>252</sup> Como escribe OLAVO BAPTISTA: "como a reclamação dos particulares é encaminhada pela Seção Nacional, fica subentendido que é o Estado-Parte envolvido quem se apresenta como litigante, se ela for acolhida" (OLAVO BAPTISTA: O MERCOSUL..., cit., p. 158).

que vea asumida su denuncia, a favor de un protagonismo pleno del Estado reclamante.

Si débil es la posición del particular en el P.B., más débil será en el P.O.P., en el cual no va a poder presentar alegaciones, ni va a poder valerse de un órgano dotado de unas mínimas dosis de independencia e imparcialidad como es el Grupo de Expertos, con mayores garantías, en cuanto a su elección y a su dictamen. No le cabrá, pues, la posibilidad de presentar alegaciones ni ante el Comité Técnico ni ante la C.C.M. o el G.M.C.

### **c) Intervención del Tribunal Arbitral.**

Una vez elevado el dictamen de los expertos -al que ya hicimos referencia- al G.M.C., si en este dictamen se verificara la procedencia de la reclamación contra 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 quince (15) días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo IV del presente Protocolo" ( art. 32 del P.B.). Observaremos que el Estado reclamante del art. 27, si resultase ser distinto del solicitante de medidas del art. 32, no podría pedir la actuación del Tribunal Arbitral. Su papel en la legitimación activa habría sido asumido por el segundo Estado. Recibido el dictamen que considere improcedente el reclamo, el G.M.C. "dará de inmediato por concluido el mismo en el ámbito del Capítulo V del Protocolo de Brasilia" (art. 36 del Reglamento).

Asimismo, en caso de que el Grupo de expertos "no alcance unanimidad para emitir un dictamen, elevará sus distintas conclusiones al Grupo Mercado Común, que dará de inmediato concluido el reclamo en el ámbito del Capítulo V de Brasilia"<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup>Art. 37 del Reglamento. La exigencia de la unanimidad para la adopción del informe de los Expertos fue objeto de críticas por REY CARO: "En realidad, el requi-

Habida cuenta de que en el sistema Mercosur se excluye la posibilidad de impugnar las decisiones del Grupo, al particular, señala ALONSO GARCÍA, se le habrán cerrado las puertas del sistema, "lo que no le impide intentar la impugnación por la vía jurisdiccional interna -sometida al propio Derecho interno- de la medida nacional supuestamente adoptada en violación del Derecho del Mercosur"<sup>254</sup>.

La conclusión de la reclamación por parte del G.M.C., en los términos de los arts. 36 y 37 del Reglamento, "no impedirá que la parte reclamante dé inicio al procedimiento previsto en los Capítulos II, III y IV del Protocolo de Brasilia"<sup>255</sup>.

---

sito de la unanimidad para el dictamen del Grupo de Expertos puede dar más consistencia o fuerza a la opinión del Grupo en relación a la cuestión sobre la que debe pronunciarse, pero al mismo tiempo hace más dificultosa la procedencia del reclamo de los particulares, ya que bastaría que uno de los tres miembros del Grupo manifestara su desacuerdo con los otros dos, para dar por concluido el procedimiento en el ámbito del Capítulo V del protocolo. La nueva solución impuesta por el Reglamento requiere de una gran independencia de los expertos, pues de lo contrario, el particular verá más limitada la posibilidad de obtener una satisfacción a su reclamación, en un procedimiento en el que su participación está ya muy restringida. El mecanismo del art. 30 del Protocolo al conformar el grupo con tres expertos fue concebido, como es habitual en los cuerpos colegiados, previendo la posibilidad de un pronunciamiento por mayoría" (REY CARO: "Comentario...", cit., p. 12 (separata).

<sup>254</sup> ALONSO GARCÍA: *Tratado...*, cit., p. 84.

<sup>255</sup> Art. 38 del Reglamento. A nuestro juicio este artículo no es muy claro en cuanto a sus destinatarios. Si se refiere a las reclamaciones de los particulares, como nosotros entendemos, en atención al contenido de los arts. 35, 36 y 37 del Reglamento y a la utilización de la palabra "reclamo" y no de la expresión "controversias entre Estados" -usadas, respectivamente, en el P.B. y en el resto de su Reglamento en relación con las diferencias iniciadas por los particulares y por los Estados-, no tiene mucho sentido que el art. 38 permita al reclamante dar inicio al procedimiento previsto en los Capítulos II y III. El artículo nos conduce a un mar de dudas de difícil solución. Para el particular este artículo no parece resultar operativo. ¿De repente, en una especie de *segunda vuelta*, el particular tomaría un papel de *Estado demandante* llevando a cabo negociaciones con el Estado demandado (Cap. II), pudiendo, en caso de que las negociaciones no fuesen efectivas *elevant*, su reclamación al G.M.C. (cap. III), y, posteriormente, en función de los acontecimientos, recurrir al procedimiento arbitral..., designar un juez, etc?. Dejando a un lado que con esta interpretación se violaría una

Abierta la vía para el Procedimiento arbitral, Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, destacaremos aquí el hecho de que sea el Estado requeridor de las medidas -que puede ser distinto del de la "residencia habitual" o de la "sede de sus negocios"- quien pueda acudir al Tribunal Arbitral. Al particular no le cabrá papel alguno ni en la ejecución

---

norma superior como el P.B., desde una mínima técnica jurídica, por bien rudimentaria que fuera, no parece que pueda sostenerse.

Lo normal es que, una vez "dado por concluido el reclamo en el ámbito del Capítulo V del Protocolo de Brasilia", el Estado requeridor del art. 32 del P.B, pueda, como se dice en este artículo, "recurrir directamente al procedimiento arbitral, en las condiciones establecidas en el Capítulo IV del presente Protocolo". En consecuencia, para este Estado no resulta correcto remitirlo a los Capítulos II (negociaciones) y III (G.M.C.). ¿Quién podría ser entonces, el reclamante del art. 38 del Reglamento? La única viabilidad del art. 38 -y no poco rebuscada- podría ser en relación con el Estado ante cuya Sección Nacional el particular presentó el reclamo (que podríamos denominar Estado admisor). En tal supuesto, podrían darse dos hipótesis: a) que el Estado requeridor coincida con el Estado admisor, en cuyo caso, el Estado podría optar por ir directamente al Cap. IV (Tribunal Arbitral) o por acudir a los Capítulos II, III y, posteriormente, en su caso, al IV; b) que el Estado admitente no coincida con el requeridor, supuesto en el que aquél podría acudir a los Capítulos II (aun en el caso de que ya hubiera habido negociaciones en el marco del art. 27 a) del P.B.), III y IV. Es verdad que el asunto transitaría en dos ocasiones por el G.M.C., pero, como hemos podido ver, el papel del G.M.C. en el cap. III (recomendaciones propias) es más activo que en el IV, en el cual sólo puede rechazar el reclamo o convocar al Grupo de Expertos.

Claro que una segunda oleada de problemas podría surgir ahora. Pensemos por un momento en la especie de *litispendencia* que surgiría si el Estado requeridor opta por acudir directamente al Capítulo IV y el admitente al II y al III -incluso directamente al III, si así lo desea, porque ya hubiera habido negociaciones en virtud del art. 27 a) del P.B.- La acción de un primero en el contexto de los Capítulos II y III suspendería la acción del segundo. Una primera acción a favor del Tribunal Arbitral que desembocase en un Laudo Arbitral anularía, en virtud del efecto de cosa juzgada, cualquier otra posibilidad de acción.

Sinceramente, creemos que los redactores del art. 38 del Reglamento no estuvieron muy iluminados. La interpretación que venimos exponiendo, con todo, entendemos que chocaría con el principio de jerarquía normativa del P.B. sobre su Reglamento. ¿Qué habrán querido decir los redactores del art. 38 del Reglamento...? ¿Quié- sieron decir algo o buscaron sólo liarla un *pouquiño* más...?

del dictamen ni en la petición de actuación de un Tribunal Arbitral<sup>256</sup> ni en la fase de ejecución del Laudo.

Hay que subrayar que en cualquier etapa de los procedimientos, la parte que haya planteado la controversia o la reclamación podrá desistir de la misma, pudiendo asimismo las partes involucradas llegar a una transacción, dándose por concluida la controversia o la reclamación en ambos casos. Los desistimientos o las transacciones deberán ser comunicados al Grupo Mercado Común o al Tribunal Arbitral, según el caso, a efectos de que se adopten las medidas oportunas que correspondan<sup>257</sup>.

Según REY CARO, los particulares "sólo pueden participar directamente -ser escuchados y exponer sus argumentos- en la instancia que abre el grupo de expertos. Su reclamación, en consecuencia, se canaliza inicialmente a través de una Sección Nacional y si al final se verificara la procedencia del reclamo, es al Estado parte respectivo y a los otros Estados Partes en el Protocolo, a los que se les ha concedido el derecho de exigir el cumplimiento de las medidas correctivas o de anulación de las medidas cuestionadas. Esta mediatización del Estado determina que al final, el procedimiento tome un carácter eminentemente interestatal. En suma, los procedimientos pergeñados otorgan a

---

<sup>256</sup> Como escribe URIONDO DE MARTINOLI: "No tienen acceso directo. Los particulares no pueden acceder directamente al Tribunal Arbitral, deben esperar a que los Estados recojan sus planteos. Trámite que debilita su participación, al negarles una acción judicial directa para que puedan reclamar los daños y los perjuicios derivados del incumplimiento de un Estado Parte. Por eso, es aconsejable consagrar a favor del particular una competencia procesal activa que, para ciertos remedios jurisdiccionales le habilite una gestión directa y efectiva" (*Solución de controversias...*, cit., pp. 75-76). En este mismo sentido, MORELLO, A. y OTEIZA, E.: "El sistema de solución de controversias del Mercosur", *El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos*, La Plata, 1993, p. 232.

<sup>257</sup> Art. 42 del Reglamento. "En el caso de las reclamaciones de los particulares, como éstas se "estatizan" apenas iniciado el procedimiento, hubiera sido la oportunidad para establecer expresamente cuándo puede producirse el desistimiento y qué participación tiene el particular en la hipótesis de llegar a una transacción" (REY CARO: "Comentario..." , cit., p. 13 (separata).

los particulares un protagonismo muy limitado, quedando en manos de los órganos del Mercosur y de los Estados Partes en el Protocolo, las instancias más decisivas. Se ha reconocido a los particulares sólo un derecho de iniciativa<sup>258</sup>. Habrá que advertir, asimismo, que si el Estado que recurre al procedimiento arbitral fuese distinto del Estado de la "residencia habitual" o de la "sede de sus negocios", dicho Estado recurrente pasará a desempeñar un papel relevante en el marco de la legitimación activa *compleja* a que venimos haciendo referencia, lo cual le debería comportar el tener que participar en la sufragación de una parte igual de los gastos de la controversia, los cuales parece que deberían ser divididos entre el Estado de la "residencia habitual" y/o "sede de sus negocios", el Estado recurrente y el Estado demandado. A nuestro juicio, el particular sin capacidad real de obrar en el proceso, ejerciendo en realidad algo que no va más allá de un mero derecho de petición –habitual, por lo demás, incluso a nivel de mero Derecho interno–, debería quedar al margen de cualquier tipo de aportación a los gastos del procedimiento, que no sean los honorarios profesionales de los letrados de que pueda haberse valido a título personal.

A modo de valoración general sobre el papel del particular en controversia con el Estado, en el MERCOSUR, diremos que, a nuestro juicio, pese a algunas manifestaciones optimistas que ya hemos tenido oportunidad de reseñar, el procedimiento de "Reclamos de particulares", en sus actuales términos, puede resultar muy poco efectivo. Tal como advierten BLOCH e IGLESIAS: "Con respecto al capítulo del Protocolo de Brasilia "Reclamos de particulares", consideramos que el procedimiento, tal como está actualmente estructurado, puede no tener incidencia y desarrollo y ser solamente una simple denuncia, ya que los Estados dominan a los órganos actuales del Mercosur (órganos intergubernamentales) y son los que en definitiva efectuarán el control de admisibilidad de los reclamos presentados por los particulares, aceptándolos o rechazándolos, y en este último caso existiría un principio de denegación de justicia efectuado por los po-

---

258 REY CARO: *La solución...*, cit., pp. 63-64.

deres ejecutivos; además, tal como funciona el sistema, extremadamente prolongado, se sometería a un resultado en exceso azaroso la tutela debida a los intereses de los particulares en caso de aceptarse el reclamo, si se le aplica el procedimiento arbitral estipulado. Es importante que el sistema se perfeccione, permitiendo un acceso directo a las reclamaciones de los particulares a la órbita jurídica y, asimismo, simplificar el procedimiento, aún el arbitral<sup>259</sup>.

Por consiguiente, resulta a todas luces evidente que "la escasa participación de los particulares en los mecanismos examinados y la intermediación de órganos a los que se les ha atribuido competencias y de los países, puede conducir a cierto estado de indefensión de aquellos, y hacer predominar los intereses estatales..."<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> BLOCH e IGLESIAS: *Solución...*, cit., p. 72. OLIVAR JIMÉNEZ, en relación con el individuo en el capítulo V del P.B. escribe: "Su posición es la tradicional en un sistema de Derecho Internacional clásico en que sólo son considerados a través de la protección diplomática. El individuo no es, ni siquiera indirectamente, vinculado efectivamente al control del cumplimiento de las disposiciones de los instrumentos jurídicos de la integración como sucede en la Unión Europea o en el Pacto Andino" (OLIVAR JIMÉNEZ: "La comprensión...", cit., p. 71).

Asimismo, OLAVO BAPTISTA, a nuestro modo de ver, no muy acertadamente, llega a afirmar: "em havendo o instituto da proteção diplomática, seria inútil a inclusão no Tratado das regras dos arts. 24 a 27, pois a pratica concernente a essa seria bastante" (OLAVO BAPTISTA: "Solução de divergências no MERCOSUL", *MERCOSUL. Seus efeitos...*, cit., p. 174). En el mismo sentido, se pronunciaría este autor en O *MERCOSUL...*, cit., p. 162). Creemos que una regulación insuficiente no equivale al uso de "expressões ociosas" tal como llega a calificar al Capítulo V.

<sup>260</sup> REY CARO: *La solución...*, cit., p. 69. REY CARO examinó los principales rasgos del procedimiento arbitral asimismo en: "La solución de controversias en el MERCOSUR", *Cursos Interdisciplinarios Hispano-Argentinos 1995-1996*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1996, pp. 43 y ss. y en *Eficacia y falencias de los medios y procedimientos de solución de controversias en el ámbito del Mercosur*, Córdoba (Argentina), 1996, p. 21; *Id.*: "La solución de controversias en el Mercosur", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VII, 1996-1997, p. 298; asimismo, GONZÁLEZ -OLDEKOP: *La integración...*, pp. 259-275; SAMTLEBEN, J. e SALOMÃO FILHO, C.: "O Mercado Comum Sul Americano", *Contratos internacionais*, Coord. J. GRANDINO RODAS, São Paulo, 1995, pp. 274-275.

"En términos generales, observa WEIS, que el sistema del MERCOSUR no permite que las personas físicas reivindiquen sus derechos directamente contra los Estados miembros. Esa posición quizás tenga que ser revisada en el futuro para dar a las personas una mayor participación directa en el acaecer de la integración del MERCOSUR"<sup>261</sup>.

---

Cabría subrayar aquí que los delegados en el Seminario Internacional sobre "La solución de controversias comerciales en el Mercosur" expusieron su preocupación por la insuficiencia de los mecanismos previstos en el T.A. y en los protocolos que se ocupan del tema, señalando que los procedimientos previstos en el Capítulo V, Reclamos de particulares, del P.B., resultan notoriamente insuficientes, circunstancia que origina incertidumbres en los agentes económicos (BIANCHI, R. y LLANOS, F.A.: "2ª Reunión de la Comisión de Métodos de Resolución de Conflictos. Consejo de Cámaras de Comercio del Mercosur", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 2, Nº 4, Agosto de 1998, p. 90).

<sup>261</sup> WEISS: *op. cit.*, p. 169. Sobre la solución de controversias: ALMEIDA: "Solução de controvérsias no Mercosul: o Protocolo de Brasília ao Tratado de Assunção", *Boletim de Integração Latino-Americana*, 4, Janeiro-Março 1992, pp.9-11; RIMOLDI DE LADMANN, E.: "Propuesta para la solución de controversias en los procesos de integración", *Integración y Sociedad en el Cono Sur. Las relaciones con el Mercosur y Chile*, Buenos Aires, 1995, p. 232; LOPRESTI: *Constituciones...*, cit., pp. 53-56; RAMÍREZ DE RINCÓN, M.L.: "El Mercado Común del Sur: evolución y perspectivas", *Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos europeos y americanos*, Bogotá, pp. 133-134; FELDSTEIN, S.: *Jurisdicción internacional en materia contractual*, Buenos Aires, 1995, pp. 74-86; RAPALLINI: *Integración...*, cit., pp. 85-88; PÉREZ OTERMÍN: *El Mercado...*, Montevideo, 1995, pp. 31-70; SALAZAR MANRIQUE, R.: "Principios básicos en el Derecho comunitario andino", *La integración, Derecho y los Tribunales comunitarios*, Quito, 1996, pp. 75-76; URIONDO DE MARTINOLI: "Solución de controversias", cit., pp. 183-196; EKMEKDJIAN, M.A.: *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano. Con especial referencia al MERCOSUR*, Buenos Aires, 1996, pp. 266-268 y 325-345; PAULO PEREIRA, A.C.: *O novo quadro jurídico das relações comerciais na América Latina. MERCOSUL*, Rio de Janeiro, 1997, pp. 76-84; CÁRCOMO LOBO, M<sup>a</sup>.T.: *Ordenamento jurídico comunitário*, Belo Horizonte, 1997, pp. 413-414; REYES: "Breve comentario al sistema de solución de controversias vigente al Mercosur", *Revista del Mercosur*, Paraná, Nº. 1, pp. 77-83; "La aplicación del derecho supranacional por los jueces de la región", Entrevista al Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay: Prof. Dr. Enrique A. Sosa, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 1, Nº 1, 1997, pp. 187-188; BARRA: "Responsabilidad...", cit., pp. 445-453; LIPOVETZKY y LIPOVETZKY: "Solución de Controversias (Anexo III y

---

Protocolo de Brasilia)", **Mercosur: estrategias...**, cit., pp. 243-270; UZAL, M<sup>a</sup>.E.: **El MERCOSUR en el camino de la integración. Análisis de sus principales instrumentos jurídicos**, Buenos Aires, 1998, pp. 117-138; ORTEGA, J.E. y BRIZZIO, J.E.: "Integración y solución de conflictos: perspectivas y propuestas para el Mercosur", **Revista de Derecho del Mercosur**, año 3, n<sup>o</sup>. 2, abril de 1999, pp. 85-107; URIONDO DE MARTINOLI: "El Derecho Procesal frente al Mercosur. Solución de controversias en el espacio integrado", **Revista de Derecho del Mercosur**, año 3, n<sup>o</sup>. 2, abril de 1999, pp. 108-127.

## VI.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS PROTOCOLOS OPERACIONALES.

Tanto el Protocolo de Brasilia como el Protocolo de Ouro Preto forman "parte integrante" del Tratado de Asunción, tal como se recoge en sus arts. 33 y 48, respectivamente. Serían conocidos por la doctrina como los Protocolos institucionales. Posteriormente a éstos, serán aprobados otros protocolos que, con unos fines de tipo instrumental en relación con los objetivos del T.A., tienen como misión el servir de palancas de apoyo para el logro de la configuración del sistema mercosureño. Estos Protocolos se ha dado en conocerseles como *protocolos operacionales*.

Resulta novedosa su categorización como *Derecho originario*. Sin duda se ha querido con ellos dar una mayor cobertura al proceso de construcción del MERCOSUR, salvando las limitaciones competenciales que en relación con la consecución de los objetivos de los Protocolos pudiera haber en el Tratado de Asunción; dichas limitaciones difícilmente podrían dar cabida a los contenidos de los Protocolos mediante el recurso a las Decisiones del Consejo.

La fórmula utilizada en todos ellos, estableciendo que forman parte del Tratado de Asunción y que la adhesión de un país a éste implica la adhesión *ipso iure* a los protocolos, hace que participen de la naturaleza constitutiva u originaria del Tratado de Asunción.

Los Protocolos operativos tienden a concretar normas de coordinación y políticas de armonización legislativa en asuntos determinados, así como también a facilitar la circulación de los factores de producción.

Algunos de los Protocolos operativos de los que nos ocuparemos seguidamente suponen una ayuda colateral en el ámbito de la solución de controversias en el MERCOSUR, aunque, desde una concepción material, los ámbitos materiales sobre los que versan algunos de ellos, aportando respuestas específicas en materia de controversias entre particulares, se muevan en el Derecho Internacional Privado. Tratan estos Protocolos de ayudar a una mejor solución de las controversias entre los particulares en el seno del MERCOSUR, controversias en las que, cada vez más, aunque no necesariamente siempre, estarán presentes normas del Derecho originario o derivado mercosu-reño.

Otros Protocolos se ocupan únicamente de determinados ámbitos materiales no relacionados con la solución de controversias particulares. En todo caso, todos los Protocolos operacionales como "parte integrante" del Tratado de Asunción que son, tal como se reitera en ellos, estarán sometidos al T.A., siempre que aparezcan controversias derivadas de su aplicación, interpretación o incumplimiento de sus textos normativos, al régimen de solución de controversias del MERCOSUR.

A pesar de la prolijidad de Protocolos existentes -no todos ellos vigentes<sup>262</sup>- y del interés mediato que para un iuspublicista representan algunos de ellos, derivado, por lo demás, de su no relevante contribución a los ámbitos sustanciales de solución de controversias, no dejaremos de hacer un somero examen al respecto. Con ello, de un lado, se podrá tener una visión más completa de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR; de otro, se podrá contar

---

<sup>262</sup> Una breve visión de los Protocolos existentes al momento de la publicación de los respectivos trabajos, en; *Mercosul. Acordos e Protocolos na Área Jurídica*, Porto Alegre, 1996, pp. 13-15; PERUGINI, A.: "O estágio atual da integração: a evolução das questões jurídicas do Mercosul", *Direito...*, D. VENTURA org., cit., pp. 25-34; COELHO MICHELON, R.M<sup>2</sup>.: "Solução de controvérsias no âmbito do Mercosul. Alguns aspectos relevantes sobre matéria judiciária, mediação e arbitragem", *Temas de Integração com enfoques no MERCOSUL*, Vol. I, Coord. C.A. GOMES CHIARELLI, São Paulo, 1997, pp. 163-175.

con un amplio espectro de los ámbitos que va *abarcando* el proceso de integración, lo cual no dejará de tener su valor por no resultar fácil para el estudioso el acceso a una imagen de conjunto de tales protocolos.

### 1. Protocolos operacionales con aportaciones específicas en controversias entre los particulares.

#### A) Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.

El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, adoptado en Las Leñas (Argentina), el 27 de julio de 1992<sup>263</sup>, constituye un importante primer paso para la estructuración de un espacio jurídico al servicio del Mercosur<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup>Subscripto por los Ministros de Justicia o su Equivalente: 22-V-1992. Aprobado por el CMC por Decisión N.º 5/92 (en Las Leñas 27-VI-1992). Ratificado por **Argentina** mediante Ley N.º 24.578 del 25-X-1995 (Boletín Oficial, 27-XI-1995) (Anales de la Legislación Argentina LV-E, 5899); **Brasil**: ratificado por Decreto Legislativo N.º 282/93; promulgado en 12-XI-1996 por el Decreto N.º 2067 (Diario Oficial 12-XI-1996); **Paraguay**: aprobado por Ley N.º 270/93; **Uruguay**: Ley N.º 16.971 del 15-VI-1998 (Diario Oficial 2-VII-1998). **Depósito del instrumento de ratificación**: Paraguay: 12-IX-1995; Brasil: 16-II-1996; Argentina: 3-VII-1996. **Fecha de entrada en vigor**: 17-III-1996. El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 33.

El texto del Protocolo en versión portuguesa puede ser consultado en PIRES/FONSECA/CROSHERE: *Soluções...*, cit. pp. 148-157. En versión castellana puede consultarse en DROMÍ: *Código...*, vol. I, cit., pp. 289-296; UZAL: *El MERCOSUR...*, cit., pp. 213-216.

<sup>264</sup> TELLECHEA BERGMAN, E.: "La cooperación jurídica internacional en el Mercosur. El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa", *Mercosur...*, cit., p. 133.

Sobre el Protocolo, ver, entre otros, PIRES, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., pp. 76-88; GIARDINO B. BRANCO: *Sistema...*, cit., p. 149; MARCÓN: "Competência...", cit., pp. 73-74; SILVA NETO, O. C. da e SOARES MELO, S.: "Considerações sobre cooperação jurisdiccional no âmbito do Mercosul", *Solução...* (WANDERLEI), cit., pp. 147-149; SALLES, C.A. de: "A cooperação interju-

El Protocolo, dividido en nueve capítulos<sup>265</sup>, tiene como finalidad el facilitar el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones de los ciudadanos y residentes permanentes en el MERCOSUR, simplificando los trámites jurisdiccionales en la materia y buscando seguridad respecto de la competencia jurisdiccional. Se trata de un acuerdo que viene a ampliar los precedentes existentes entre los países miembros y en las Convenciones Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP 18), planteándose como una respuesta a la intensificación de los intercambios comerciales en la región<sup>266</sup>.

El Protocolo de Las Leñas comenzó a regular los términos de la cooperación y asistencia jurisdiccional, partiendo de una serie de considerandos recogidos en su Preámbulo, los cuales subrayan el compromiso de fortalecer el proceso de integración, entre otras cosas, mediante la armonización de legislaciones, así como de buscar la cooperación jurisdiccional, el tratamiento equitativo de los ciudadanos y residentes permanentes y la consolidación de la seguridad jurídica, según lo explicitado en su preámbulo.

---

risdiccional no Mercosul", *Contratos...*, cit., pp. 721-737; ARAÚJO, N. DE SALLES, C.A. y ALMEIDA, R.R.: "Cooperação interjurisdiccional no MERCOSUL. Cartas rogatórias, homologação de sentenças e laudos arbitrais e informação do Direito Estrangeiro", *MERCOSUL...Os seus efeitos...*cit., pp. 494, 499-500 y 511-519; UZAL: *El MERCOSUR...*, cit., pp. 161-165 y 181-186; RUIZ DIAZ LABRANO.: *Mercosur...*, cit. pp. 410-413; DREYZIN DE KLOOR: "El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 2, abril de 2000, pp. 85-104.

265 I. Cooperación y Asistencia Jurisdiccional; II. Autoridades Centrales; III. Igualdad en el Tratamiento Procesal; IV. Cooperación en Actividades de Simple Trámite y Probatorias; V. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y de Laudos Arbitrales; VI. De los Instrumentos Públicos y Otros Documentos; VII. Información del Derecho Extranjero; VIII. Consultas y Solución de Controversias; y IX. Disposiciones Finales.

266 MENEM, C.S.: *¿Qué es el MERCOSUR?*, Buenos Aires, 1996, p.100. Indicar además que el Protocolo, según se dispone en su art. 35, no restringirá las disposiciones de las Convenciones que anteriormente hubiesen sido firmadas sobre la misma materia entre los Estados Partes, siempre que no lo contradigan.

Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, administrativa y laboral. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales<sup>267</sup>.

Para los efectos del cumplimiento del Protocolo, cada Estado Parte deberá indicar una Autoridad Central que cuidará de la tramitación de las cartas rogatorias, recibiendo y dando curso a las peticiones de asistencia jurisdiccional en materia civil, mercantil, laboral y administrativa, haciéndolas llegar al Poder Judicial competente, con el fin de desarrollar la cooperación jurisdiccional<sup>268</sup>.

El Protocolo, dando cumplimiento a uno de los considerandos de su Preámbulo, defiende en su art. 3 el tratamiento equitativo entre los ciudadanos y los residentes permanentes de los Estados Partes del Tratado de Asunción, facilitándoles el libre acceso a la jurisdicción en los referidos Estados para la defensa de sus derechos e intereses, y velando por la garantía de igualdad de derechos y deberes recíprocos. La igualdad de tratamiento se extiende a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas conforme a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Las sentencias y los laudos arbitrales tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes cuando reúnan una serie de condiciones recogidas en el art. 20 del Protocolo y no incurran en alguno de los supuestos contemplados en el art. 22.

En materia de aplicación del Protocolo, en el terreno de la evicción del nacimiento de controversias, hay una novedad recogida en el art. 31, según el cual "las Autoridades Centrales de los Estados Partes celebrarán consultas en las oportunidades que convengan mutuamente con el fin de facilitar la aplicación del Protocolo". Por su parte, el art. 32 dispone que las dificultades que puedan derivarse de la apli-

---

<sup>267</sup> Art. 1 del Protocolo.

<sup>268</sup> Art. 2 del Protocolo.

cación del presente Protocolo serán solucionadas por vía diplomática. Si mediante tales negociaciones, no se llegase a un acuerdo o si tal controversia fuese solucionada sólo parcialmente, se aplicarán los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias. Subrayaremos únicamente que las negociaciones diplomáticas directas serán obligadas por el Protocolo de Brasilia aunque no hubiesen sido recogidas por el Protocolo a examen.

Hay que destacar finalmente que la Decisión 5/97 aprobó un Acuerdo complementario a este Protocolo, referente a los formularios que deben emplearse para agilizar la cooperación en esta materia. Este texto, el cual se encuentra en vigor, disciplina el cumplimiento de sentencias y laudos arbitrales de manera homogénea por los poderes judiciales de los países integrantes del MERCOSUR, sentencias y Laudos que deberán emanar de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.

### **B) Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.**

Este Protocolo, firmado el 5 de agosto de 1994<sup>269</sup>, fue adoptado con el deseo de facilitar el desarrollo de las relaciones económicas del sector privado de los Estados Parte, solucionando de forma más rápida los litigios, al recoger una serie de medidas en relación con los con-

---

<sup>269</sup> Suscripto por los Ministros de Justicia o su Equivalente: 06-IV-1994. Aprobado por el C.M.C. por Decisión Nº. 1/94 (en Buenos Aires 05-VIII-1994). **Argentina:** Aprobado por Ley Nº. 24.669 (Boletín Oficial, 2-VIII-1996); **Brasil:** aprobado por decreto-ley Nº. 129 del 5-X-1995, y promulgado em 17-XII-1996 por el Decreto Nº. 2095, publicado en Diario Oficial en el 18-XII-1996; **Paraguay:** aprobado por la Ley Nº. 597/95, publicada el 15-VI-1995. **Depósito del instrumento de ratificación:** Paraguay: 12-IX-1995; Brasil: 07-V-1996; Argentina: 31-X-1996.

El Protocolo forma parte del T.A en virtud del art. 16.

Su versión portuguesa puede ser consultada en PIREs, FONSECA y CROSHE-RE: *Soluções...*, cit., pp. 142-147. La versión castellana en DROMÍ: *Código...*, Vol. I, cit., pp. 314-319.

tratos civiles y mercantiles, en materia de jurisdicción, reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales<sup>270</sup>.

Dentro de una tónica de armonización legislativa, se trató de buscar un método para definir el órgano jurisdiccional competente y la norma aplicable al caso para dirimir la controversia, sea a través de la elección del foro sea mediante las reglas de competencia recogidas en el Protocolo. Los conflictos serán resueltos directamente entre las partes, de acuerdo con la legislación y jurisdicción del país competente, en los términos del Protocolo<sup>271</sup>. Igualmente, se recogen en él medidas referentes al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales<sup>272</sup>.

El Protocolo dividido en cuatro títulos<sup>273</sup> será aplicado a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares – personas físicas o jurídicas: a) con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; b) cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga domicilio o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción, y, además de eso, haya sido hecha una elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción del Protocolo<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> Sobre el Protocolo: MARCÓN: "Competência...", cit., pp. 70-73; SILVA NETO e SOARES MELO: "Considerações...", cit., pp. 146-147; DREYSIN DE KLOR: "Sistema...", cit., pp. 9-96; NOODT TAQUELA: "Los acuerdos de elección de foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994", *Mercosur. Balance...*, cit., pp. 134-149; TELLECHEA BERGMAN, E.: "Un marco jurídico al servicio de la integración. Las regulaciones del Mercosur sobre Jurisdicción Internacional", *Contratos...*, cit., pp. 48-69; RUIZ DIAZ LABRANO: *Mercosur...*, cit. pp. 413-419; URIONDO DE MARTINOLI: "Aspectos...", cit., pp. 191-208.

<sup>271</sup> PIRES, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., p. 68-76.

<sup>272</sup> MENEM.: *¿Qué es...*, cit., p. 100; CORRÊA: *Mercosul...*, cit., p. 136.

<sup>273</sup> 1. Ámbito de aplicación; 2. Jurisdicción internacional; 3. La Jurisdicción como Requisito para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales; 4. Disposiciones Finales.

<sup>274</sup> Art. I del Protocolo.

En cuanto al ámbito de aplicación del Protocolo, éste excluye en su art. 2 las relaciones jurídicas entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, específicamente concordadas; la materia tratada en acuerdos en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones; los contratos de seguridad social; los contratos administrativos; los contratos de trabajo; los contratos de venta al consumidor; los contratos de transporte; los contratos de seguro; y los derechos reales.

En los conflictos que surjan en relación con los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido de manera abusiva. Asimismo, puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales<sup>275</sup>.

En ausencia de acuerdo, tienen jurisdicción a elección del actor, el juez del lugar del cumplimiento del contrato, el juez del domicilio del demandado, o el juez de su domicilio o sede social, cuando demostró que cumplió su prestación<sup>276</sup>. Y si los demandados fueran va-

---

<sup>275</sup> Art. 4 del Protocolo.

<sup>276</sup> Art. 7. Por su parte el art. 9 establece: "A los fines del artículo 7, literal b), se entenderá por domicilio del demandado:

a) Cuando se tratare de personas físicas: 1. Su residencia habitual; 2. Subsidiariamente el centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia.

b) Cuando se tratare de personas jurídicas, la sede principal de la administración. Si la persona jurídica tuviera sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación se considerará domiciliada en el lugar donde funciona y sujeta a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen. Esta calificación no obsta al derecho del actor a interponer la acción ante los tribunales de la sede principal de la administración".

La expresión "sede principal de la administración", criterio atributivo de competencia, resulta ser una conexión arraigada en las legislaciones internas de los Estados Parte; asimismo, resulta más precisa que la de "sede de negocios" (URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de controversias...*, cit., p. 70).

rios, tendrá jurisdicción el Estado Parte del domicilio de cualquiera de ellos<sup>277</sup>.

En lo atinente a la consulta y solución de controversias, el Protocolo establece que las controversias que surjan entre los Estados Partes con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones en el contenidas serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas. De no alcanzarse un acuerdo o si la controversia sólo fuera solucionada parcialmente, se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción<sup>278</sup>.

Realmente, no parece necesaria la referencia a las negociaciones diplomáticas directas. El Protocolo de Brasilia, donde se recoge la sustancialidad del Sistema de Solución de Controversias del Tratado de Asunción, así lo exige. El Protocolo de Ouro Preto, con la intervención de la C.C.M., no tendría razón de ser en este supuesto por no caer el ámbito del Protocolo dentro de las competencias de dicha Comisión de Comercio.

### C) Protocolo de Brasilia sobre Medidas Cautelares.

El Protocolo de Brasilia sobre Medidas Cautelares<sup>279</sup>, resulta complementario del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdic-

---

La variedad *topológica* que se encuentra en este artículo nos refuerza en el carácter *latu sensu* con que han de ser tomadas las localizaciones "residencia habitual" y "sede de sus negocios" recogidas en el Procedimiento del Capítulo V del P.B. No debemos desconsiderar, por lo demás, en sede de interpretación de términos empleados, que el Protocolo de Buenos Aires es "parte integrante del Tratado de Asunción" (art. 16, aptdo. 1 del Protocolo de Buenos Aires).

<sup>277</sup> Art. 12, aptdo. 1 del Protocolo.

<sup>278</sup> Art. 15 del Protocolo.

<sup>279</sup> Suscripto por los Ministros de Justicia o su Equivalente: 07-XII-1994; Aprobado por el C.M.C. por Decisión Nº. 27/94 (en Las Leñas 17-XII-1994); **Argentina**: Ley Nº. 24.579; Boletín Oficial, 27-XI-1995; Anales de la Legislación Argentina LV-E, 5903; **Brasil**: Decreto Legislativo Nº 192/95 de 12-XII-1995, publicado en Diario

cional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa. En líneas generales sigue la Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares (CIDIP II)<sup>280</sup>.

La tutela cautelar, según la doctrina, viene a ser el conjunto de medidas procesales destinadas a garantizar el resultado final del proceso, justificándose por las deficiencias del proceso ordinario, especialmente por su larga duración. Es una prestación jurisdiccional instrumental y provisional que tiene como presupuesto el **periculum in mora** y el **fumus boni iuris**.

Las medidas cautelares también tienen su razón de ser en el MERCOSUR. Con ellas se busca impedir que la demora en los trámites de un proceso, que comenzado muchas veces en un país, puedan perjudicar el derecho de la parte. A tal efecto, las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los Jueces o Tribunales de los otros Estados Parte, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de conformidad con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida<sup>281</sup>. Como podremos reparar, aunque la medida

Oficial da União em 18-XII-1995; **Paraguay**: Aprobado por la Ley Nº. 19/95; **Uruguay**: Ley Nº 16.930 de 20-IV-1998, publicado Diario Oficial 29/IV/98. **Depósito del instrumento de ratificación**: Paraguay: 12-IX-1995; Argentina: 14-III-1996; Brasil: 18-III-1997; Uruguay: 10-VIII-1998. El Protocolo forma parte del T.A en virtud del art. 29.

El texto del Protocolo en versión portuguesa puede ser consultado en PIRES, FONSECA y CROSHERE: **Soluções...**, cit., pp. 158-165. El texto en castellano de este Protocolo puede verse en: DROMI: **Código...**, Vol. I, cit., pp. 367-372; UZAL: **El MERCOSUR...**, cit., pp. 208-212.

En relación con este Protocolo **Vid.** GIARDINO B. BRANCO: **Sistema...**, cit., p. 142; PIRES, FONSECA y CROSHERE: **Soluções...**, cit., pp. 88-92; SILVA NETO e SOARES MELO: "Considerações...", cit., pp. 106-109 y 149-150; FRESNEDO de AGUIRRE, C.: "La cooperación cautelar internacional en el Mercosur", **El derecho procesal en el Mercosur**, Universidad Nacional del Litoral, 1997, pp. 393-410.

<sup>280</sup> La Convención citada en texto fuera aprobada en la Argentina por la Ley Nº. 22.921. MENEM.: **¡Qué es...**, cit., p. 101.

<sup>281</sup> Art. 4 del Protocolo.

cautelar haya sido decretada en un país, la diligencia de ejecución seguirá la ley del país donde se encuentre el objeto de la medida.

Por otra parte, según se dispone en el art. 26, el Protocolo no restringirá la aplicación de disposiciones más favorables para la cooperación contenidas en otras Convenciones sobre medidas cautelares que estén en vigor con carácter bilateral o multilateral entre los Estados Partes.

En lo referente a la solución de controversias, se reitera la llamada a las negociaciones diplomáticas directas. Y si, mediante tales negociaciones no se alcanzare acuerdo o si la controversia fuera solucionada sólo en parte, se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción<sup>282</sup>. Vemos como una vez más se reafirma el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR.

Como particularidades regionales, prevé el Protocolo la situación de los jueces o tribunales de zonas fronterizas<sup>283</sup>, estableciendo una tramitación directa. Mediante la Decisión Nº. 9/97 fue aprobado el Acuerdo complementario a este Protocolo, al objeto de facilitar la aplicación del mismo y profundizar el proceso de cooperación jurisdiccional.

#### **D) Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones en el MERCOSUR**

Adoptado, en Colonia el 17 de enero de 1994, mediante la Decisión del Consejo Nº. 11/93<sup>284</sup>, se inscribe en la pauta recogida en el

---

<sup>282</sup> Art. 27 del Protocolo.

<sup>283</sup> Este Protocolo, en opinión de PONTE IGLESIAS, constituye un ejemplo de cómo "tanto los Estados Parte como las Instituciones del MERCOSUR han comenzado a dar los primeros pasos en pro de la superación de las fronteras interiores, sentando las bases que darán cabida a esa nueva dimensión de la cooperación transfronteriza (PONTE IGLESIAS, M<sup>a</sup>. T.: *op. cit.*, pp. 311-312).

<sup>284</sup> El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 12. El texto del Protocolo en versión portuguesa puede ser consultado en PIRES, FONSECA y CROSHERE: *So-*

art. 1 del Tratado de Asunción, en cuanto trata de ofrecer bases de seguridad jurídica a la libre circulación de capitales en relación con los inversores "intrazona"<sup>285</sup>.

El objetivo principal del Protocolo consiste en fortalecer el proceso de integración, en la medida en que se crean condiciones favorables para las inversiones de una de las partes contratantes en el territorio de la otra, estableciéndose el tratamiento adecuado y regular para las relaciones aparecidas con motivo de la realización de inversiones en un Estado Parte por parte de personas físicas o jurídicas nacionales, o mejor, residentes y domiciliadas en otro país integrante del MERCOSUR. El punto principal estriba en la igualdad de condiciones entre esos inversores y los propios inversores de los Estados en los que se lleva a cabo la inversión.

El Protocolo de Colonia brinda en sus arts. 8 y 9, reglas propias para la solución de controversias que puedan darse en su ámbito. Así las controversias que surgiesen entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación o aplicación del presente Protocolo serán sometidas a los procedimientos de solución de controversias establecidos por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, o al sistema que eventualmente se establezca en su reemplazo en el marco del Tratado de Asunción. Además, toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible, resuelta por consultas amistosas.

Si la controversia no hubiese sido resuelta en el plazo de seis meses a partir del momento en que haya sido suscitada por una u otra de las Partes, será sometida a uno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor: a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; al arbitraje internacio-

---

luções..., cit., pp. 166-174. El texto en versión castellana en DROMI: Código..., Vol. I, cit., pp. 308-314.

<sup>285</sup> MENEM.: ¿Qué es..., cit., p. 100.

nal, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo; o al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, venga a ser establecido en el cuadro del Tratado de Asunción.

En el caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor: al Centro Internacional de Solución de Controversias Relativas a las Inversiones, creado por la "Convención sobre la Solución de Controversias referentes a las inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado-Parte en el presente Protocolo a ella se hubiese adherido. Hasta que esa condición se cumpla, cada Parte Contratante dará su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje en conformidad con el Reglamento del Mecanismo Adicional para la Administración de Procesos de Conciliación, Arbitraje y Verificación de Hechos de aquel Centro; o a un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL)<sup>286</sup>.

El órgano arbitral decidirá las controversias con base en las disposiciones del presente Protocolo, en el derecho de la Parte Contratante que fuese parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, en los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, o bien en los principios del Derecho Internacional en la materia.

Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de acuerdo con su legislación.

---

<sup>286</sup> GIARDINO B. BRANCO: *Sistema...*, cit., pp. 152-153; OLIVERA GARCÍA, R.: "Los mercados de capitales en el proceso de integración regional", *Mercosur. Balance...*, cit., p. 301; ZAVALA, D.: "Servicios financieros en el Mercosur", *Mercosur. Balance...*, cit., pp. 315-316; BOCCHIARDO, J.: "La libertad de Circulación de Capitales y la Armonización de la Imposición a la Renta en el Mercosur", *O Sistema...*, cit., pp. 327-328.

Finalmente, el Protocolo dispone su aplicación a todas las inversiones realizadas antes o después de la fecha de su entrada en vigor, pero sus disposiciones no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferendo que haya surgido con anterioridad a su entrada en vigor<sup>287</sup>.

### E) Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR.

En sentido coincidente con el Protocolo de Colonia, se persigue con este Protocolo --adoptado, mediante la Decisión del Consejo N.º 11/94 en su VII Reunión, celebrada el día 16 y 17 de diciembre de 1994<sup>288</sup>-- establecer un marco homogéneo de seguridad jurídica y de igualdad de trato para las inversiones provenientes de Estados no Partes del Mercosur. La libre circulación de factores productivos, en este caso de capitales "extrazona", debe conciliarse con similares condiciones de tratamiento en todo el ámbito del MERCOSUR, no lesionando los principios de libre competencia y libre establecimiento<sup>289</sup>.

Respecto a la solución de controversias, el Protocolo establece que aquellas controversias entre un Estado Parte y un Tercer Estado relativas a la interpretación o aplicación del convenio que celebren serán, en lo posible, solucionadas por vía diplomática. En el caso de

<sup>287</sup> Art. 10 del Protocolo.

<sup>288</sup> **Argentina:** Ley N.º 24.554, sanción 13-IX-1995, promulgada 11-X-1995 (Anales de la Legislación Argentina LV-E, 5858; Boletín Oficial, 18-X-1995); **Brasil:** encaminado al Congreso por Mensaje N.º 149/94. En trámite legislativo; **Paraguay:** Ley N.º 593/95 de 15-VI-1995 (Gaceta Oficial 20-VI-1995). Depósito del instrumento de ratificación: Paraguay: 12-IX-1995; Argentina: 14-III-1996. El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 4.

La versión portuguesa del Protocolo puede ser consultada en: FERREIRA: **MERCOSUL. Comentários...**, cit., pp. 113-120. La versión castellana en DROMI: **Código...**, Vol. I, cit., pp. 322-327.

<sup>289</sup> MENEM: **¿Qué es...**, cit., p. 101; ZAVALA: "Servicios...", cit., pp. 316-317; CUNHA, R.T. DA: "Proteção e promoção de investimentos no Mercosul", **Contratos...**, cit., pp. 219-234; ; BOCCHIARDO: "La libertad...", **O Sistema...**, cit., pp. 329-330..

que dicha controversia no pudiera ser dirimida de esa manera en un plazo prudencial a determinar, será sometida al arbitraje internacional<sup>290</sup>.

Por su parte, las controversias ente un inversor de un Tercer Estado y un Estado Parte receptor de la inversión se sustanciarán a través de consultas amistosas o, de no hallar solución con éstas, mediante los tribunales competentes del Estado Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, o bien recurriendo a un arbitraje internacional. La opción por una u otra vía será hecha por el inversor<sup>291</sup>.

Asimismo indicar que las normas de los convenios a celebrarse podrán ser aplicadas a todas las inversiones realizadas antes o después de la fecha de su entrada en vigor, pero no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferencia que se hubiere originado con anterioridad a su entrada en vigor.

Por último, cumple subrayar como, en términos generales, el mecanismo de solución de controversias recogido en este Protocolo difiere de lo establecido en el T.A., a pesar de pertenecer a éste, viniendo a funcionar a modo de *lex specialis*.

#### **F) Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen.**

La protección de la propiedad intelectual en los aspectos que hacen al comercio, constituye un capítulo esencial para asegurar la libre circulación de mercaderías y servicios. De ahí que haya sido objeto de tratamiento en un Protocolo específico que fue aprobado por la Decisión Nº. 8/95 del C.M.C.<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> Art. 2 G) del Protocolo.

<sup>291</sup> Art. 2 H) del Protocolo.

<sup>292</sup> Suscripto: Asunción, 15-VIII-1995. Dec. CMC 8/95. Brasil: Aprobado mediante el Decreto Nº. 9279, de 14 de mayo de 1996 (Diario Oficial da Uniao, 15-V-1996). Trámite en el Congreso Nacional en suspenso, siendo el texto retirado por el Mensaje

A tal efecto, los Estados Parte se comprometen a garantizar una protección efectiva a la propiedad intelectual en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, asegurando al menos la protección que deriva de los principios y normas enunciados en este Protocolo. No obstante, podrán conceder una protección más amplia, siempre que no sea incompatible con las normas y principios de los Tratados mencionados en este Protocolo<sup>293</sup>.

Por lo demás, en el ámbito de la solución de controversias se lleva a cabo la remisión a las negociaciones diplomáticas. Y de no llegarse a un acuerdo con las negociaciones, se aplicarán los procedimientos previstos en el sistema de solución de controversias vigente en el MERCOSUR<sup>294</sup>.

Cabe advertir finalmente que este Protocolo es posterior al denominado TRIP's propiedad intelectual suscripto en el marco del GATT, del cual son firmantes en forma individual los países del MERCOSUR. De tal forma, las normas propuestas en este Protocolo deben ser encuadradas genéricamente en el más amplio marco internacional<sup>295</sup>.

---

Nº 1872 el 9-XII-1999; **Paraguay**: Ley Nº 912, de 1-VIII-1996. Texto publicado en: Gaceta Oficial del 7-VIII-1996; **Uruguay**: Ley 17.052 del 14-XII-1998, publicada en el Diario Oficial del 8-I-1999. **Depósito del instrumento de ratificación**: Paraguay: 15-XI-1996. El Protocolo forma parte del T.A en virtud del art. 26. El texto en castellano puede verse en DROMI: **Código...**, Vol. II, cit., pp. 956-963.

<sup>293</sup> Art. 1 del Protocolo.

<sup>294</sup> Art. 25 del Protocolo.

<sup>295</sup> MENEM: *¿Qué es...*, cit., p. 102; LIMA ASSAFIM, J.M. de: "La Propiedad Intelectual del Mercado Común del Sur", **Archivos do Ministério da Justiça**, a. 48, N. 186, jul./dez. 1995, pp. 141-175.

### G) Protocolo sobre Ayuda Jurídica Mutua en Asuntos Penales.

Este Protocolo<sup>296</sup>, tiene por finalidad "la asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre las autoridades competentes de los Estados Parte"<sup>297</sup>.

El alcance de la asistencia comprende: a) la notificación de actos procesales; b) la recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares; c) la localización o identificación de personas; d) la notificación a testigos o peritos para la comparecencia voluntaria a fin de prestar testimonio en el estado requirente; e) el traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente o con otros propósitos expresamente indicados en la solicitud; f) las medidas cautelares sobre bienes; g) el cumplimiento de otras solicitudes respecto de bienes; h) la entrega de documentos y otros elementos de prueba; i) la incautación, transferencia de bienes decomisados y otras medidas de naturaleza similar; j) el aseguramiento de bienes a efectos del cumplimiento de sentencias judiciales con indemnizaciones o multas; y k) cualquier otra forma de asistencia acorde con los fines del Protocolo que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Suscripto por los Ministros de Justicia o su Equivalente: 12-VI-1996. Aprobado por el C.M.C. por Decisión Nº. 2/96 (en San Luis 25-VI-1996). Paraguay: Ley Nº. 1204/97, 23-XII-1997 (Gaceta Oficial 26-XII-1997). Depósito del instrumento de ratificación: Paraguay: 20-I-1998. El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 28.

El texto en castellano puede examinarse en DROMI: Código..., Vol. 7, cit., pp. 5608-5619. TELLECHEA BERGMAN, E.: "Transcrição da conferência proferida em 21 de novembro 1996, revisada e anotada", *Direito...*, cit., pp. 217-230; VALLE, S.: "Transcrição da palestra proferida em 21 de novembro de 1996", *Direito...*, cit., pp. 231-233; FEDER.: "Transcrição da palestra proferida em 21 de novembro de 1996, revisada e anotada", *Direito...*, cit., pp. 235-242.

<sup>297</sup> Art. 1 del Protocolo.

<sup>298</sup> Art. 2 del Protocolo.

En su art. 27 se produce la remisión, en los términos ya conocidos, en cuanto a solución de controversias, a las negociaciones diplomáticas directas y a los procedimientos previstos en el sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Parte del Tratado de Asunción. Creemos que en este Protocolo no tendrá encaje el mecanismo de solución de controversias del Protocolo de Ouro Preto. En los Protocolos operacionales serán los menos los que den lugar a la aplicación del P.O.P.

#### **H) Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo.**

El Tratado de Asunción, en su art. 1º, indica que la institución de un Mercado Común implica, entre otras cosas, el compromiso de los Estados Partes del MERCOSUR de armonizar sus legislaciones, en las áreas pertinentes, con el fin de lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Ese proceso de aproximación legislativa, por el que las reglas de las Convenciones sustituirán las normas internas que disciplinan la misma materia, obedece al fin principal de la eliminación de disparidades susceptibles de perjudicar el buen funcionamiento del mecanismo de institución de un Mercado Común.

Para llevar adelante el proceso de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de relaciones de consumo fue aprobado el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo<sup>299</sup>, que contempla proporcionar al sector privado de los Estados Partes un marco de seguridad jurídica garantizador de soluciones justas y la armonía de decisiones jurisdiccionales

---

<sup>299</sup> Suscripto por los Ministros de Justicia o su Equivalente: 22-XI-1996. Aprobado por el C.M.C. por Dec. Nº. 10/96 (17-XII-1996). Paraguay: Ley Nº. 1081/97, 7-VII-1997 (Gaceta Oficial 11-VII-1997). El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 15.

El texto del Protocolo en versión portuguesa puede ser consultado en PIREs, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., pp. 175-182. El texto en castellano en DROMI: *Código...*, Vol. 8, cit., pp. 6501-6507.

vinculadas al asunto, así como proporcionar la debida protección al consumidor cuando contrate con suministradores de bienes o con prestadores de servicios.

Se pretende, por medio de este Protocolo, determinar la jurisdicción internacional cuando la demanda o controversia gire sobre materia de consumo, en que uno de los contratantes sea un consumidor, cuando se trate de: venta a plazo de bienes muebles corporales; préstamo a plazo o de otra operación de crédito ligada a la financiación en la venta de bienes; cualquier otro contrato que tenga por objeto la prestación de un servicio o suministro de bien mueble corpóreo. Este dispositivo se aplicará siempre que la celebración del contrato haya sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una propuesta específica de una publicidad suficientemente precisa y que el consumidor haya realizado los actos necesarios para conclusión del contrato<sup>300</sup>.

El Protocolo se aplicará a las relaciones de consumo que vinculen proveedores y consumidores: con domicilio en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; con domicilio en un mismo Estado Parte, desde que la prestación característica de la relación de consumo haya ocurrido en otro Estado Parte.

Competentes para resolver estas cuestiones, según el art. 4 del referido Protocolo, son los jueces o tribunales del Estado en el que estuviese domiciliado el consumidor, o los de país diverso siempre que el consumidor tenga cualquier especie de representación con la cual haya realizado las operaciones que dieran inicio a la divergencia, siendo aplicables las leyes procesales del lugar donde estuviera ocurriendo el proceso<sup>301</sup>.

Existen soluciones alternativas en el art. 5, que señala que tendrá jurisdicción internacional, excepcionalmente o por voluntad ex-

---

<sup>300</sup> Art. 1 del Protocolo.

<sup>301</sup> PIRES, FONSECA y CROSHERE: *Soluções...*, cit., pp. 94-97.

clusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de presentar la demanda, el Estado de celebración del contrato; de cumplimiento de la prestación de servicio o de la entrega de los bienes; de domicilio del demandado. En la hipótesis de la existencia de pluralidades de demandados, la acción podrá ser propuesta delante del juez o tribunal del domicilio de cualquiera de ellos<sup>302</sup>.

En cuanto a la solución de controversias se reiteran los términos ya conocidos relativos a las negociaciones diplomáticas directas y a los procedimientos previstos en el sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Parte del Tratado de Asunción<sup>303</sup>.

### **I) Protocolo de San Luis sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados-Partes del MERCOSUR.**

El Protocolo de San Luis sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del Mercosur<sup>304</sup>, fue firmado con el objetivo de ofrecer un instrumento jurídico que garantice seguridad, justicia y armonía en las decisiones tomadas en procesos sobre esa materia.

En el se "determina el derecho aplicable y la jurisdicción internacionalmente competente, en casos de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito ocurridos en territorio de un Estado Parte,

---

<sup>302</sup> SILVA NETO e SOARES MELO: "Considerações...", cit., pp. 151-153; **Informe MERCOSUR**, J.J. TACCONE y U. NOGUEIRA (eds.), Buenos Aires, Enero-Junio 1998, pp. 232-234.

<sup>303</sup> Art. 13 del Protocolo.

<sup>304</sup> Suscripto por los Ministros de Justicia o su Equivalente: 12-VI-1996. Aprobado por el C.M.C. por Decisión Nº. 1/96 (en San Luis 25-VI-1996). **Paraguay**: Ley Nº. 1205/97, 23-XII-1997 (Gaceta Oficial 26-XII-1997). **Depósito del instrumento de ratificación**: Paraguay: 20-I-19998. El Protocolo forma parte del T.A en virtud del art. 10.

El texto en castellano aparece recogido en DROMI: **Código...**, Vol. VII, cit., pp. 5605-5608.

en los que participen o resulten afectadas personas domiciliadas en otro Estado Parte<sup>305</sup>.

La competencia para juzgar los procesos civiles referentes al objeto del Protocolo es, por elección del autor, la de los tribunales: del Estado Parte donde ocurrió el accidente; del domicilio del demandado; y del domicilio del demandante<sup>306</sup>.

Más allá de la definición de la competencia internacional, el Protocolo contiene también normas de Derecho Internacional Privado estableciendo tanto el derecho material aplicable como las reglas básicas de fijación del domicilio, para fines de aplicación de sus normas<sup>307</sup>.

En la misma línea que los anteriores el Protocolo recoge las referencias a las negociaciones diplomáticas y al Tratado de Asunción en materia de solución de controversias relacionadas con la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el mismo.

### J) Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR.

Este Protocolo<sup>308</sup> tiene como objetivo el que los Estados Partes garanticen, en el ejercicio de las actividades económicas en sus terri-

---

<sup>305</sup> Art. 1 del Protocolo.

<sup>306</sup> Art. 7 del Protocolo.

<sup>307</sup> Arts. 3 a 6 y 2 respectivamente. SILVA NETO e SOARES MELO.: "Considerações...", cit., pp. 150-151.

<sup>308</sup> Aprobado por el C.M.C. por Decisión Nº. 18/96 (en Fortaleza, Brasil, 17-XII-1996). Aprobado un Anexo por el C.M.C. por Decisión Nº. 2/97 (en Asunción Paraguay, 18-VI-1997). **Brasil**: aprobado por Decreto Legislativo Nº. 6/2000 (Publicado en Diário Oficial da União de 16-II-2000) y promulgado por Decreto Nº. 3602/2000 (Publicado en Diário Oficial da União de 19-IX-2000, seção 1, p. 1); **Paraguay**: Ley Nº 1143/97, 2-X-1997 (Gaceta Oficial de 20-X-1997). **Depósito del instrumento de ratificación**: Paraguay: 20/X/97. El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 33.

El texto en castellano del Protocolo, puede ser consultado en: DROMI.: *Código go...*, Vol. 8, cit., pp. 6510-6518; **Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de**

torios, iguales condiciones de libre competencia. En su texto, se recogen las conductas y prácticas restrictivas de la competencia en relación a la concentración de precios, condiciones de venta de bienes o de prestación de servicios. Y los Estados Partes se obligan a adoptar, en un plazo máximo de dos años, normas comunes para el control de actos y contratos atentatorios contra la libre competencia.

Además, se tipifican como infracciones a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa "los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes"<sup>309</sup>.

El Protocolo confiere competencia para su aplicación al Comité de Defensa de la Competencia, órgano de naturaleza intergubernamental integrado por los órganos nacionales de aplicación del Protocolo en cada Estado Parte.

El Procedimiento establecido por el Protocolo se inicia mediante representación del interesado al órgano nacional de aplicación, responsable por la investigación.

El Protocolo prevé asimismo la posibilidad de cese de la práctica bajo investigación, mediante compromiso firmado entre las Partes interesadas a ser homologada por el Comité de Defensa de la Competencia. El compromiso de cese no supone confesión por lo que res-

---

**integración económica**, Coord. L.A. VELASCO SAN PEDRO, Valladolid, 1998, pp. 395-399.

El Protocolo está dividido en diez capítulos: I. Del objeto y ámbito de aplicación; II. De las conductas y prácticas restrictivas de la competencia; III. Del control de actos y contrato; IV. De los órganos de aplicación; V. Del procedimiento de aplicación; VI. Del compromiso de cese; VII. De las sanciones; VIII. De la cooperación; IX. De la solución de controversias; X. Disposiciones finales y transitorias.

<sup>309</sup> Art. 4 del Protocolo.

pecta a la materia de hecho ni reconocimiento de la conducta analizada, implicando la suspensión del proceso de investigación.

El Protocolo conmina como sanciones a los actos anticompetitivos a ser aplicadas por el órgano nacional de aplicación en cuyo territorio estuviese domiciliada la parte infractora. Multa a ser calculada conforme los lucros obtenidos con la práctica de la infracción, en la facturación bruta o en los activos envueltos, que revertirá a favor del órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviese domiciliada la parte infractora; prohibición de participar de regímenes de compras públicas en cualquiera de los Estados Partes; prohibición de contratar con instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados Partes. Las citadas sanciones podrán ser aplicadas acumulada o alternativamente, siendo considerada para su gradación la gravedad de los hechos y de los daños causados a la competencia en el ámbito del MERCOSUR.

Hay que destacar también que el Protocolo contiene dispositivos que propugnan la cooperación entre los Estados Partes en el sentido de asegurar su aplicación, volviendo efectiva la defensa de la competencia en el MERCOSUR<sup>310</sup>.

Y aún más en particular por lo que se refiere a la solución de controversias, el Protocolo establece que para solucionar las divergencias relativas a la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el se aplicará lo dispuesto en el Protocolo de Brasilia y en el Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR previsto en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto<sup>311</sup>. Hay, pues, una remisión explícita a los

---

<sup>310</sup> LEITE NASCIMENTO, M.: "Defesa da concorrência no Mercosul", *Mercosul. Lições...*, cit., pp. 107-108; ETCHEVERRY, R.A.: "Derecho de la competencia y Mercosur. Visión desde Argentina", *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos...* cit., pp. 222-227; GONZÁLEZ C.A.: "Ante la crisis brasileña: ¿Qué papel podría haber jugado el "Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur"?", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 2, Abril de 1999, pp. 218-224.

<sup>311</sup> Art. 31 de Protocolo.

mecanismos de solución de controversias del Tratado de Asunción, del que, como sabemos, forma parte el P.O.P.; realmente, de no haber sido dicho explícitamente, habría que entender tal remisión como algo implícito en razón de la pertenencia del Protocolo a una dimensión claramente comercial.

## 2. Otros Protocolos operacionales.

### A) Protocolo relativo al Código Aduanero del MERCOSUR.

Aprobado en Ouro Preto<sup>312</sup>, constituye uno de los más importantes instrumentos para consolidar la Unión Aduanera<sup>313</sup>. Implica unificar los procedimientos y los criterios administrativos, al objeto de que el MERCOSUR actúe como un bloque frente a terceros países y que las barreras internas subsistentes no encuentren dificultades para ser modificadas<sup>314</sup>.

A tal efecto contempla un sistema de Recursos de los particulares. Así: "La persona que considere sus derechos perjudicados por una aplicación de la legislación aduanera, podrá recurrir, siempre que sean

---

<sup>312</sup> Aprobado por el C.M.C. por Decisión Nº. 25/94 (en Ouro Preto 16-17-XII-1994). Paraguay: Ley Nº. 621/95, de 2-IV-1996 (Gaceta Oficial, del 4-IV-1995). **Depósito del instrumento de ratificación:** Paraguay: 12-IX-1995. El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 18.

El texto en castellano puede ser visto en DROMI: **Código...**, Vol. I, cit., pp. 327-367; en portugués en RAMOS ROCHA: **MERCOSUL...**, cit., pp. 79-149.

<sup>313</sup> El referido Protocolo está integrado por trece títulos: I. Disposiciones preliminares; II. Elementos de base para la aplicación de los gravámenes aduaneros; III. Disposiciones aplicables a las mercaderías introducidas en el territorio aduanero hasta que les sea atribuido un destino aduanero; IV. Destinos aduaneros; V. Disposiciones especiales; VI. Tratamientos aduaneros especiales; VII. Zonas francas y aéreas aduaneras especiales; VIII. Obligación tributaria aduanera; IX. Infracciones aduaneras; X. Recursos; XI. Disposiciones Generales.

<sup>314</sup> Sobre este Protocolo ver FERNANDES: **Sistema...**, cit., pp. 116-127; RAMOS ROCHA: **MERCOSUL...**, cit., pp. 45-61.

afectados en forma directa, personal y legítima<sup>315</sup>. Este derecho de recurso podrá ser ejercido: en primera instancia, ante la autoridad aduanera designada a tales efectos, por los Estados Parte; y en segunda instancia, ante la autoridad superior u organismo competente, conforme a las disposiciones vigentes en los Estados Parte<sup>316</sup>.

La interposición del recurso no suspenderá la ejecución de la decisión recurrida. Ahora bien, la autoridad aduanera podrá, a solicitud de parte y mediante decisión debidamente fundamentada, suspender la ejecución por razones de interés público de los Estados Parte, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegue nulidad absoluta. Cuando la decisión recurrida tenga como efecto la exigencia de gravámenes de importación o exportación, la suspensión de la ejecución dependerá de la constitución de garantía<sup>317</sup>.

Aunque en el Protocolo no encontramos disposiciones del tenor de las vistas, no obstante, en virtud de su pertenencia al Tratado de Asunción, le son de aplicación los mecanismos de solución de controversias recogidos en aquél o sea, en consecuencia, en el Protocolo de Brasilia y en el Protocolo de Ouro Preto.

### **B) Protocolo de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de Nivel Primario y Medio no Técnico.**

La integración promovida por el MERCOSUR se despliega más allá de los aspectos puramente económicos y promueve el intercambio cultural y educativo. De ahí que venga a facilitar la equivalencia de estudios en los distintos Estados miembros a través de la adopción del

---

315 Art. 175 del Protocolo.

316 Art. 176 del Protocolo.

317 Art. 177 del Protocolo.

Protocolo de Integración Educativa y Reconocimiento de Certificados, Títulos y Estudios de Nivel Primario y Medio no Técnico<sup>318</sup>.

En lo tocante a los mecanismos de solución de controversias reitera el recurso a las negociaciones diplomáticas directas y a los procedimientos previstos en el sistema de solución de controversias vigente entre los Estados Parte del Tratado de Asunción<sup>319</sup>.

### C) Protocolo de Integración Educativa y Reválida de Diplomas, Certificados, Títulos y Reconocimiento de Estudios de Nivel Medio Técnico.

Aprobado por la Decisión Nº. 7/95<sup>320</sup>, concurren en él similares consideraciones a las vertidas en los puntos anteriores, en tanto y en cuanto este Protocolo y el anterior constituyen un plexo encaminado

---

318 Aprobado por el C.M.C. por Decisión Nº. 4/94, de 5-VIII-1994 **Argentina**: Ley Nº. 24.676; **Brasil**: Decreto Ley Nº. 101/95, de 3-VII-1995; **Paraguay**: Ley Nº. 563/95, 25-IV-1995; **Uruguay**: Ley Nº. 16.731, de 12-XII-1995 (Diario Oficial 20-XII-1995). **Depósito del instrumento de ratificación**: Paraguay: 14-V-1995; Brasil: 7-V-1996; Argentina: 31-X-1996; Uruguay: 4-VI-1997. El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 7.

La versión portuguesa del Protocolo puede ser consultada en: FERREIRA: **MERCOSUL. Comentários...**, cit., pp. 120-131. La versión castellana en DROMI: **Código...**, Vol. I, cit., pp. 319-321

319 Art. 6 del Protocolo.

320 **Argentina**: Ley Nº. 24.839, de 11-VI-1997 (Boletín Oficial de 18-VII-1997). **Brasil**: Decreto Ley Nº. 116/96. **Paraguay**: Ley Nº. 844/96, de 30-V-1996. (Gaceta Oficial, del 3-VI-1996). **Uruguay**: Ley Nº. 16.890, de 20-XI-1997 (Diario Oficial 10-XII-1997). **Depósito del instrumento de ratificación**: Paraguay: 30-V-1996. Brasil: 26-VI-1997. Argentina: 10-XI-1997. El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 10.

La versión castellana puede consultarse en DROMI: **Código...**, Vol. 2, cit., pp. 951-956.

El Protocolo consta de cuatro Anexos: I. Tabla de equivalencia para estudios de nivel técnico; II. Módulos informativos complementarios; III. Del reconocimiento de estudios realizados en forma incompleta; IV. De las condiciones del traslado.

a concretar otro de los aspectos importantes de la integración, como es la educación<sup>321</sup>.

Con tal motivo, los Estados Partes reconocerán los estudios de nivel medio técnico y convalidarán los diplomas, certificados y títulos expedidos por las instituciones educativas oficialmente reconocidas por cada uno de los Estados Partes, en las mismas condiciones que el país de origen para los cursantes o licenciados de dichas instituciones<sup>322</sup>.

Por lo que respecta a las controversias, encontramos en el art. 8 las referencias, ya vistas en otros protocolos, a las negociaciones directas y al sistema de solución de controversias vigente entre los Estados Parte del Tratado de Asunción.

#### **D) Protocolo de Integración Educativa para la Prosección de Estudios de Posgrado en las Universidades de los Estados Parte del MERCOSUR.**

Resultó aprobado en Fortaleza por la Decisión Nº. 8/96<sup>323</sup>, de 17 de diciembre de 1997. Siguiendo los líneas del Plan Trienal en materia educativa, el Protocolo admite, a través de los organismos competentes, los títulos universitarios otorgados por las Universidades reconocidas en cada país, con el único efecto de proseguir los estudios de Postgrado, contribuyendo a la formación de una base de conocimientos científicos, recursos humanos e infraestructura institucional de apoyo a la toma de decisiones estratégicas del MERCOSUR.

---

<sup>321</sup> MENEM: *¿Qué es...*, cit., p. 102.

<sup>322</sup> Art. 1 del Protocolo.

<sup>323</sup> Paraguay: Ley Nº 1081/97, de 7-VII-1997 (Gaceta Oficial del 11-VII-1997).  
Depósito del instrumento de ratificación: Paraguay: 4-VIII-1997.

El Protocolo forma parte del T.A en virtud del art. 9. El texto en castellano del Protocolo puede ser objeto de consulta en DROMI: *Código...*, Vol. 8, cit., pp. 6495-6498.

En cuanto a la solución de controversias con motivo de la aplicación o del incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Protocolo, éste señala que habrán de resolverse mediante negociaciones directas entre las instituciones correspondientes, debiendo, si fuese necesario, aplicarse los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados del Tratado de Asunción<sup>324</sup>.

### **E) Protocolo de Integración Educativa para la Formación de Recursos Humanos a Nivel de Postgrado en las Universidades de los Estados Parte del MERCOSUR.**

Este Protocolo -adoptado, en Fortaleza, el 17 de diciembre de 1996, mediante la Decisión Nº. 9/96<sup>325</sup>-, juntamente con el Protocolo anterior de Integración Educativa para la Prosecución de Estudios de Postgrado en las Universidades de los Estados Parte del MERCOSUR, viene a perseguir la formación y el perfeccionamiento de docentes universitarios e investigadores, con el fin de consolidar y ampliar los programas de Postgrado en la región. De acuerdo a esto, se creará un sistema de intercambio entre las instituciones, por medio del cual los docentes e investigadores trabajarán en proyectos de investigación comunes en el ámbito de proyectos científicos específicos.

En lo atinente a la solución de controversias, se pronuncia en los mismos términos que los Protocolos anteriores: recurso a las negociaciones diplomáticas directas, debiendo acudirse, si no se alcanzara un acuerdo o el acuerdo no fuera completo, a los procedimientos previs-

---

<sup>324</sup> Art. 8 del Protocolo.

<sup>325</sup> **Argentina:** Ley 24.997 (Boletín Oficial Nº 28.947, 29/VII/98). Sanción: 1/VII/98. Promulgación: 24/VII/98. **Paraguay:** Ley 1080/97 (Gaceta Oficial 11/VII/97). **Depósito del instrumento de ratificación:** Paraguay: 4/VIII/97. El Protocolo forma parte del T.A en virtud del art. 10.

El texto en castellano aparece recogido en DROMI: Código..., Vol. 8, cit., pp. 6498-6501.

tos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción<sup>326</sup>.

### **F) Protocolo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Países del MERCOSUR.**

El Protocolo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Países del MERCOSUR, estrechamente relacionado al igual que los otros documentos sobre la materia, al desarrollo educativo regional, fue aprobado, el 11 de junio de 1997, mediante la Decisión Nº. 3/97<sup>327</sup>.

Para los fines previstos en el Protocolo, se consideran títulos de graduación aquellos obtenidos en cursos con duración mínima de cuatro años o dos mil setecientas horas cursadas y títulos de posgraduación tanto los cursos de especialización con carga horaria presencial no inferior a trescientas sesenta horas, en cuanto los grados académicos de maestría o doctorado<sup>328</sup>.

Las controversias derivadas de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Protocolo serán resueltas por los canales diplomáticos. De no resultar satisfactorias las

---

<sup>326</sup> Art. 9 del Protocolo.

<sup>327</sup> **Paraguay:** Ley Nº 1170/97, de 13-XI-1997. (Gaceta Oficial del 17-XI-1997). **Depósito del instrumento de ratificación:** Paraguay: 13-XI-1997. El Protocolo forma parte del T.A en virtud del art. 9. El texto en portugués sería aprobado por la Decisión Nº. 11/98. Por Decisión Nº. 26/97, de 15-XII-1997, se aprueba un Anexo -parte integrante del Protocolo de Admisión... (art. 2)- que complementa al citado Protocolo.

La versión en portugués del Protocolo puede ser objeto de consulta en DROMI: Código..., Vol. 8, cit., pp. 6907-6909.

<sup>328</sup> Art. 2 del Protocolo. A tenor del art. 1 del Anexo: "Los grados académicos de especialización, maestría y doctorado, mencionados en el artículo segundo del Protocolo de Admisión de Títulos y Grados Universitarios para el Ejercicio de Actividades Académicas en los Estados Partes del MERCOSUR, deberán estar debidamente reconocidos por la legislación en vigencia en el Estado Parte otorgante".

negociaciones, serán aplicados los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción<sup>329</sup>.

### **G) Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR.**

Mediante la Decisión C.M.C. Nº. 11/96 fue firmado, en Fortaleza, el 17 de diciembre de 1996<sup>330</sup>, el Protocolo de Integración Cultural del MERCOSUR, a tenor del cual "las partes, se comprometen a promover la cooperación y el intercambio entre sus respectivas instituciones y agentes culturales, con el objetivo de favorecer el enriquecimiento, la difusión y el intercambio de las expresiones culturales y artísticas en el ámbito del MERCOSUR"<sup>331</sup>.

En cuanto a la solución de controversias, el Protocolo se remite, al igual que los anteriores a las negociaciones diplomáticas directas y al Sistema de Solución de Controversias, vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción<sup>332</sup>.

### **H) Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios en el MERCOSUR.**

Por medio de la Decisión Nº. 13/97 fue aprobado el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios en el MERCOSUR, siendo objetivos de este instrumento común las normas y principios para el comercio de servicios entre los Estados Partes, la expansión del comercio en condiciones de transparencia, el equilibrio y liberaliza-

---

<sup>329</sup> Art. 8 del Protocolo.

<sup>330</sup> Aprobado por el C.M.C. por Decisión: 11/96 (en Fortaleza 16-17/XII/96). Paraguay: Ley Nº 1086/97, de 9/VII/97. (Gaceta Oficial del 14/VII/97). Depósito del instrumento de ratificación: Paraguay: 4/VIII/97. El Protocolo forma parte del T.A en virtud del art. XVII.

El texto en castellano, en DROMI: Código..., Vol. 8, cit., pp. 6507-6510.

<sup>331</sup> Art. 1 del Protocolo.

<sup>332</sup> Art. 16 del Protocolo.

ción progresiva siguiendo las líneas del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (A.G.C.S.), de la Organización Mundial de Comercio, en particular su Artículo V, y los compromisos asumidos por los Estados Partes en el A.G.C.S. Este protocolo facilita la puesta en marcha del objetivo de la libre circulación de servicios, prevista en el Tratado de Asunción<sup>333</sup>.

En relación con las controversias que puedan surgir entre los Estados Partes respecto a la aplicación, interpretación o incumplimiento de los compromisos establecidos en el presente Protocolo, éstas serán resueltas de conformidad con los procedimientos y mecanismos de solución de vigentes en el MERCOSUR. Se produce una llamada genérica al Tratado de Asunción en materia de solución de controversias. Obviamente, nos referimos a los mecanismos del Protocolo de Brasilia y, habida cuenta de los aspectos comerciales del Protocolo, al del Protocolo de Ouro Preto<sup>334</sup>.

### **I) Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.**

Este Protocolo, hecho conjuntamente por los cuatro Estados Parte del MERCOSUR más Bolivia y Chile, fue aprobado el 24 de julio de 1998, en Ushuaia<sup>335</sup>. En él se considera que la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Partes. De manera que toda ruptura del orden democrático en uno de los Estados

---

<sup>333</sup> El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. XXIV. La versión portuguesa fue aprobada por Decisión Nº. 12/98. Los Anexos con disposiciones específicas sectoriales y listas de compromisos específicos iniciales de los cuatro países fueron aprobados por la decisión 9/98.

<sup>334</sup> Art. XXIV del Protocolo.

<sup>335</sup> El Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos Acuerdos de integración celebrados entre el MERCOSUR y la República de Bolivia y el MERCOSUR y la República de Chile. El Protocolo, como vemos, tiene la singularidad de formar parte de tres Tratados internacionales.

Parte en el Protocolo dará lugar a que los demás Estados Partes promuevan consultas entre sí y con el Estado afectado<sup>336</sup>.

Cuando las consultas resulten infructuosas, los demás Estados Parte, en el marco de los Acuerdos de integración vigentes entre ellos, considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas irán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos<sup>337</sup>.

Estas medidas serán tomadas por consenso por los Estados Partes y comunicadas al Estado afectado, el cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Dichas medidas entrarán en vigencia en la fecha en que se realice la comunicación respectiva y cesarán a partir de la fecha de la comunicación al Estado en cuestión de que "se ha verificado el pleno restablecimiento del orden democrático, lo que deberá tener lugar tan pronto ese restablecimiento se haga efectivo"<sup>338</sup>.

Desde una visión general, este Protocolo resulta sumamente interesante porque introduce una duda respecto a la posible participación de cada uno de los seis Estados en la adopción de medidas relacionadas con los derechos de otros Estados en el marco de Tratados internacionales de los cuales inclusive pudiera no ser parte, si bien de forma indirecta Bolivia y Chile, de algún modo, formarían, al serlo del Protocolo, "parte de un bloque material" del Tratado de Asunción. Lo mismo podría decirse tanto de Bolivia, en relación con el Tratado de Complementación Económica entre el MERCOSUR y Chile, como de Chile respecto al Tratado entre el MERCOSUR y Bolivia. Creemos que esta hipótesis aunque pudiera ser atractiva podría resultar poco congruente con el sentir tradicional respecto de la relación entre Tratados internacionales y terceros Estados.

---

<sup>336</sup> Arts. 1, 3 y 4 respectivamente del Protocolo.

<sup>337</sup> Art. 5 del Protocolo.

<sup>338</sup> Arts. 6 y 7 del Protocolo.

Por otra parte, siendo este Protocolo parte del Tratado de Asunción y "deviniendo en ser T.A.", el principio democrático pasa a ser un principio básico del referido Tratado; en consecuencia, nos encontraríamos con que el Tratado en cuestión pasaría a contemplar un régimen de sanciones para el supuesto de quebrantamiento de tal principio democrático; la misma línea de argumentación podría hacerse respecto a Bolivia en el marco del Acuerdo de Complementación Económica entre el MERCOSUR y Chile o respecto de Chile en el del Acuerdo entre el MERCOSUR y Bolivia. Se trataría de consagrar el principio democrático en el Cono Sur.

Una interpretación menos ambiciosa sería la de entender la expresión "según corresponda" en una doble dirección: en primer lugar, al respecto del ceñido de los Estados a cada uno de los Tratados de que sea parte y, en segundo lugar, en lo que atañe a la ponderación de las sanciones según cuál sea el Tratado en cuyo marco quiera plasmarse una sanción. En esta hipótesis, la potestad sancionadora vía consenso estaría circunscripta a la condición de parte en los respectivos Tratados.

La posibilidad de las sanciones se daría, como hemos visto, "en caso de ruptura del orden democrático". Ahora bien, sin llegar a tal tipo de ruptura, cabría que los Estados adoptasen medidas de tipo discriminatorio incongruentes con un orden democrático, sin llegar a suponer una ruptura. En tal caso, estimamos que cabría una segunda línea de actuación contra tal Estado por medio de los mecanismos de solución de controversias del Tratado de Asunción que aparecen recogidos en el Protocolo de Brasilia. Aunque nada se diga en este Protocolo respecto a la solución de controversias, su condición de parte del Tratado de Asunción creemos nos ampara en la interpretación que sustentamos.

### J) Protocolo de Armonización de Normas en Materia de Diseños Industriales.

El Consejo, mediante la Decisión Nº. 16/98, aprobó, el 10 de diciembre de 1998<sup>339</sup>, el Protocolo de Armonización de Normas en Materia de Diseños Industriales, tendente al establecimiento de reglas y principios que sirvan para orientar la acción administrativa, legislativa y judicial de cada Estado Parte en el reconocimiento y aplicación de los derechos de propiedad intelectual en materia de diseños industriales<sup>340</sup>.

A través de dicho Protocolo los Estados Partes se comprometen a garantizar una protección efectiva a la Propiedad Intelectual en materia de Diseños Industriales, asegurando al menos la protección que deriva de los principios y normas enunciados en este instrumento. No obstante, podrán conceder una protección más amplia, siempre que no sea incompatible con las normas y principios de los tratados mencionados en él. Además, los Estados Partes se comprometen a llevar a cabo esfuerzos en un plazo de dos años para consensuar protocolos adicionales de armonización en materia de procedimientos y flexibilización de depósitos de solicitudes de diseños industriales<sup>341</sup>.

Las controversias entre los Estados Partes surgidas en relación con el Protocolo serán resueltas, como en los Protocolos anteriormente analizados, mediante negociaciones diplomáticas directas, y, en caso de no alcanzarse un acuerdo o sólo en parte, acudiendo a los procedimientos previstos "en el sistema de solución de controversias vigente en el MERCOSUR"<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> El Protocolo forma parte del T.A. en virtud del art. 23.

<sup>340</sup> Las reglas y principios establecidos deben conformarse a los ya fijados en los instrumentos multilaterales, en particular el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo de 1967) y el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (15 de abril de 1994), Anexo al Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio, negociado en la Ronda Uruguay del GATT (Art. 1).

<sup>341</sup> Arts. 1 y 21 respectivamente del Protocolo.

<sup>342</sup> Art. 22 del Protocolo.

## VII.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS ACUERDOS DE COMPLEMENTACIÓN ECONÓMICA CON CHILE Y BOLIVIA.

Debemos adelantar aquí que la razón de unir en un epígrafe los tratamentos recogidos en materia de solución de controversias en los Acuerdos de Complementación Económica con Chile y Bolivia se debe a la identidad de tratamiento que se produce en ellos en relación, en cada caso, con el país respectivo. El motivo de darle una prioridad en el título de este epígrafe a Chile se debería, si quisiera encontrarse alguno, al mayor peso económico de sus relaciones con el MERCOSUR.

El 25 de junio de 1996, se celebró en Potrero de Los Funes, provincia de San Luis, Argentina, el *Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Chile*<sup>343</sup>. El ingreso de ese país en el MERCOSUR supondrá, en su momento, un importante impulso para el desarrollo y

---

<sup>343</sup> A través de la Decisión C.M.C. Nº. 03/96. El acuerdo fue registrado en la ALADI como Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica Nº. 35, con amparo en el Tratado de Montevideo de 1980. Aprobado en Brasil por el Decreto Legislativo Nº. 96 de 12 de septiembre de 1996. El Acuerdo entró en vigor el 10 de octubre de 1996.

El texto del Acuerdo en castellano en: DROMI: *Código...*, Vol. 7, cit., pp. 5619-5861; PINARD, G.E.: *MERCOSUR y los tratados internacionales. El caso Chile*, Buenos Aires, 1998, pp. 365-386; sobre el contenido del Acuerdo, puede consultarse este autor en las páginas 49-54. La versión castellana del Régimen de solución de controversias del Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Chile, puede consultarse en REY CARO: *La solución...*, cit., pp. 115-119; URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de Controversias...*, cit., pp. 179-182.

los objetivos pretendidos por los países miembros. Esta afirmación tiene un fundamento, en primer lugar, en la estabilidad económica alcanzada por Chile, que vuelve ese proyecto de integración atrayente para futuros compromisos y de confianza en términos de reconocimiento internacional. La adhesión de Chile al bloque del Cono Sur permitiría el acceso directo de los países de este bloque al Pacífico, conquistándose así una vía geoestratégica para la región.

Según el art. 1 del Acuerdo, el Protocolo tiene por objetivo formar un área de libre comercio entre las Partes Contratantes en un plazo máximo de 10 años, mediante la expansión y diversificación del intercambio comercial y la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias que afectan el comercio recíproco.

En cuanto al ámbito de la *solución de controversias* el Acuerdo con Chile dispone en su art. 22 que:

*"Las controversias que surjan sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Acuerdo y de los Protocolos celebrados en el marco del mismo, serán dirimidas de conformidad con el Régimen de Solución de Controversias, contenido en el Anexo 14.*

*La Comisión Administradora deberá iniciar, a partir de la fecha de sus constitución, las negociaciones necesarias para definir y acordar un procedimiento arbitral, que entrará en vigor al iniciarse el cuarto año de vigencia del Acuerdo.*

*Si vencido el plazo señalado en el párrafo anterior no hubieran concluido las negociaciones pertinentes o no hubiese acuerdo sobre dicho procedimiento, las Partes adoptarán el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia".*

Por tanto, a la vista de lo establecido en la disposición citada, las controversias habrán de ser solucionadas de acuerdo con las normas recogidas en el Anexo 14, de modo que las controversias que surjan entre las partes contratantes "con relación a la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica Mercosur-Chile y en los instrumentos y protocolos suscriptos o que se suscriban en el

marco del mismo serán sometidas al procedimiento de Solución de Controversias establecido en el presente Anexo, el cual forma parte del Acuerdo" (art. 1 del Anexo).

A tal efecto, las Partes intentarán resolver las controversias a través de la realización de consultas recíprocas y negociaciones directas, al objeto de llegar a una solución mutuamente satisfactoria (art. 2 del Anexo).

De conformidad con el art. 3 del citado Anexo, cualquiera de las Partes en el conflicto "podrá solicitar por escrito a la otra, la realización de consultas y negociaciones directas, y lo comunicará a la Comisión Administradora del Acuerdo, en adelante "la Comisión"<sup>344</sup>.

Las negociaciones no podrán prolongarse por más de treinta días después de la fecha de la recepción de la solicitud formal de iniciar consultas, salvo que las Partes acuerden extender ese plazo hasta un máximo de treinta (30) días. Si en el plazo indicado, no se llegara a una solución mutuamente satisfactoria o si la controversia se resolviera de forma parcial, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión para tratar el asunto<sup>345</sup>.

A continuación, la Parte que pida convocar a la Comisión expondrá en su petitorio los motivos e indicará las disposiciones del Acuerdo o instrumentos adicionales que considere aplicables. La Comisión evaluará la situación, dando oportunidad a las Partes para que expongan sus posiciones y requiriendo, informaciones técnicas sobre el caso, si lo considera oportuno.

---

<sup>344</sup> La Comisión Administradora en el Acuerdo con Chile está compuesta por el G.M.C. del MERCOSUR y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile que interviene por medio de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (art. 46); la Comisión Administradora del Acuerdo con Bolivia lo está por el G.M.C. y la Secretaría Nacional de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (art. 39).

<sup>345</sup> Arts. 4 y 5 del Anexo 14.

La Comisión deberá reunirse dentro de los quince días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud de convocatoria, y el procedimiento no podrá durar más de cuarenta y cinco días, contados a partir de la fecha en que se reunió la Comisión, salvo acuerdo entre las Partes<sup>346</sup>.

No se prevé que le cabe hacer a la Comisión una vez que haya examinado el supuesto. Lo previsible es la realización de una propuesta de solución, la cual no tendría carácter obligatorio.

En el caso de que no se hubiese encontrado solución para la controversia con el mecanismo establecido en el art. 6, la Comisión "constituira inmediatamente un Grupo de Expertos *ad hoc* integrado por tres expertos de la lista a que se hace referencia en el Artículo 8", el cual será conformado de la siguiente manera:

*"a) Dentro de los diez (10) días posteriores a la comunicación de la decisión de la Comisión de convocar a un Grupo de Expertos, cada una de las Partes designará un experto. El tercero, el cual no podrá ser nacional de ninguna de las Partes, será designado de común acuerdo por las Partes, dentro de los diez (10) días a partir de la fecha en que se designó al último de los dos expertos anteriormente mencionados. El tercer experto presidirá el Grupo.*

*b) Si una de las Partes no hubiera designado a su experto en el plazo de diez (10) días establecido en el literal (a), o si no hubiera acuerdo entre las Partes para designar el tercer experto, esas designa-*

---

<sup>346</sup> Art. 6 del Anexo 14. Según URIONDO DE MARTINOLI: "Al incorporar el artículo citado la forma de computar los periodos, se podría interpretar que ésta es aplicable a los demás plazos regulados en las anteriores disposiciones" (URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de controversias...*, cit., p. 59). A nuestro juicio, el hecho de que en un momento en el art. 45 se hable de "días corridos", más bien nos induce a pensar en lo contrario. No olvidemos la máxima *ubi voluit dixit, ubi nolit tacuit*. Esta autora se ocupa también de la solución de controversias en el Protocolo en "El Derecho Procesal frente al Mercosur. Solución de controversias en el espacio integrado", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 2, abril de 1999, pp. 118-120.

ciones serán efectuadas por la Comisión, por sorteo, de la lista mencionada en el párrafo segundo del Artículo 8.

c) Cada Parte nombrará además un experto suplente para reemplazar al titular en caso de incapacidad o renuncia.

d) De común acuerdo las Partes podrán designar un experto que no figure en la lista a que se refiere el Artículo 8. Los gastos de los expertos serán sufragados por la Parte que los designó. La remuneración del Presidente y los demás gastos del Grupo de Expertos, serán cubiertos en montos iguales por las Partes".

El texto de este art. 7 suscita algunas observaciones. Así parece que la expresión "no podrá ser nacional de ninguna de las Partes" resulta algo inexacta dado que una de las Partes es el Mercosur y no hay una "nacionalidad" de tal naturaleza. Parece oportuna la posibilidad de que las Partes puedan designar un experto que no figure en la lista del art. 8, habida cuenta que permite recurrir a determinados especialistas en casos especiales.

Respecto a la utilización del calificativo "inmediata" con que aparece contemplada la constitución del Grupo de Expertos, destacaríamos igualmente, las similitudes en cuanto a la conformación del Grupo de expertos con el Tribunal Arbitral del P.B.

El Grupo de Expertos deberá "considerar la controversia planteada tomando en cuenta las disposiciones del presente Acuerdo, los instrumentos y Protocolos Adicionales firmados en el marco del mismo, y las informaciones suministradas por las Partes en el conflicto..." (art. 10 del Anexo); según REY CARO, la enunciación del "derecho" a tomar en consideración por el Grupo de Expertos deja al descubierto la omisión de las decisiones de la Comisión Administradora adoptadas en el marco del Acuerdo y, en particular, de su art. 47<sup>347</sup>. Para nosotros las decisiones constituirían un supuesto de aplicación de las dis-

---

<sup>347</sup> REY CARO: "La solución de controversias en el marco del Acuerdo de Complementación Económica entre el Mercosur y Chile", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 13, 1997, p. 476.

posiciones del Acuerdo por lo que respecta a los arts. 1 y 10 del citado Anexo 14.

Dentro de los cinco días siguientes a su constitución, el Grupo de Expertos adoptará sus propias reglas de procedimiento, las cuales garantizarán a las Partes la oportunidad de ser escuchadas, asegurando que el procedimiento se realice en forma expedita. Para formular sus conclusiones, el Grupo de Expertos dispondrá de un plazo de treinta días, Conclusiones que serán sometidas a la apreciación de la Comisión. Sobre la base de las mismas, la Comisión en un plazo quince días a partir de la recepción de éstas, formulará recomendaciones a las Partes. Siendo, a la propia Comisión a quien corresponda velar por el cumplimiento de sus recomendaciones<sup>348</sup>.

Por último, el art. 14 del Anexo establece en consonancia con lo señalado en el art. 22 del Acuerdo, que el régimen de solución de controversias tendrá una vigencia de tres años, previéndose un procedimiento arbitral que regirá, a más tardar, a partir del cuarto año de vigencia del Acuerdo. Si vencido ese plazo, no hubieran sido concluidas las negociaciones al respecto o no hubiera acuerdo sobre el particular, las Partes adoptarán el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia. FEDER señala que hubiera sido más adecuada la referencia al "sistema en vigor" ante previsibles revisiones en los mecanismos de solución de controversias en el MER-

---

<sup>348</sup> Arts. 11, 12 y 13 del Anexo 14. No estamos ante una instancia jurisdiccional obligatoria, razón por la cual las recomendaciones sin fuerza vinculante serán de cumplimiento eventual para las partes, estando la solución de la controversia revestida de incertidumbre. Por otra parte, como subraya FEDER: "la Comisión "velará" sobre su cumplimiento, término de alcance incierto en los hechos, que podrá asimilarse a la tarea de "cuidar" que las Recomendaciones se acaten. Es menos aún que "instar" o "hacer posible", dado que estas última acepciones conllevan un principio de acción que se haría efectiva, nuevamente -interpretaciones- mediante contactos directos" (FEDER, B.: "Solución de controversias en el proceso de integración regional -Régimen Uruguay - Chile y Régimen Uruguay - Bolivia ", **Seminario Dimensión Jurídica de la integración**, Montevideo, 2-3 de diciembre de 1996, p. 6, multicopiado).

COSUR<sup>349</sup>, sin embargo hay que reconocer que una remisión en tal sentido dificultaría el deseo de las partes de remitirse a una parte concreta de una regulación desconocida incierta.

Este aptdo. final del art. 14 sugiere algunas dudas. ¿Así, la referencia al "procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia" supone la exclusión de todo otro mecanismo? No parece que haya sido ésta la intención de los negociadores. Asimismo, el recurso al P.B. tendría que hacerse, *mutatis mutandis*, mediante la adecuación a la circunstancia de la presencia de dos partes, MERCOSUR y Chile, lo cual habría de ser tenido especialmente en cuenta en el momento de la designación de los árbitros, debiendo ser designado uno por el MERCOSUR, entendemos que por decisión del C.M.C., y otro por Chile. El tercero habría de serlo por común acuerdo. Con todo, hemos de dar noticia de la presentación en el seno de la Comisión Administradora de proyectos reguladores del procedimiento arbitral.

Quisiéramos subrayar también que no se han previsto instancias para las reclamaciones de los particulares contra los Estados Partes o entre sí mismos<sup>350</sup>. Tanto en el sistema de solución de controversias entre el MERCOSUR y Chile, como en el adoptado con Bolivia, se hace abstracción de la puesta en marcha del sistema por iniciativa de los particulares<sup>351</sup>.

---

<sup>349</sup> En *Ibid.*, cit., p. 4.

<sup>350</sup> A las controversias entre particulares se dedicaría el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión del C.M.C. N.º. 4/98. El texto puede consultarse en URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de Controversias...*, cit., pp. 195-205. Sobre éste, *Ibid.*, pp. 137-142.

<sup>351</sup> REY CARO: *La solución...*, cit., p. 72-81. REY CARO cree que quizás se justifique, en el marco del Acuerdo, la creación de una instancia jurisdiccional permanente (*Ibid.*, p. 79).

Sobre el Acuerdo, RUIZ DIAZ LABRANO: *Mercosur...*, cit., pp. 599-602; RODRIGUES DE FREITAS, A.: *Globalização, Mercosul e Crise do Estado Nação. Perspectivas para o Direito numa sociedade em mudança*, São Paulo, 1997, pp. 49-52; RAMOS ROCHA: *MERCOSUL...*, cit., pp. 63-67; MANSI, A.R.: "El relacio-

En resumen, se aprecia que el procedimiento recogido en el Anexo se desenvuelve en tres etapas sucesivas: negociación directa entre las partes, intervención de la Comisión Administradora y, finalmente, el recurso a los paneles de expertos, en el marco de los cortos plazos establecidos, a excepción de acuerdo entre las partes.

Descendiendo ahora al análisis del supuesto de *solución de controversias del Mercosur con Bolivia*, comenzaremos diciendo que el 7 de diciembre de 1995, en Punta del Este, fue firmado un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica entre los Gobiernos de los Estados Parte del MERCOSUR y Bolivia<sup>352</sup>, en cuyo Anexo IV se consagra al Sistema de Solución de Controversias<sup>353</sup>. Este Acuerdo fue una primera etapa para la celebración del Acuerdo de Complementación Económica N° 36, que sería firmado en Potrero de Los Funes, Provincia de San Luis, Argentina, entre el MERCOSUR y Bolivia el 25 de junio de 1996<sup>354</sup>.

---

namiento externo del Mercosur", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, IX, 1999, pp. 128-132.

<sup>352</sup> El Acuerdo no fue firmado por el MERCOSUR como persona jurídica. Brasil promulgó el Acuerdo mediante el Decreto N°. 1878, de 28 de abril de 1996, (*Diário Oficial da União* del 29-IV-1996); mediante el Decreto N°. 2188, de 25 de marzo de 1997, dispone sobre la ejecución del Acuerdo.

<sup>353</sup> El texto del Acuerdo puede consultarse en: DROMI: *Código...*, Vol. 2, cit., pp. 1016-1032; PINARD: *MERCOSUR...*, cit., pp. 322-343; URIONDO DE MARTI-NOLI: *Solución de Controversias...*, cit., pp. 182-185.

El Anexo IV del Acuerdo con Bolivia tiene dos capítulos. En el primero, con un único artículo, prescribe: "las controversias que surjan entre las Partes signatarias con relación a la interpretación, aplicación o cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica y de los instrumentos y Protocolos Adicionales suscriptos o que se suscriban en el marco del mismo, serán sometidas a los procedimientos de Solución de Controversias establecidos en el presente Anexo, el cual forma parte del Acuerdo". En el Capítulo II se trata de las consultas y de las negociaciones directas, mientras que en el Capítulo III a la Intervención de la Comisión Administradora.

<sup>354</sup> El texto en castellano puede consultarse en DROMI: *Código...*, Vol. VIII, cit., pp. 6519-6901.

El Acuerdo --que podemos calificar como una tentativa para avanzar en la transformación de la geografía económica de la región sudamericana, proyectándose una nueva realidad comunitaria, cuyos efectos se encargará de revelar la historia-- recoge los términos para la constitución de una Zona de Libre Comercio entre ambas Partes, la cual deberá estar conformada en un plazo de diez años, a través de un Programa de Liberación Comercial que deberá alcanzar la desgravación, como mínimo, del 80% del comercio y el 90% del nomenclador arancelario, al cabo del décimo año.

En lo tocante a los mecanismos de solución de controversias contemplados en el Anexo 11 del Acuerdo con Bolivia<sup>355</sup>, dado que son iguales a los recogidos en el Anexo 14 del Acuerdo con Chile, nos remitimos para su análisis a lo avanzado allí<sup>356</sup>.

---

Sobre éste, RUIZ DIAZ LABRANO: *Mercosur...*, cit., pp. 603-607; RAMOS ROCHA: *MERCOSUL...*, cit., pp. 67-68; MANSI: "El relacionamiento externo...", cit., pp. 132-133..

<sup>355</sup> Arts. 2 a 14 (en su art. 1 se recogen las oportunas diferencias en cuanto a las partes: Bolivia en un caso y Chile en otro).

<sup>356</sup> BENÍTEZ RIVAS, A.: "La solución de conflictos en el Mercosur", *O Sistema...*, cit., pp. 387-389



## VIII. APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA SURGIDA EN MATERIA DE CONTROVERSIAS.

### 1. Una aproximación general.

Podemos afirmar sin paliativos que hasta el 2000 resultaba difícil llevar a cabo una aproximación al desarrollo de las controversias que fueron objeto de tratamiento dentro del marco de solución de controversias del MERCOSUR. La información de que disponía el estudioso era escasa y fragmentada, siendo muy pocos los autores que hacían alguna alusión a los asuntos objeto de controversia. Además, las alusiones solían ser a un único caso, sin ninguna referencia, por breve que fuese, al conjunto de las controversias suscitadas<sup>357</sup>.

Dentro del marco jurídico establecido para la solución de controversias, a siete de mayo de 1999, habían sido tratados varios asuntos. Así, por lo que se refiere al *Protocolo de Ouro Preto*, cuatro casos utilizaron el mecanismo previsto en este Protocolo. Siendo todos ellos reclamaciones de Argentina contra Uruguay, por sal, IMESI (Impuesto Específico Interno) contra cigarrillos<sup>358</sup> y bebidas alcohólicas y la Resolución G.M.C. Nº 48/95 sobre Registro de Productos Agro-

---

<sup>357</sup> GAMIO: "Solución...", cit., p. 5; OLAVO BAPTISTA: "Solução...", **MERCOSUL. Seus efeitos...**, cit., p. 183; ABREU E LIMA FLORÊNCIO e FRAGA ARAÚJO: **MERCOSUL...**, cit., p. 76; CASTRO BERNIERI, J.: "Solución de diferencias...", cit., p. 3, multicopiado; RONZONI, R.: "Argentina y Uruguay serán el banco de pruebas para las controversias", **Mercosur**, Madrid, Nº. 13, Febrero/Marzo de 1997, p. 35.

<sup>358</sup> "Los cigarrillos en el banquillo regional", **El Observador Económico**, Uruguay, 2, 7, 1998.

químicos. Los tres primeros finalizaron por medio de una solución acordada entre las Partes interesadas y el último con la incorporación de dicha Resolución por Uruguay en su ordenamiento interno<sup>359</sup>.

Un último caso se encontraba recorriendo las etapas previstas en el mecanismo establecido en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto, correspondiendo a una reclamación que hiciera Argentina contra Brasil por subsidios en el sector azucarero.

Por lo que se refiere al *Protocolo de Brasilia*, en cuanto al Capítulo IV (Estados), existían dos casos en los que se había procedido a nombrar un Tribunal Arbitral, siendo ambas reclamaciones de Argentina contra Brasil. Una era contra los Comunicados N°. 37 del 17/12/97 y N°. 7 del 20/02/98 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) de Brasil: Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco (referente a licencia no automática de determinados productos), concluyó con el Primer Laudo Arbitral. La otra versaba sobre subsidios a la producción y exportación a la carne de cerdo, la cual daría lugar al Segundo Laudo Arbitral.

En cuanto al Protocolo de Brasilia (Capítulo V, Particulares), en el caso de la reclamación de Uruguay contra Argentina por papel, se obtuvo un acuerdo de las partes previo al dictamen del Grupo de Expertos<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> Dos casos finalizaron la totalidad del trámite previsto en el Protocolo de Ouro Preto, habiendo comunicado la parte actora, Argentina, su intención de convocar al Tribunal Arbitral, extremo que no se había llevado a cabo al día de la fecha.

<sup>360</sup> El grupo de expertos designado para este caso estaba integrado por Guillermo Toranzo (Argentina), Gustavo Magariños (Uruguay) y el neutral brasileño Luiz Olavo Baptista. El asunto fue objeto de la Consulta 14/195 a la Comisión de Comercio. La Delegación de Uruguay planteó que se considerase una solución a la situación que se derivaba de la inclusión por parte de Argentina en el Régimen de Adecuación de cinco posiciones del sector papel por significar un fuerte retroceso en el nivel y condiciones de acceso. Sostuvo que ello implicaba un claro apartamiento del principio, sostenido en todo el proceso del MERCOSUR, de no modificar desmejorando las

Posteriormente, a nivel arbitral, se produciría la emisión de un Tercer Laudo referente a la “Aplicación de Medidas de Salvaguardia Sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”.

Al día de hoy se dispone de alguna información más. Sin duda la emisión de los tres Laudos Arbitrales habrá hecho ver el mundo de las controversias con una naturalidad mayor. En abril de 2000 se encontraban en fase prearbitral las siguientes reclamaciones: de *Argentina contra Brasil* por la imperfecta incorporación de la normativa mercosureña para productos fitosanitarios (agroquímicos) y por la no incorporación del registro de productos farmacéuticos; de *Argentina contra Uruguay* por subsidios a la lana; de *Brasil contra Argentina* por la imposición a mediados de 1999 de licencias no automáticas para la importación de calzado y por el conflicto derivado de la Ley 24.882 que prohíbe la rebaja de aranceles intrazona para el azúcar; y de *Brasil contra Paraguay* por la imposición de derechos específicos mínimos en el comercio intrazona<sup>361</sup>.

## **2. Primer Laudo Arbitral: “Controversia sobre Comunicados N°. 37 del 17 de diciembre de 1997 y N°. 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco” (Argentina v. Brasil).**

La imposición de licencias no automáticas, al entender de Argentina, para la importación de numerosos productos (lácteos, frutas,

---

condiciones de acceso ya alcanzadas. Asimismo, señaló que esas posiciones no estuvieron excepcionadas por Argentina ni fueron objeto de salvaguardia

El tema sería objeto de reclamación ante el G.M.C., que nombraría a un Grupo de Expertos para entender de la causa. Se procedió con la reclamación por el Capítulo para Reclamos de Particulares del Protocolo de Brasilia. Con fecha 12 de marzo de 1997, las delegaciones de Argentina y Uruguay informaron que la reclamación había sido resuelta por un acta de entendimiento entre los gobiernos de ambos países.

<sup>361</sup> Informe MERCOSUR, período 1999-2000, Instituto para la Integración de América Latina y Caribe, Año 5, N°. 6, 2000, p. 91.

combustibles, productos químicos y aparatos mecánicos, entre otros) establecida en diciembre de 1997 por el Departamento de Operaciones de Comercio Exterior brasileño, seguida de diversas Portarías de los Ministerios de Salud y Agricultura adoptadas durante el año siguiente, había dado lugar a serias dificultades entre los socios del MERCOSUR a lo largo del segundo semestre de 1998. A pesar de las manifestaciones de voluntad hechas en pro de una vía política para la solución real de las diferencias, ante la negativa brasileña de eximir formalmente de dicha normativa al comercio intrazona, Argentina decidió hacer uso de los mecanismos para la solución de controversias.

Así, el 1 de febrero de 1999 se constituía el Tribunal Arbitral, fijando su sede en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en Montevideo<sup>362</sup>, haciendo uso del art. 15 del P.B., que señala que aquél "fijará en cada caso su sede en alguno de los Estados Partes"<sup>363</sup>. Establecidas sus reglas de procedimiento, invitó a las Partes a designar sus respectivos Representantes, a constituir sus domicilios en Montevideo<sup>364</sup> y a someter al Tribunal los escritos de presentación (Reclamante) y contestación (Reclamado).

Recibidos los escritos, éstos fueron dados a conocer a la otra Parte por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, ocurriendo lo mismo con las pruebas documentales recibidas. Las Partes fueron escuchadas en audiencia del Tribunal.

---

<sup>362</sup> Fueron designados como árbitros el Dr. Juan Carlos BLANCO (Uruguay) (Presidente), el Dr. Guillermo MICHELSON IRUSTA (Argentina) y el Dr. João GRANDINO RODAS (Brasil).

<sup>363</sup> Obviando, como podemos apreciar, la Decisión del Consejo N.º. 28/94 a la que ya hicimos referencia antes, en cuyo art. 1 se establecía: "Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc, a los que se refiere el artículo del Protocolo de Brasilia, tendrán como sede la ciudad de Asunción". Decisión que habría derogado al art. 15 citado, en virtud de art. 53 del P.O.B.

<sup>364</sup> Los representantes vendrían a ser, por la Argentina, la ministra M<sup>ra</sup>. Cristina BOLDORINI y como alterno el Dr. Daniel Andrés LIPOVETZKY y, por el Brasil, el Sr. Iván RAMALHO.

Después de hacer uso el 15 de marzo de 1999 de la prórroga de 30 días para pronunciarse de conformidad con el art. 20 del P.B. y el art. 21 de su Reglamento, el Tribunal Arbitral dictó, el 28 de abril de 1999, su Laudo Arbitral relativo a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Federativa del Brasil (Parte Reclamada) designada como "Controversia sobre los Comunicados Nº 37 del 17 de diciembre de 1997 y Nº 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco"<sup>365</sup>.

#### **A) Reclamación de Argentina. Denuncia de licencias no automáticas y licencias automáticas condicionadas.**

##### **a) Circunstancias y hechos.**

Argentina manifestaba que tanto el Comunicado Nº 37/97, por el cual Brasil establecía y consolidaba en su sistema de comercio exterior la lista de capítulos y productos de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (N.C.M.) sujetos a *licencia no automática* o a licencia automática con condiciones o procedimientos especiales (*licencia automática condicionada*) como el Comunicado Nº 7/98, que cumplía análoga función con respecto al sector lácteo, eran considerados como una restricción al comercio intrazona, produciendo un efecto inhibitorio y una incertidumbre e inseguridad que afectaban al desarrollo de las corrientes de intercambio.

---

<sup>365</sup> Queremos agradecer la gentileza del Dr. Manuel OLARREAGA, Jefe de Sector Normativa del MERCOSUR, quien, con autorización del Dr. Ramón DÍAZ PEREIRA, Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, nos envió en su momento el texto del Laudo Arbitral.

Al día de hoy, el texto puede ser consultado en la *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 4, agosto 1999, pp. 257-278 (acompañado de una nota de CÁRCOMO LOBO M<sup>º</sup>. T.: "Laudo Arbitral do Primeiro Tribunal Ad-Hoc do Mercosul", pp. 257-259).

En el Comunicado Nº 37/97 se estableció, respectivamente, en su art. 1 y en su Anexo I, el trámite administrativo correspondiente a las operaciones de ciertos productos de importación, estando todas ellas sujetas a licencia no automática (L.N.A.).

Por su parte, el art. 2 establecía el trámite correspondiente a otros productos objeto de importación, especificándose en el Anexo II cuáles de ellos serían los productos sujetos a licencia automática condicionada al cumplimiento de condiciones o procedimientos especiales (L.A.C.). Habría también en el Anexo II un reducido número de productos L.A. sujetas a ciertas condiciones.

El Comunicado Nº 23/98, de 24 de agosto de 1998, eliminó el Anexo II del Comunicado Nº 37/97, reemplazando el tratamiento allí recogido por una remisión al llamado Tratamiento Administrativo de Sistema Integrado de Comercio Exterior (SISCOMEX). De esta forma, los productos sujetos a L.A.C. o L.N.A. no constarían en una forma consolidada sino que el importador deberá recurrir a la información registrada en el sistema SISCOMEX, bastando un simple registro efectuado en el sistema informático para modificar el tratamiento otorgado a un producto, sin publicidad de norma alguna.

Este sistema aumentaría la incertidumbre de los operadores económicos debido a su discrecionalidad para aplicar y modificar el sistema de licencias respecto a las cuales no se establecían criterios para otorgarlas o denegarlas ni el plazo para hacerlo. Se crearía así una protección adicional arancelaria. A ello habría que sumar el costo de la licencia (60 dólares) que debería abonarse por cada posición incluida en la factura. La inseguridad desalentaría al exportador. En síntesis, el Comunicado Nº 37/97 empeoraría las condiciones de acceso al mercado brasileño.

#### **b) Fundamentos jurídicos.**

Los Comunicados Nºs. 37/97, 7/98 y 23/98 establecen medidas equivalentes a restricciones, implicando un incumplimiento de los compromisos establecidos en el Tratado de Asunción, su Anexo I y el

Acuerdo de Complementación Económica Nº. 18 (A.C.E. 18), así como contra las Decisiones del Consejo del Mercado Común Nºs. 3/94 y 17/97.

El núcleo de la demanda radicará en la incompatibilidad de las circulares citadas con lo establecido en el T.A., implicando la restricción del acceso de los productos argentinos al mercado brasileño. Estaríamos ante la sanción de normas contrarias al marco jurídico del MERCOSUR<sup>366</sup>.

El Anexo I al T.A. reforzaría los compromisos al acordar las Partes eliminar a la fecha indicada los gravámenes y demás restricciones al comercio recíproco (art. 1), señalando que se entenderá por restricciones "cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco (art. 2). En este mismo Anexo I, se dispone que las Partes podrán aplicar sólo hasta esa fecha de 31-XII-1994 las restricciones declaradas en las Notas Complementarias al ACE 18.

Brasil había incluido en las Notas Complementarias al A.C.E. 18 la siguiente Disposición General, recogida en portugués aun en las versiones castellanas del A.C.E. 18: "De conformidade com o disposto na Resolução CONCEX 125, de 05/08/1980, e na Portaria 56, de 15/03/1990, do Ministério de Economia, Fazenda e Planejamento, serão expedidas automaticamente, desde que os documentos de importação estejam emitidos corretamente, as Guias de Importação amparando produtos objeto de concessão no presente Acordo". Según Argentina, los pedidos de guías de importación (P.G.I.), que eran

---

<sup>366</sup> El T.A. expresa que el mercado común implica, entre otras cosas, eliminar los derechos financieros y cualquier otra medida equivalente (art. 1) y la supresión durante el período de transición, en el marco del proceso de rebajas arancelarias del Programa de Liberación Comercial, de las restricciones arancelarias, acompañadas asimismo de la eliminación de las restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalente, para llegar el 31-XII-1994 a un arancel cero y sin restricciones no arancelarias sobre todo el universo arancelario (art. 5, aptdo. a).

autorizadas por la Cartera de Comercio Exterior (CACEX), fueron mantenidos en activo hasta el 31-XII-1996, fecha en que fueron sustituidos por el Sistema Integrado de Comercio Exterior.

Argentina no plantea la cuestión de la implantación del SICO-MEX como tal sino el que se incluyeran en él requisitos propios de unas L.A.C. o de unas L.N.A., por entender que constituyen restricciones equivalentes a las ya eliminadas guías de importación; su queja se vería acentuada por la ampliación de productos sometidos a esta condición por medio de las Circulares Nº. 37/97, Nº. 7/98 y Nº. 23/98, por entender que la aplicación del régimen recogido en las Circulares es contraria a la obligación de eliminar las restricciones al comercio o medidas de efecto equivalente, implicando el incumplimiento de los compromisos asumidos en el T.A. (art. 1 y 5, aptdo. a), en el Anexo I al T.A. (arts. 1 y 10) y en el A.C.E. 18 (arts. 1 y 11).

Según Argentina, la Decisión del Consejo del Mercado Común Nº. 3/94, Restricciones no arancelarias<sup>367</sup>, había establecido un compromiso de **statu quo** ("stand still") en dicha materia<sup>368</sup>. En consecuencia, las Circulares cuestionadas serían incompatibles con el compromiso de **statu quo**, dado que: a) el sistema de licencias agravó la situación existente con las guías de información; b) el sistema de L.A.C. y L.N.A. no estaba vigente cuando se aprobó la Decisión Nº. 3/94; c) el nuevo sistema reinstala restricciones anteriores en condiciones más gravosas que las previamente vigentes que inciden negati-

---

<sup>367</sup> DROMI: Código..., Vol. 2, cit., pp. 1317-1412.

<sup>368</sup> Concretamente su art. 4 establecía: "Hasta tanto no se alcance la total armonización de las restricciones no arancelarias, los Estados Parte se comprometen a no aplicar en su comercio recíproco condiciones más restrictivas que las vigentes para el comercio interno y externo". Previamente el Consejo decidía en el art. 2: "Aprobar la propuesta de clasificación en armonizables o eliminables de las restricciones a las importaciones incluidas en el Anexo I. El proceso de armonización y eliminación de estas medidas deberá quedar concluido el 31/12/94". Después del Anexo I aparece un Anexo II dedicado a las Restricciones no arancelarias a las exportaciones. La Decisión del Consejo del Mercado Común Nº. 17/97 reiteraría este compromiso en su art. 6.

vamente en las exportaciones argentinas. La sola existencia de las medidas recogidas en las Circulares produciría un resultado general inhibitorio del comercio al privar de seguridad y certidumbre jurídica. En este sentido, el Protocolo de Brasilia, en su art. 25, habilita al particular a presentar su reclamación ante el solo dictado de la medida sin necesidad, entiende Argentina, de demostrar efectos negativos de la misma, en similitud a la solución adoptada en otros ámbitos internacionales.

Asimismo, Argentina, en relación con algunas manifestaciones efectuadas ante el Comité Técnico reunido de conformidad con el art. 3 del Anexo al Protocolo de Ouro Preto, sostiene, entre otros, que una interpretación funcional del T.A. debe tomar en cuenta el objeto y el fin del mismo en aras del alcance de los compromisos que contiene, y, asimismo, la obligación de eliminar restricciones según las Notas Complementarias del propio Tratado y del A.C.E. 18<sup>369</sup>.

### **c) Conclusiones generales, objeto de la controversia y *petitum*.**

En las Conclusiones generales, Argentina realiza un resumen de lo hasta aquí dicho. Cabría subrayar las dos últimas oraciones con que terminan: "La sola existencia de las exigencias establecidas a través de los Comunicados implica incumplimiento. La sucesión de incumplimientos perjudica el proceso de integración del MERCOSUR"<sup>370</sup>.

Después de afirmar que los Comunicados Nos. 37/97, 7/98 y 23/98 son "manifiestamente incompatibles con los compromisos establecidos en el TA y en la normativa MERCOSUR aprobada en consecuencia"<sup>371</sup>, Argentina pide se disponga que el gobierno de la República Federativa de Brasil, en el plazo a que hace referencia el art. 21 del Protocolo de Brasilia implemente las medidas necesarias para eximir a

---

<sup>369</sup> Párrafo 19 del Laudo.

<sup>370</sup> Párrafo 21 del Laudo Arbitral.

<sup>371</sup> Párrafo 22 del Laudo Arbitral.

las exportaciones originarias y provenientes del MERCOSUR de los requisitos de L.N.A. o L.A.C. establecidos en los Comunicados objeto de la controversia<sup>372</sup>.

**B) Respuesta de Brasil. Presencia de sistemas contables. Inexistencia de licencias no automáticas y licencias automáticas condicionadas.**

**a) Objeto de la reclamación y hechos.**

Para Brasil, el objeto de la reclamación serían únicamente las Circulares N<sup>os</sup>. 37/97 y 7/98, no debiendo ser considerado ningún hecho o argumento relacionado con el Comunicado N<sup>o</sup>. 23/98, instrumento que no constaba en los términos originales de la reclamación. Su inclusión supondría una ampliación extemporánea del objeto que crearía una situación desigual para las Partes.

En cuanto a los hechos, Brasil señalaba que el nuevo modelo de licencias había sido implantado por el gobierno brasileño después de la vigencia en enero de 1997 del SISCOMEX, un sistema de concepción moderna que, con base en la utilización de los medios informáticos, proporcionaría agilidad y transparencia a las importaciones. Este sistema sustituiría al sistema de las guías de importación emitidas necesariamente antes del embarque y tramitadas manualmente ante un agente único, la CACEX. La adopción del nuevo sistema supone un reconocimiento de las reglas y prácticas internacionales de comercio. El Comunicado N<sup>o</sup>. 37/97 condensaría los perfeccionamientos de la normativa realizados para adecuarla al nuevo contexto internacional<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> Párrafo 23 del Laudo Arbitral.

<sup>373</sup> Continuaría afirmando Brasil: "El Comunicado N<sup>o</sup> 37 fue concebido como un manual de informaciones para los importadores siguiendo los criterios de transparencia aceptados por la comunidad internacional y no establece reglas nuevas. Su estructura se ajusta a los criterios de la OMC previstos en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Licenciamiento de las Importaciones. Prevé sólo dos procedimientos

Para Brasil, el régimen de las guías de importación se basaba en el criterio de que la totalidad de los bienes estaba sujeta a guía, salvo algunas excepciones, mientras que el nuevo sistema adoptaría el criterio opuesto. Para la mayoría de los productos las licencias serían automáticas e instantáneas.

El Comunicado Nº. 23/98, según Brasil, fuera del alcance del Tribunal, vendría a ser una norma de carácter operacional, la cual no amplía ni reduce la lista de productos sujetos a licencia, limitándose a indicar dónde se puede encontrar esa lista.

Después de exponer una serie de datos estadísticos, concluye Brasil afirmando que no pone obstáculos "al comercio en general y mucho menos al MERCOSUR o a Argentina específicamente, cuyo crecimiento es mayor que en el resto de los intercambios. Los datos revelan que el MERCOSUR es socio preferencial de Brasil. El intercambio crece, especialmente entre Argentina y Brasil"<sup>374</sup>.

#### **b) Fundamentos jurídicos.**

El T.A. puede ser considerado, según Brasil, un acuerdo marco, en el cual se trazan unos objetivos y los mecanismos para alcanzarlos. Sus disposiciones en general programáticas no son en su mayoría jurídicamente auto-aplicables. El objetivo de conformar al 31 de diciembre de 1994 un Mercado Común debía ser alcanzado gradualmente

---

para el licenciamiento de las importaciones: automático (LA) y no automático (LNA). En el Anexo II da la lista de los productos sujetos a LNA y también informa sobre productos que con LA están sujetos a procedimientos en la fase de despacho aduanero. En estos últimos el licenciamiento es de hecho instantáneo y equivale a un registro estadístico. Sólo da información necesaria al importador sobre controles - inspecciones sanitarias, por ejemplo- que ya existían antes de la vigencia del nuevo sistema. Además, las referencias en el Anexo II a capítulos no siempre significan que la totalidad de los bienes comprendidos en el mismo están sujetos a LNA. En resumen, la mayor parte de los ítems tarifarios están sujetos a LA, que es aprobada instantáneamente, con una finalidad de registro estadístico" (Párrafo 26 del Laudo Arbitral).

<sup>374</sup> Párrafo 33 del Laudo Arbitral.

mediante acuerdo de las Partes sobre las normas y políticas al efecto<sup>375</sup>.

Bajo esta óptica deben de ser comprendidos el art. 5 del T.A. que establece un programa de liberación comercial para llegar a esa fecha con un arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario y el Anexo I al T.A. que, en esa línea, establece los compromisos específicos del programa de liberación. Posteriormente, las Partes procedieron a una reevaluación conjunta y consensuada del plazo previsto para conformar el Mercado Común y establecieron el compromiso de conformar al 1 de enero de 1995 una unión aduanera y no un mercado común<sup>376</sup>. Como corolario, resultaron redefinidos los otros objetivos y cronogramas que estaban condicionados a la meta original, entre ellos la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias dentro del MERCOSUR<sup>377</sup>. Esta reordenación del MERCOSUR implicó alteraciones en su propio Tratado constitutivo, al punto que el Protocolo de Ouro Preto formalizó en su art. 53 los cambios ocurridos al disponer la derogación de las disposiciones del Tratado de Asunción que estén en conflicto con el contenido de las Decisiones aprobadas por el C.M.C. durante el período de transición<sup>378</sup>.

El compromiso de eliminar las restricciones no arancelarias (art. 10 del Anexo I del T.A. y art. 11 del A.C.E. 18) debería implementarse en el ámbito de un Mercado Común. No obstante, permaneciendo la conformación de éste todavía como un objetivo a largo plazo, no hay obligación de eliminar ninguna de las medidas en las Notas Com-

---

<sup>375</sup> Párrafo 34 del Laudo Arbitral.

<sup>376</sup> Consolidación de la Unión Aduanera y Transición al Mercado Común, Anexo I al Acta de la V Reunión del C.M.C., Colonia de Sacramento, 17/1/94.

<sup>377</sup> En el caso de las restricciones arancelarias el C.M.C. aprobó el Régimen de Adecuación con listas de productos que estarán sujetos a aranceles hasta 1999, pese a que el cronograma de desgravación del comercio intra-zona estaba definido en detalle en el Anexo I al T.A. (C.M.C. Decisiones Nº.s 5/94 y 24/94).

<sup>378</sup> Párrafo 35 del Laudo Arbitral.

plementarias de Brasil, entre las cuales se incluían la necesidad de guías de importación y de diversas autorizaciones previas. Aun desvinculando el compromiso de eliminar las restricciones del "ámbito del Mercado Común", ello no implicaría la eliminación de todas las medidas listadas en las Notas Complementarias sino sólo de las medidas que constituyeran restricciones al comercio, listadas o no. Por eso, las Partes del MERCOSUR, al avanzar en el tema de las medidas no arancelarias en el contexto de la zona de libre comercio y de la unión aduanera abandonan la noción de eliminación de todas las restricciones no arancelarias y pasan a trabajar con la noción de eliminación o armonización de restricciones no arancelarias (C.M.C., Decisión Nº. 3/94<sup>379</sup>).

A continuación son presentadas una serie de alegaciones en relación con la Decisión Nº. 3/94, aduciendo que no se está ante un compromiso de "stand still" y sí ante un compromiso de tratamiento nacional y de nación más favorecida para las importaciones dentro del MERCOSUR y que las medidas tomadas no encajan en el concepto de restricciones del art. 2, aptdo. b del Anexo I del T.A., exigiendo, por otra parte, a Argentina la prueba del carácter restrictivo-disminución del tráfico comercial de las medidas, algo que ésta al menos pretendió, entendemos, en sus alegaciones y que, por lo demás, no se pide en el citado art. 2, aptdo. b, mediante el cual se define: "por "restricciones", cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte *impida o dificulte*, por decisión unilateral, el comercio recíproco. No quedan comprendidas en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980"<sup>380</sup>. La dificultad que, en principio, solerá llevar

---

<sup>379</sup> Párrafo 36 del Laudo Arbitral. En virtud del art. 53 del Protocolo de Ouro Preto, esta Decisión derogó el art. 10 del Anexo I al T.A. Los expertos uruguayos en el Comité Técnico que examinó la reclamación argentina sostuvieron conclusiones en la misma dirección.

<sup>380</sup> El entrecomillado y las cursivas son nuestras.

consigo una disminución del tráfico comercial no tiene por qué ir necesariamente acompañada, pensamos, de tal disminución para que pueda ser calificada como tal. Para Brasil, aun admitiendo variaciones en el flujo comercial, éstas serían "un fruto de la dinámica del mercado y de la menor actividad de la economía brasileña. Aunque se admitiera el compromiso de "stand still", no se prueba que la introducción del procedimiento de licencias implique condiciones más restrictivas que las anteriores"<sup>381</sup>.

### c) Conclusiones y *petitum*.

En sus conclusiones Brasil reitera parte de la argumentación extractada que hemos expuesto, si bien con alguna afirmación de tipo general como la siguiente: "El TA depende para su ejecución de la adopción gradual de normas con compromisos específicos. El TA y el ACE 18 fueron modificados por normas posteriores tanto en el sistema como en el cronograma para la consideración de las medidas y restricciones no arancelarias"<sup>382</sup>.

En su **Petitum** Brasil solicita que sea declarada por el Tribunal la improcedencia de la reclamación interpuesta por la Argentina "por ser los Comunicados cuestionados compatibles con los compromisos establecidos por el TA y por las normas MERCOSUR aprobadas en consecuencia"<sup>383</sup>.

---

381 Párrafo 39 del Laudo Arbitral.

382 Párrafo 43 del Laudo Arbitral.

383 Párrafo 45 del Laudo Arbitral.

### **C) Considerandos del Tribunal. Contribución del Laudo a la determinación de la naturaleza y alcance obligatorio del Derecho del MERCOSUR.**

#### **a) Fundamentos de hecho y de derecho. Derecho aplicable.**

Empieza el Tribunal afirmando que la profundidad y amplitud de las fundamentaciones jurídicas alegadas, indica además, claramente, que la tarea del Tribunal no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del MERCOSUR (art. 41 P.O.P.), interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos asumidos por los Estados Partes explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador común<sup>384</sup>.

El Tribunal, tras subrayar en los párrafos siguientes la necesidad de una interpretación teleológica, pasa a defender la conveniencia de examinar por su parte también el Comunicado N<sup>o</sup>. 23/98, advirtiendo al efecto que resulta claro que, tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, imponen que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores, debiendo los escritos de presentación y de contestación ante el Tribunal de ajustarse a esa regla. Pero, en el caso presente, entiende el Tribunal Arbitral que no hay ingreso de ninguna cuestión nueva. La inclusión del Comunicado N<sup>o</sup>. 23/98 no altera los términos de los planteamientos efectuados ante la C.C.M. y el G.M.C.

---

<sup>384</sup> Párrafo 49 del Laudo Arbitral. El Tribunal asume, como subraya PEROTTI, "la consecución de objetivos y fines no sólo expresos sino también "implícitos"<sup>384</sup>, lo cual nos colocaría ante la conocida doctrina de los poderes implícitos ("implied powers") de origen en la Corte Suprema de los Estados Unidos y con aplicación reiterada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ("Breves apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, N<sup>o</sup> 3, junio de 2000, p. 123).

y la discusión es substancialmente la misma<sup>385</sup>. A su vez, en términos puramente formales, el Comunicado Nº. 37/97 vigente ahora -y parte no objetada de la controversia- contiene el tratamiento a las importaciones indicado por el Comunicado Nº. 23/98. Por lo tanto, si bien no podrá ampliarse la controversia a aspectos o temas no planteados en las instancias previas a la arbitral, tampoco podrá dejarse de considerar en ésta la materia discutida en las etapas anteriores en razón de cambios en los actos jurídicos que contienen aquella materia, si la cuestión controvertida se mantiene en los nuevos actos jurídicos como es en este caso. “Una solución contraria –indica el Tribunal– conduciría a la posibilidad de que por cambios formales sucesivos en los actos administrativos nunca se pudiera llegar a un pronunciamiento arbitral sobre el fondo”<sup>386</sup>.

Después de las interesantes afirmaciones recogidas en el párrafo anterior, desarrolla el Tribunal Arbitral lo que denomina como marco conceptual internacional, en el que recuerda la virtualidad de los principios de **pacta sunt servanda** y de buena fe, y de seguridad jurídica<sup>387</sup>.

---

385 Párrafo 53 del Laudo Arbitral.

386 Párrafo 54 del Laudo Arbitral.

387 “En primer lugar ha de considerarse el principio del cumplimiento de los tratados –**pacta sunt servanda**– “norma fundamental” originaria del Derecho Romano, aceptada por los clásicos como Anzilotti, Kelsen y Verdross y recogida por primera vez en un texto positivo del Derecho Internacional en el artículo 26 de la Convención de Viena. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que dicho cumplimiento deberá realizarse de buena fe, principio éste unido al de **pacta sunt servanda** en el artículo citado y ratificado por abundante y pacífica jurisprudencia de los Tribunales Internacionales... Incluyendo en el concepto de buena fe no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos, cosas que no están evidentemente en juego en la especie, sino la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas” (Párrafo 56 del Laudo Arbitral).

La importancia del principio de seguridad jurídica para el proceso de integración –subrayada en el párrafo 60 del Laudo– fue puesta de manifiesto por PUCCINI CAMINHA, M<sup>h</sup>.C.: “Os laudos arbitrais do Mercosul e a jurisprudência das Comunida-

### b) El Tratado de Asunción y su sistema normativo. “Derecho directivo” y “Derecho operativo”.

Los conceptos expuestos se aplican al T.A. y demás normas que configuran el sistema de integración del MERCOSUR. La arquitectura del T.A. y de sus Anexos muestra claramente una combinación de normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo<sup>388</sup>. Hay por tanto normas que fijan objetivos y principios que con vocación de permanencia encuadran y guían la actividad de las Partes hacia y en el MERCOSUR. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las Partes podrán ir modelando el proceso de integración. “Finalmente, subraya el Tribunal Arbitral, hay otras disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados. Estas, principalmente contenidas en los Anexos, juegan el papel de instrumentos dinamizadores del proyecto integracionista, el impulso operativo que sin necesidad de ningún acto adicional de las Partes da de entrada un gran salto adelante. A su vez, el sistema del T.A. ha sido ratificado, desarrollado y perfeccionado en el Protocolo de Ouro Preto<sup>389</sup>.”

De acuerdo con los planteamientos recogidos en el párrafo anterior, el programa de liberación comercial sería una pieza estratégica en

---

des Européas”, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº 5, octubre de 2000, 175.

El principio de *lealtad o solidaridad comunitaria* sería encarnado por el art. 38 del P.O.P. (PEROTTI: “Breves apuntes...”, cit., p. 124). Para MANGAS MARTÍN, el art. 2 del T.A. pondría en entredicho la existencia del principio de lealtad comunitaria en el MERCOSUR (MANGAS MARTÍN: “Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política comparada”, *Revista Jurídica de la Universidad de Buenos Aires*, Nº. I-II-III, 1997, p. 15).

<sup>388</sup> Como señala Sergio Abreu, el T.A. va más allá de un tratado marco, constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un “derecho directivo” con bases jurídicas generales y “un derecho operativo” constituido por compromisos concretos (*El Mercosur y la integración*, fcu, Montevideo, 1991 p. 47).

<sup>389</sup> Párrafo 64 del Laudo Arbitral.

la configuración del MERCOSUR. Establecidas las restricciones arancelarias y no arancelarias con un carácter irreversible y con una fecha final, la liberación comercial se constituiría en una masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el mercado común<sup>390</sup>.

En congruencia con esta interpretación, los cinco Anexos al T.A. contienen obligaciones concretas y autoejecutables<sup>391</sup>. El Tribunal se refiere también a otros instrumentos señalados en el art. 5 del T.A. para constituir el mercado común: coordinación de políticas macroeconómicas, arancel externo común y acuerdos sectoriales. En ellos se indica la gradualidad y la convergencia de la coordinación macroeconómica con la desgravación arancelaria y la eliminación de las restricciones no arancelarias, subrayándose así, señala el Tribunal, el papel rector en el proceso de integración del desmantelamiento efectivo de las restricciones arancelarias y no arancelarias, a cuyo ritmo se debe acompasar el avance en las demás áreas de ese proceso de integración.

Las restricciones arancelarias, siguiendo un calendario de desgravaciones lineales que opera automáticamente, progresivamente deben decender hasta llegar al arancel cero; pero en el caso de las restricciones no arancelarias no se establece un procedimiento específico sobre la forma de hacerlo efectivo, si bien se dispone que deberá estar totalmente cumplido en idéntica fecha que el desarme arancelario. La fecha sería el 31-XII-1994 de acuerdo con una obligación con-

---

390 "La importancia capital del programa de liberación es subrayado hasta al punto que en caso de denuncia del TA, cesarán para el Estado que la ejerza los derechos y obligaciones emergentes de su condición de Parte, "manteniéndose los referentes al programa de liberación" por un lapso de dos años (TA, arts. 21 y 22)" (Párrafo 67 del Laudo Arbitral).

391 De ellos, tres se refieren a aspectos medulares del comercio (I. Liberación comercial, II. Origen y IV Salvaguardias) y definen las obligaciones específicas de las Partes al respecto. Los otros dos, Anexo III. Solución de controversias, y V. Grupos de Trabajo, apuntan asimismo a facilitar el comercio, demostrándose así la voluntad de despejar desde el comienzo posibles obstáculos, dictando al respecto reglas fijas y obligatorias.

creta para las partes y no una mera indicación programática o declarativa<sup>392</sup>. La fecha para la eliminación de las restricciones no arancelarias es reiterada en el art. 10 del Anexo I al T.A. y en el art. 11 del A.C.E. 18. La eliminación de los aranceles y de las restricciones no arancelarias, advierte el Tribunal, se revelan como aspectos indisolublemente unidos.

**c) Postergación de la fecha para la conformación del Mercado Común. Unidad del desarme arancelario y no arancelario. La plenitud del efecto útil.**

A comienzos de 1994, se estaba muy lejos de alcanzar la libre circulación de todos los factores y de la coordinación de las políticas macroeconómicas, mientras que el arancel externo común no había sido establecido. Únicamente la desgravación arancelaria avanzara rápidamente, aunque subsistían excepciones y dificultades respecto a algunos productos más sensibles<sup>393</sup>.

Examinada la situación por las Partes, se dio lugar al documento titulado "Consolidación de la Unión Aduanera y Tránsito del Mercado Común", recogido principalmente en el P.O.P., en las decisiones del C.M.C. N<sup>o</sup>s. 13/93, 3/94, 5/94 y 24/94 y en la Resolución N<sup>o</sup>. 48/94 del G.M.C.<sup>394</sup>. El objetivo de la conformación de un Mercado Común permanece, si bien más distante y sin fecha concreta de cumplimiento.

---

<sup>392</sup> El art. 5, aptdo. a) del T.A. resulta bien claro: "Un Programa de Liberación Comercial, que consistirá en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalente, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados Partes, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario (Anexo I)".

<sup>393</sup> Respectivamente, art. 1, apdo. segundo, art. 5 páfos b y c del T.A.

<sup>394</sup> El texto de la Decisión N<sup>o</sup>. 13/93 en DROMI: *Código...* Vol. 2, cit., pp. 1312-1316; el texto de la Decisión N<sup>o</sup>. 5/94 en el Vol. 2, pp. 1413-1414; la Decisión N<sup>o</sup>. 24/94 en el Vol. 3, pp. 2534-2536. Resolución N<sup>o</sup>. 48/94 en el Vol. 4, pp. 3547-3549.

Las Partes, prosigue el Tribunal Arbitral, reafirmaron su compromiso con el programa de liberación comercial. Esta posición resulta congruente con las Decisiones N<sup>os</sup>. 5/94 y 24/94 sobre el "Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera". Dicho régimen, al tiempo que resuelve algunas de las dificultades que se habían presentado en la eliminación de los gravámenes arancelarios y en el régimen de excepciones y salvaguardias, establece un plazo final para completar, mediante desgravaciones lineales y automáticas, la total eliminación de los aranceles en el comercio intra-MERCOSUR. El plazo, que comienza a correr el 1 de enero de 1995, es de cuatro años para Argentina y Brasil y de cinco para Paraguay y Uruguay, expirando por consiguiente para la totalidad del MERCOSUR el 31 de diciembre de 1999. A esa fecha la totalidad de los productos del universo arancelario circularán en el área libre de gravámenes arancelarios<sup>395</sup>. Asimismo, las salvaguardias existentes podrían gozar de un plazo de desgravación, lineal y automático, partiendo de los respectivos aranceles nominales totales vigentes, que iría desde el 1 de enero de 1995 al 1 de enero de 1999.

Si fuese abandonado el paralelismo entre la eliminación de las restricciones arancelarias y las restricciones no arancelarias, la consecución del desarme arancelario carecería de todo sentido y estaría en crisis el fundamento mismo del MERCOSUR. Sin duda, "sería contradictorio que la eliminación de las restricciones no arancelarias (RNA) quedara al arbitrio unilateral de las partes, perdería sentido el programa de liberación comercial. Se perdería la plenitud del efecto útil"<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Párrafo 77 del Laudo Arbitral. La misma regla rige en los gravámenes arancelarios que de conformidad con el art. 2 de C.M.C. Dec. N<sup>o</sup> 24/94 no podrán aplicarse a los productos comprendidos en el Régimen de Adecuación".

<sup>396</sup> Párrafo 77 del Laudo Arbitral.

Una interpretación armónica del sistema llevaría a que el desmantelamiento no arancelario suceda necesariamente en paralelo con el arancelario, concluyendo junto con éste<sup>397</sup>.

La demora en adelantar la eliminación de las restricciones no arancelarias revela varias dificultades unidas a su propia dificultad intrínseca. En las Notas Complementarias al A.C.E. 18 los Estados Partes registraron todas las restricciones aplicables al comercio, vigentes a la fecha del T.A., las cuales debían ser eliminadas al 31 de diciembre de 1994; pero entre esas medidas estaban tanto las que implicaban restricciones propiamente dichas al comercio de naturaleza no arancelaria como aquellas otras que responden a un ejercicio normal de competencias de los Estados, sin finalidad comercial. Ello determinaría una compleja discusión acerca de cuáles son las disposiciones restrictivas y cuáles no.

El T.A. y su sistema normativo se encuentran inscriptos en el Tratado de Montevideo de 1980, en cuyo ámbito, bajo la forma del A.C.E. 18, aparecen legitimadas las disposiciones preferenciales del MERCOSUR. El art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 señala las medidas que los Estados pueden adoptar y aplicar al objeto de proteger determinados valores de naturaleza no comercial<sup>398</sup>. Se de-

---

<sup>397</sup> Ello debería ocurrir a más tardar el 31-12-99, fecha de terminación del programa de liberación comercial.

<sup>398</sup> El art. 50 del Tratado de Montevideo dispone: "Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: a) Protección de la moralidad pública; b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares; d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y vegetales; e) importación y exportación de oro y plata metálicos; f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear".

duce claramente que sólo las medidas de esta naturaleza podrán mantenerse más allá de la fecha en la que deberá completarse la liberación comercial<sup>399</sup>.

Por otra parte, la mera incorporación a las operaciones de comercio exterior de nuevas tecnologías y nuevos sistemas informáticos

---

Evidentemente, la consecución del debido equilibrio en la aplicación del art. 50 podrá presentar algún problema. RÚA BOIERO ve en este artículo un amplio "paraguas" bajo el cual podría intentarse el mantenimiento, la introducción o la reintroducción de medidas restrictivas (RÚA BOIERO, R.R.: "El Primer Laudo Arbitral del Mercosur: Game Over", *La Ley* (Buenos Aires), 5 de junio de 1999). De esta preocupación se hace también eco DALLA VIA: "El Primer Laudo Arbitral del Mercosur", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 4, agosto de 1999, p. 106.

<sup>399</sup> Ahora bien, el Tribunal las entiende posibles con dos precisiones: "(a) Aun así, sólo serán compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR, como en general con un proceso de integración, aquellas medidas efectivamente "destinadas" a proteger esos bienes -como lo dice el art. 11- no debiendo por tanto incidir en el comercio. Conclusión que la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad, según recoge Soldatos (...), viene a confirmar al rechazar el establecimiento de condiciones o formalidades para la importación, cualquiera que fuere su forma, que distorsionen el comercio o "cuando esas medidas golpean más, formalmente o en la práctica, a los productos extranjeros o no están proporcionadas con el fin perseguido" y (b) Habrá de continuarse el proceso de armonización de esas medidas, como lo indican entre otras las Decisiones C.M.C. Nº. 3/94 y 17/97. Todas las demás medidas no arancelarias aplicadas al comercio intra-MERCOSUR deberán ser eliminadas a más tardar al fin del plazo del período de adecuación" (Párrafo 81 del Laudo Arbitral). Observemos que el Tribunal no ve inconveniente en referirse a la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea, así sea de forma indirecta. Esta referencia, contra lo que pudiera pensarse, resulta un exponente de madurez en unos árbitros que no dudan en buscar la solución argumental allí donde pudieran hallarla sin ningún tipo de complejos.

La necesidad, por una parte, de evitar la no distorsión, los desequilibrios, la desproporcionalidad y, por otra, de continuar su armonización en el ámbito de las medidas no arancelarias supone una serie de objetivos que demandan una continua atención de importancia singular que ha llevado a EKMEKDJIAN a sostener que "la razonabilidad de estas medidas debe ser susceptible de control por un tribunal de justicia del MERCOSUR, para evitar que, so pretexto, v.gr. de proteger la salud animal o vegetal, se impida la importación de productos de otros países de la región, como modo de evitar la competencia con los productos nacionales" (EKMEKDJIAN, M. A.: "Comentario al primer laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Mercosur", *El Derecho*, T. 183, p. 402).

ajustados a las pautas precedentes no son consideradas por el Tribunal Arbitral restricciones no arancelarias.

El Tribunal advierte que la línea argumental seguida es de aplicación igualmente a las medidas contenidas en las Notas Complementarias al A.C.E. 18, así como a cualesquiera otras que se hubieran establecido o restablecido desde entonces. "Reconociendo el papel central de la liberación comercial en el cumplimiento de los fines y objetivos del MERCOSUR, la naturaleza inseparable de sus vertientes arancelaria y no arancelaria y la obligación de eliminar totalmente las restricciones en ambas, concluyendo el proceso en la misma fecha, es un corolario natural de ello que no quepa restablecer restricciones no arancelarias eliminadas o imponer nuevas. Como no podrían restablecerse los aranceles"<sup>400</sup>.

#### **D) Decisión.**

En las Conclusiones el Tribunal Arbitral resume de forma muy sucinta el hilo argumental desarrollado anteriormente. Habida cuenta de ello la decisión del Tribunal se sintetiza en los siguientes puntos:

(i) La controversia planteada ha de situarse en el conjunto normativo del MERCOSUR, interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados asumieron en el marco de un proyecto integrador común.

(ii) La cuestión objeto de la controversia es la compatibilidad del régimen de licencias con el conjunto normativo del MERCOSUR.

(iii) Los instrumentos internacionales que configuran procesos de integración y las obligaciones resultantes de ellos han de ser interpretados en forma teleológica, teniendo presente los fines, objetivos y principios del sistema de integración, aun en ausencia de normas de carácter supranacional.

---

<sup>400</sup> Párrafo 83 del Laudo Arbitral.

(iv) El T.A. y su sistema normativo contienen disposiciones que establecen objetivos y principios; que crean órganos para desarrollar la integración; y que fijan obligaciones concretas para los Estados. Entre éstas últimas se halla el programa de liberación comercial que debe ser completado tanto en lo arancelario como en lo no arancelario.

(v) El programa de liberación comercial tiene un papel central en el T.A. y su sistema normativo al atacar el principal escollo tradicional para los esfuerzos de integración y al ser así pilar de las demás acciones en el MERCOSUR.

(vi) El programa de liberación comercial está formado tanto por el abatimiento de aranceles hasta llegar a cero en todo el universo arancelario como por la eliminación de todas las R.N.A. y equivalentes. Las Partes están obligadas a completar en la misma fecha ambos aspectos de la liberación comercial que además están indisolublemente unidos.

(vii) La eliminación total de todas las R.A. y N.A. o medidas de efectos equivalentes u otras restricciones al comercio entre los Estados Partes deberá ocurrir a más tardar el 31 de diciembre de 1999, fecha en la cual se completa el Régimen de Adecuación y con él el fin de las R.A.

(viii) La obligación de eliminar las medidas N.A. no alcanza a aquéllas comprendidas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, siempre que estén destinadas a los fines allí indicados y no configuren obstáculos comerciales, según lo señalado en el párrafo 81. Las medidas bajo el artículo 50 deberán ser armonizadas.

(ix) La obligación de eliminar las R.N.A. alcanza tanto a las existentes al tiempo del T.A. como a las posteriores, ya sean éstas nuevas o anteriores restablecidas.

(x) Las licencias no automáticas solamente son compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR en tanto correspondan a medidas adoptadas bajo las condiciones y con los fines establecidos en el

artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 y con las precisiones establecidas en el numeral (viii) de estas conclusiones<sup>401</sup>.

En consecuencia, el Tribunal, por todo lo expuesto y de acuerdo con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y las normas y principios jurídicos aplicables, así como las Reglas de Procedimiento del Tribunal... "acogiendo parcialmente la reclamación. Decide por unanimidad lo siguiente"<sup>402</sup>:

I. El régimen de licenciamiento objeto de la controversia deberá ajustarse a los criterios establecidos en el numeral 85 precedente (Conclusiones), y en particular a sus párrafos (vi), (vii), (viii), (ix) y (x). El plazo al efecto será hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

II. Los costos del procedimiento arbitral serán sufragados por las Partes en la controversia de acuerdo con el art. 24 del Protocolo de Brasilia, de forma que cada Estado se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del Arbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en la ciudad de Montevideo, dentro de los treinta días de la notificación del laudo<sup>403</sup>.

---

401 Párrafo 85 del Laudo Arbitral.

402 El Tribunal no explica el por qué acoge "parcialmente" la reclamación argentina cuando la demanda parece ser acogida *in totum*. Tal vez la explicación esté en el plazo hasta el 31 de diciembre de 1999 concedido a Brasil para ejecutar el Laudo, presuponiendo que la reclamación argentina implícitamente y lógicamente buscase la más rápida ejecución dentro del plazo de quince días a que se refiere el art. 21 del P.B. Claro está que este mismo artículo concede al Tribunal la facultad de fijar otro plazo como así hizo en el caso presente.

403 Respecto a las costas dejaremos en el aire la pregunta de si tal vez no hubiera sido más ponderado en este Laudo —o en otro— que el Tribunal adjudicase la compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos en distinta proporción entre los Estados en controversia, de manera que el Estado vencido, desestimado, o aun parcialmente

III. Las actuaciones de la presente instancia arbitral serán archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y quedarán bajo su custodia.

### E) Reflexiones.

La oportunidad de este primer Laudo Arbitral vino a ser un hecho positivo<sup>404</sup> para quienes entendían que lo aconsejable no era tratar de solucionar cada problema mediante la reducción exclusiva a la negociación, por miedo a dar una mala imagen del proceso de integración, sino que era necesario también recurrir al mecanismo del arbitraje, entendiendo que ello vendría a fortalecer la integración habida cuenta de que suponía un factor de disuasión para las políticas fácticas de los hechos consumados. Por primera vez los Estados Partes sometieron sus diferencias a una instancia jurisdiccional, viniendo el fallo a suponer un inédito precedente jurídico en pro del libre comercio subregional

Estamos, pues, ante un hecho saludable para el MERCOSUR. A pesar de los momentos de conflictividad existentes con anterioridad, no se había activado nunca la última posibilidad que representa el Tribunal Arbitral interpretando y aplicando las reglas vigentes como una "tercera parte" al margen de los Estados Partes en la controversia. El Laudo Arbitral, construido con una sólida fundamentación jurídica

---

vencido sufrague más de la mitad de la cuantía, haciendo uso de sus facultades en el marco del art. 24 del P.B. Por lo que respecta a las compensaciones de los otros dos árbitros, de las que nada se dice en el Laudo, entendemos que ellas están incluidas entre los "demás gastos del Tribunal", lo cual concuerda con el art. 31 del Reglamento del Protocolo de Brasilia, cuando dispone, como ya vimos, que: "los gastos del Tribunal Arbitral comprenden la compensación pecuniaria del Presidente y de los demás árbitros así como los gastos de pasaje, costos de traslado, viáticos, notificaciones y demás erogaciones que demande el arbitraje" (Cursivas nuestras).

<sup>404</sup> Como "inteligente y oportuno" fue calificado por PEÑA: "Un fallo inteligente y oportuno", Comercio Exterior, sección 5ª de *La Nación*, 25 de mayo de 1999, p. 3; como "un avance en el proceso de integración del Mercosur" por MARCHESINI, G. M.: "Primer laudo arbitral del Mercosur", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 6, diciembre de 1999, p. 196.

ca, vino a suponer una saludable reafirmación de lo normativo frente a lo político<sup>405</sup>.

Es de destacar la vocación teleológica que desprende el Laudo Arbitral, propiciando la búsqueda del efecto útil del T.A., todo ello en el marco de una interpretación armónica y sistemática que conjuga el desmantelamiento no arancelario en paralelo con el arancelario<sup>406</sup>. Esta metodología posibilita la percepción del Derecho intergubernamental del MERCOSUR no como un conglomerado de normas sino como una estructura lógica que conlleva la necesidad de apreciar tanto los objetivos explícitos como aquéllos que resultan implícitos en el T.A. Fruto del sentido finalista que encierra el Laudo resultará ser la vinculación que hace de la aplicación de las normas con el contexto dado, lo cual se revelará como inexcusable en un proceso de integración, por naturaleza inmerso en una compleja y cambiante realidad.

Huye el Tribunal de una aplicación mecánica de las normas y expresa su labor interpretativa en la identificación de aquellos derechos y obligaciones emergentes de un conjunto normativo de formación sucesiva que, siempre atento a una realidad económica cambiante, habrá de ser interpretado **in totum** desechando el aislamiento propio de visiones parciales. El Tribunal Arbitral llega incluso a sostener la aplicación, así sea de forma no absoluta, del principio comunitario **in dubio pro comunitate**, principio en agraz con cierto predicamento doctrinal en el ámbito del MERCOSUR, cuya aplicación sería pertinente "cuando se presenten situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte de la estructura jurídica y se hace necesario colmar las insuficiencias"<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> FLOREAL GONZÁLEZ: "El Laudo y las limitaciones del sistema de solución de controversias del Mercosur", *La Ley*, Buenos Aires, Año LXIII, N<sup>o</sup>. 163, 27 de agosto de 1999, p. 1.

<sup>406</sup> Cfr. MIDÓN, M.A.R.: "El debut jurisdiccional en el Mercosur. A propósito del Primer Laudo Arbitral a la luz del Protocolo de Brasilia", *La Ley*, Buenos Aires, Año LXIII, N<sup>o</sup>. 161, miércoles 25 de agosto de 1999, p. 2.

<sup>407</sup> Párrafo 58 del Laudo Arbitral.

Entendemos que procede subrayar asimismo algunas cuestiones recogidas en las Conclusiones y en la Decisión. En primer lugar, no deberá pasar desapercibida, en cuanto al campo normativo de referencia para el Tribunal Arbitral, la mención a "las normas y principios jurídicos aplicables", aproximándose al lenguaje del art. 19 del P.B. que nos decía que el Tribunal debe decidir la controversia "sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia". En todo caso, el Tribunal Arbitral mantiene una visión abierta del campo normativo a aplicar en función de los objetivos del Tratado de Asunción -el que a pesar de no ser citado expresamente en ese campo normativo recogido en las conclusiones, constituye el **ratio essendi** de la sentencia impregnándola en todo momento-, objetivos a cuya consecución el Tribunal colabora con una interpretación finalista que, sin duda, debería dar pie, en buena medida, a un similar modo de actuar en otros fallos.

En sede de principios, a nuestro juicio, procede subrayar en este Laudo, la aportación del Tribunal Arbitral, sobre la base de los principios **pacta sunt servanda**<sup>408</sup>, *buena fe, seguridad jurídica* -como impedimento a la dejación unilateral de las obligaciones convencionales- y *efecto útil* del proceso integrador<sup>409</sup>, en pro del reconocimiento implícito de la *construcción del principio de primacía o supremacía* del Derecho del MERCOSUR -con desigual acogida, como vimos, en las correspondientes Constituciones-, no pudiendo, en consecuencia, los Estados de la región aplicar normas contrarias al ordenamiento regio-

---

<sup>408</sup> Es de subrayar la referencia que el Tribunal hace al art. 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados aun en el supuesto de su no ratificación por Brasil, quien, no obstante, ya la había firmado tempranamente en 1969. Sin duda el Tribunal tiene presente la componente declarativo-consuetudinaria de dicha Convención. Argentina la había ratificado el 5-XII-1972, Paraguay el 3-II-1972 y Uruguay el 5-III-1982.

<sup>409</sup> El tribunal define el principio del efecto útil como la posibilidad de "escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquella que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin" (Párrafo 61 del Laudo).

nal. A pesar de la falta de un pronunciamiento expreso por parte del Laudo, dicho principio de primacía —eje central del Laudo Arbitral— esta recogido en la conclusión IV de éste cuando se refiere a las *obligaciones concretas* que para los Estados impone el T.A. y su sistema normativo. El principio de supremacía arranca de la naturaleza de norma internacional que comporta el T.A. y, en términos expresos, por lo que se refiere al Derecho derivado, de los arts. 42 y 38 del P.O.P., al referirse el primero al carácter obligatorio de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR mientras que el segundo lo hace al compromiso de los Estados para asegurar en sus territorios el cumplimiento de dicha normativa.

Estimamos conveniente señalar que las Partes, al exponer los fundamentos de hecho, no coinciden, como es de esperar en una controversia, en la valoración de los hechos y, asimismo, el Tribunal Arbitral en sus Fundamentos de hecho y de derecho, Conclusiones y Decisión no hace valoraciones fácticas de los Comunicados controvertidos. Así pues, la sentencia arbitral, que entendemos ajustada a derecho, habrá necesitado de alguna dosis adicional del Tribunal Arbitral de "lealtad al proceso de integración", complementaria de la actuación habida por las partes en el procedimiento arbitral, por lo demás, "ceñida a la más estricta lealtad procesal", según recoge el Tribunal Arbitral en el párrafo 48 de su Laudo. Decimos esto porque acogida parcialmente la reclamación, la concreción material de lo *no acogido* podría presentar algún problema. En ese sentido, si bien el Tribunal pudo avanzar algo más en el terreno fáctico, parece como si no hubicse querido o, tal vez, no hubiese podido *adentrarse*, más allá de lo estrictamente necesario, en el momento del estudio detallado de los Comunicados. En todo caso, aun siendo comprensible en cierta medida la postura del Tribunal Arbitral, resulta patente que el Laudo no dirime la controversia por relación a los Comunicados. El Laudo no aclara suficientemente si los comunicados son concordes con el ordenamiento jurídico mercosureño. Más bien parece un *ordenamiento ad futurum* de los criterios a que habrán de responder las licencias. Al margen de los Comunicados que nos ocupan, a los cuales no hemos tenido acceso, hemos de subrayar que frecuentemente las redacciones

"tecnócratas" de muchos textos normativos, careciendo de una mínima visión en cuanto a sistemática jurídica y rayando en la más indigente incuria gramatical impiden, hablando coloquialmente, "meterle el diente" con todo el rigor jurídico necesario. A lo sumo, uno puede juzgar **grosso modo** su intencionalidad, lo cual no es poco, a la hora de una valoración positiva de los fallos.

Queda claro, con todo, en cuanto al régimen de licencias entre los Estados Partes del MERCOSUR, que, para el Tribunal Arbitral las licencias automáticas son compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR en tanto no contengan condiciones o procedimientos y se limiten a un registro operado sin demora durante el trámite aduanero. Tal vez en la exigencia de que se "limiten a un registro operado sin demora durante el trámite aduanero" esté una base clara para entender que aquello que suponga algo más que ese registro colocará automáticamente la licencia en la categoría de las licencias no automáticas. Ahora bien, las licencias no automáticas sólo son compatibles con el sistema normativo MERCOSUR, en tanto correspondan a medidas adoptadas de acuerdo con las condiciones y con los fines establecidos en el art. 50 del Tratado de Montevideo, con las precisiones de que estas medidas estén destinadas a los fines allí indicados y no configuren obstáculos que distorsionen el comercio. Estas medidas no arancelarias deberán ser armonizadas en un plazo que terminaba el 31-XII-1999, fecha límite también para la desaparición total de las restricciones no arancelarias recogidas en las Notas Complementarias del A.C.E. 18.

La conclusión es clara: todo lo que se no se limite a un registro operado sin demora durante el trámite aduanero o no tenga cabida dentro de los supuestos del art. 50 del Tratado de Montevideo vendría a situarse en el plano de las licencias no automáticas, o sea en el terreno de lo prohibido por la normativa MERCOSUR.

Como observación final subrayar que cuanto se diga sobre este Laudo Arbitral, al menos formalmente, vale sólo para la relación entre las Partes enfrentadas en la controversia. A pesar de ello, en un ámbito material esta sentencia arbitral entendemos que tendrá proyec-

ción en el futuro del MERCOSUR. La unanimidad con que fue adoptada juega también positivamente en esa dirección.

### 3. Segundo Laudo Arbitral: “*Laudo Arbitral ad hoc del Mercosur constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo*”.

Ya desde mediados de 1995 los productores argentinos de carne porcina habían manifestado su preocupación y disconformidad en relación con lo que juzgaban como prácticas competitivas desleales de sus correspondientes brasileños, quienes recibirían, en tal sentido, importantes subsidios estatales que perjudicarían a los establecimientos argentinos. Con estos antecedentes, en el marco de la crisis desatada por la devaluación del real así como de una favorable acogida al Primer Laudo, Argentina se decidió a presentar una reclamación al respecto contra Brasil.

La actuación de Argentina se puso en marcha tras la reclamación llevada a cabo por la Asociación Argentina de Productores Porcinos, la Sociedad Rural Argentina, la Cámara de Exportadores de la República Argentina y Confederaciones Rurales Argentinas ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común de la República Argentina.

La controversia se inició con la notificación de la reclamación presentada frente a Brasil por la Sección Nacional de la Argentina, en la XXII reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en agosto de 1997<sup>410</sup>. De acuerdo con lo establecido en el art. 21 del

---

410 Se iniciaría entonces “la primera etapa de negociaciones entre las partes, prevista en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR” (Pfo. 1 del Segundo Laudo), en el marco de la reunión bilateral de Estados de octubre de 1997. El tema volvería a ser llevado a la Comisión de Comercio en su reunión de diciembre de 1997

Tal como ya indicamos antes, en una interpretación estricta de los arts. 1 y 2 del Anexo al P.O.P. -protocolo escogido por Argentina en el caso que nos ocupa-, cabría

P.O.P. y en el art. 2 de su Anexo, la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en su reunión del 3 de febrero de 1998 (Acta N.º. 1/98), efectuó el examen de la reclamación. No habiendo llegado a una solución consensuada, fue convocado en marzo de 1998 un Comité Técnico para analizar la controversia<sup>411</sup>. Posteriormente, la controversia fue tratada por el Grupo Mercado Común en su XXIX Reunión. Al no alcanzarse una solución satisfactoria, Argentina solicitaría la constitución de un Tribunal Arbitral que tuvo lugar el 7 de abril de 1999<sup>412</sup>.

Durante el curso del Proceso las partes solicitaron conjuntamente dos veces su suspensión, a lo cual accedió el Tribunal<sup>413</sup>. La culminación del proceso arbitral fue fijada para el 27 de septiembre de 1999. El Tribunal inició así, como podemos apreciar, una práctica en materia de plazos no recogida ni en el art. 20 del P.B. ni el en art. 21 del Reglamento de éste, los cuales permiten al Tribunal que se conceda a sí mismo una prórroga de un plazo máximo de treinta días, a añadir a los sesenta días de que dispone en principio, para pronunciar el Laudo Arbitral.

---

sostener, a pesar de la conveniencia de éstas, por sí mismas y en una interpretación combinada con el P.B., en alguna medida, la no necesidad *strictu sensu* de negociaciones previas entre las partes.

<sup>411</sup> En la reunión habida el 3 de marzo de 1998 (Acta N.º. 2/98) los miembros del Comité Técnico, no habiendo llegado a realizar un dictamen conjunto, presentaron sus conclusiones por separado.

<sup>412</sup> El Tribunal Arbitral estuvo compuesto por su Presidente, el Dr. Jorge Peirano Basso, de la República Oriental del Uruguay, y por los Dres. Atilio Anibal Alterini y Luiz Olavo Baptista, árbitros designados, respectivamente, por la República Argentina y el Brasil.

<sup>413</sup> El primer período de prórroga solicitado, el 16 abril de 1999, fue de sesenta días, venciendo el plazo el 15 de junio de dicho año; el Tribunal fijó el 27 de junio como fecha límite para la presentación de las respectivas pretensiones. El segundo período de prórroga, durante treinta días adicionales, fue solicitado por las partes el 16 de junio, siendo concedido por el Tribunal.

Los Estados Partes presentaron sus respectivos escritos, poniendo en conocimiento del Tribunal las actuaciones habidas anteriormente y exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho de sus posiciones<sup>414</sup>, y el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, previa deliberación, emitiría su decisión, el 27 de septiembre de 1999, en Asunción del Paraguay<sup>415</sup>.

### **A) Reclamación de Argentina. Denuncia de prácticas contrarias a la libre competencia.**

El objeto de la reclamación descansaría en la violación de la obligación de garantizar las "condiciones equitativas de competitividad emergente de las normas comunitarias"<sup>416</sup>.

---

<sup>414</sup> Los respectivos representantes y asesores de los Estados ante el Tribunal comparecieron en audiencia pública efectuada en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR el 7 de septiembre de 1999, respondiendo asimismo a las preguntas formuladas por los árbitros, con lo cual se puso fin a la fase probatoria.

La República Argentina, después de la audiencia, presentó un escrito ampliatorio del cual se dio traslado al Brasil. Los árbitros, como tendremos ocasión de ver, no examinaron los nuevos elementos presentados, admitiendo solamente las "aclaraciones y nuevas fundamentaciones realizadas por dicha Parte" (Pfo. 50 del Laudo Arbitral). Seguidamente fueron examinadas las posiciones de las partes y sus argumentos de hecho y de derecho.

<sup>415</sup> El Laudo Arbitral contiene una laguna que si bien no nos parece grave debió de ser obviada en atención al art. 22 del Reglamento del P.B., el cual de forma clara precisa que el Laudo deberá "contener necesariamente los siguientes elementos... III – los nombres de los representantes de las partes". De todos modos, si el Laudo fuese apelable, lo cual no resulta conforme al art. 21 del P.B., podría invocarse aun con motivo fútil el vicio de *nulidad de la sentencia* por falta de un elemento tan *necesario* como los otros recogidos en el art. 22. Un poco de comprensión, con todo, es necesario para quien más y para quien menos: ... *aliquando bonus dormitat Homerus*.

El texto del Laudo puede consultarse en *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 1, Febrero 2000, pp. 155-175.

<sup>416</sup> STOUP, L.A.: "Un laudo arbitral con matices", *La Nación*, 30 de noviembre de 1999, Sección 5, p. 20.

La reclamación de Argentina fue dirigida contra los procedimientos y normas brasileños que, a su juicio, suponen subsidios a la exportación de cerdo, solicitando la corrección por el Brasil de aquella normativa, en consideración a las distorsiones causadas, las cuales afectarían la competitividad de los productos argentinos.

Tales prácticas entendía Argentina que eran violatorias de los compromisos asumidos por los Estados Partes en el Tratado de Asunción, en especial del de la obligación de garantizar las condiciones equitativas de competitividad para los agentes económicos de la región<sup>417</sup>.

#### **a) Sistema de los stocks públicos de maíz.**

Argentina cuestionó el sistema de stocks públicos de maíz de carácter estratégico para la compra, almacenamiento y venta del producto, así como la forma de administración del mismo por la Compañía Nacional de Abastecimiento de Brasil (en lo sucesivo CONAB) -- Ley N°. 8.171/91 y Portarias Interministeriales Nos. 657/91 y 182/94-- la cual incluye precios de liberación de stocks (PLE), permitiendo así una transferencia de recursos a los productores brasileños de cerdos.

Esta transferencia se llevaría a cabo por medio de la estabilización de precios de maíz en los períodos de entre zafra, lo cual venía a evitar el alza de los mismos, habida cuenta de que en los ciclos de precios altos en el mercado internacional, el mecanismo neutralizaría los efectos del aumento en el mercado interno brasileño, en beneficio de los productores locales de cerdos, los cuales podrían adquirir el cereal a precios inferiores a los vigentes en el mercado internacional. Según Argentina, se produciría un incentivo sectorial, cuyo beneficio

---

<sup>417</sup> La reclamación presentada inicialmente por la Argentina se refería a la existencia de stocks públicos de maíz (CONAB), al PROEX y a los anticipos de Contrato de Cambio y Anticipos de Contratos de Exportación. Posteriormente, la Argentina agregó nuevos argumentos referentes a este último ítem e introdujo una nueva reclamación referente al Crédito Presunto (o Presumido, tal como también es denominado en algún momento) del Impuesto a los Productos Industrializados (I.P.I.).

sería transferido a las exportaciones de carne de cerdo destinadas al mercado regional, la cual podría ser vendida a un precio inferior al que tendría si no obrase la intervención de la CONAB. Concluiría el citado país sosteniendo que la carne de cerdo exportada de Brasil para el MERCOSUR incorporaba un subsidio que perjudicaba a la producción argentina, la cual habría de competir con importaciones de productos brasileños subvencionados.

La práctica denunciada por Argentina constituiría a su entender una violación por Brasil de la Decisión C.M.C. N°. 10/94, la cual prohibiría ciertos tipos de incentivos a la producción y a la exportación.

#### **b) Programa de financiamiento de las exportaciones.**

La segunda reclamación de la Argentina está relacionada con el PROEX, Programa brasileño de asistencia financiera a las exportaciones y servicios<sup>418</sup>, el cual operaría por medio de dos modalidades: la equivalencia de las tasas de interés<sup>419</sup> y la financiación de exportaciones de bienes y servicios<sup>420</sup>.

La utilización del PROEX, en cualquiera de sus dos modalidades de operaciones de exportación al MERCOSUR, constituye, según

---

<sup>418</sup> Sancionada mediante la Ley N°. 9.198 del 1-VI-1991 "PROEX Brasileiro Financiamiento às exortações brasileiras de bens e serviços", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 2, Número 6, diciembre de 1998, pp. 89-93.

<sup>419</sup> Este sistema estaría basado en el pago de la diferencia entre la tasa de captación de recursos admitida por el Banco Central de Brasil y una tasa mínima internacional de captación, con referencia en el LIBOR. La financiación concedida por el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social recogería un "spread", llamado equalización, el cual es financiado por el Tesoro Nacional con recursos establecidos anualmente por el Poder Ejecutivo.

<sup>420</sup> Este sistema sería llevado a cabo a través del PROEX, por medio del descuento de los títulos representativos en las exportaciones a plazo. El monto financiado alcanzaría el 85 % del principal. La tasa de interés cobrada por los bancos correspondería a la tasa LIBOR divulgada por el Banco Central de Brasil.

Argentina, un incentivo brasileño a la exportación, prohibido por la Decisión C.M.C. N°. 10/94, la cual no habilitaría a los Estados Partes a aprobar mecanismos de promoción de exportaciones de naturaleza financiera para bienes de consumo. En el marco del PROEX se estaría ante un subsidio a los bancos financiadores, el cual -destinado a beneficiar a los exportadores- constituiría una intervención directa del gobierno brasileño que se expresaría en el subsidio del diferencial de tasas a los bancos que operan en el PROEX, destinando para ello fondos del Tesoro Nacional. El diferencial de tasas de interés daría al exportador brasileño una ventaja financiera, que le posibilitaría exportar a un precio inferior al que resultaría si las operaciones financieras fueran hechas de acuerdo con las tasas de interés internas vigentes para las ventas dirigidas al mercado interno.

**c) Uso de otros instrumentos financieros: Adelanto de Contrato de Cambio y Anticipo de Contrato de Exportación.**

Argentina alegraría también que las exportaciones brasileñas se beneficiarían asimismo de otros mecanismos de promoción de financiación a las exportaciones, en contra de lo recogido en la Decisión N°. 10/94, la cual no habilitaría a los Estados Partes, como ya se recogió antes, a crear mecanismos de promoción de exportaciones de naturaleza financiera para bienes de consumo. Los instrumentos financieros utilizados serían el Adelanto de Contrato de Cambio (A.C.C.) y el Anticipo de Contrato de Exportación (A.C.E.), los cuales son pactados entre empresas exportadoras y bancos comerciales brasileños.

Para Argentina la intervención estatal, mediante la utilización de los mecanismos del A.C.C. y del A.C.E., permite a los exportadores brasileños contratar con los bancos comerciales tasas de interés del 12 al 15 % al año, en dólares, estando la tasa interna cerca del 30 %. Estas bajas tasas de interés serían posibles gracias a que el gobierno brasileño interviene en el mercado financiero adoptando normas que eximen a las entidades financieras de obligaciones de orden fiscal y

monetario. Estos privilegios permitirían abaratar el coste de los préstamos<sup>421</sup>. Además, los A.C.C. y los A.C.E. incorporarían tres tipos de incentivos: el arbitraje de tasas de interés<sup>422</sup>, la exoneración del Impuesto sobre Operaciones Financieras<sup>423</sup> y la exoneración de encaje<sup>424</sup>.

**d) Crédito Presunto del Impuesto de Productos Industrializados. Restitución del Programa de Integración Social y de la Contribución a la Financiación de la Seguridad Social.**

Por medio de esta concesión, el Gobierno Brasileño devolvería al productor exportador el valor de las contribuciones al Programa de Integración Social (P.I.S.) y de la Contribución a la Financiación de la Seguridad Social (COFINS) derivadas de las compras de materias primas y productos intermedios para la producción de bienes con destino a la exportación (insumos para la exportación). Esta restitución es efectuada por medio de un "Crédito presumido de IPI" equivalente al 5,37 % sobre el costo de los insumos de la cadena productiva.

---

<sup>421</sup> Los cuales serían formalizados con tasas de interés reducidas artificialmente, a un nivel inferior al que correspondería pagar en condiciones de mercado. RÚA BOIERO indica que exportadores brasileños podrían "beneficiarse de financiamiento por parte de la banca comercial a tasas inferiores a la mitad de la tasa de interés interna de Brasil" (RÚA BOIERO: "La guerra del cerdo (1ª Parte)", *Periódico Económico Tributario*, 10 de diciembre de 1999, p. 20).

<sup>422</sup> La diferencia entre las tasas de interés de mercado y las obtenidas por medio de los A.C.C. y de los A.C.E. daría origen a la práctica del arbitraje de tasas de interés. Por medio de éste, la ganancia obtenida permitiría la posibilidad al exportador brasileño de reinvertir los recursos obtenidos a tasas de interés internas en reales.

<sup>423</sup> El Decreto N°. 2219, mayo de 1997, reduce la alícuota del Impuesto sobre las Operaciones Financieras (I.O.F.) de 25 % al 0 % para las operaciones de cambio vinculadas a las exportaciones de bienes y servicios, constituyendo ello un incentivo para los bancos que concedieran los A.C.C. y los A.C.E. La Portaria del Ministerio de Hacienda N°. 05/99 mantendría la ventaja al excluir a las operaciones de cambio del aumento generalizado de las alícuotas del I.O.F.

<sup>424</sup> La circular del Banco Central N°. 2534 del 11/01/95 que elimina el requisito de encaje en las operaciones A.C.C. y A.C.E., resultaría otro modo de estimular a los bancos para que diesen ventajas a los exportadores.

El subsidio estribaría para la reclamante, por una parte, en que la devolución del 5,37 % es superior al Pago de PIS y COFINS, en los supuestos de productos que no requieran varias etapas de elaboración, tal como sucede con la carne de cerdo. Esto representaría para la empresa productora o exportadora el otorgamiento de un crédito fiscal que excede el débito efectivamente incurrido en las contribuciones sociales, permitiendo ello un precio menor que supondría una ventaja competitiva para los productores brasileños de carne de cerdo.

De conformidad con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la O.M.C., el PIS y el COFINS, dado su carácter de contribuciones sociales, no podría ser objeto de restitución.

Asimismo, la restitución de estas contribuciones no estaría incluida, al entender de Argentina, entre las excepciones contempladas en el art. 12 de la Decisión C.M.C. N°. 10/94.

### **B) Respuesta del Brasil. Concreción del objeto de la Reclamación. Inexistencia de prácticas contrarias a la libre competencia.**

Brasil se opuso desde el comienzo del procedimiento a la admisión de las reclamaciones argentinas, alegando como cuestión preliminar que el argumento referente al "Crédito Presumido de IPI" y los argumentos adicionales sobre los A.C.C. y los A.C.E. no formaban parte del objeto de la Reclamación Argentina y que, por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el ya citado art. 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia, únicamente deben ser considerados los hechos y los argumentos presentados al inicio de la reclamación. La respuesta brasileña se basó en tres apartados: stocks públicos de maíz, programa de financiamiento a las exportaciones y operaciones A.C.C. y A.C.E.

#### **a) Sistema de los stocks públicos de maíz.**

Brasil sustentó que la Decisión C.M.C. N°. 10/94 se refiere a incentivos a las exportaciones y no a incentivos a la producción; asimismo que, si hubiese ese incentivo, éste no sería a la exportación

sino a la producción de maíz. Las compras gubernamentales sostendrían los precios del maíz, no teniendo como objeto el beneficio de los productores de cerdos.

Brasil señalaría la inexistencia hasta el presente de norma del MERCOSUR que prohíba el sistema de stocks públicos de maíz o el mantenimiento de precios de productos agrícolas.

Asimismo, sostendría la inexistencia de relación entre la formación y la venta de los stocks y los supuestos incentivos a las exportaciones. Llevándose a cabo la venta de los depósitos de maíz en licitaciones públicas, el precio de la venta vendría dado por las mismas. Las ventas serían llevadas a cabo por un valor no inferior a las condiciones vigentes del mercado, y, en consecuencia, no existiría beneficio para los productores de carne de cerdo en el sentido del art. 1. del A.S.M.C<sup>425</sup>.

El gobierno brasileño concluiría poniendo de manifiesto que la práctica brasileña había sido comunicada a la Organización Mundial de Comercio, siendo, según su criterio, lícita de acuerdo con las reglas de dicha Organización.

#### **b) Programa de financiamiento a las exportaciones.**

Según Brasil no procedería la reclamación argentina del PROEX debido a la aprobación por el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio de la Portaria N°. 93 de 23/03/99 recogiendo la imposibilidad de utilizar el PROEX en sus dos modalidades para las exportaciones de bienes de consumo para los países del MERCOSUR. A tal respecto, reafirmó que no había utilizado el PROEX en las exportaciones de bienes de consumo al MERCOSUR.

---

<sup>425</sup> Afirmaría Brasil que los precios de maíz en el mercado brasileño siguen la tendencia de los precios de los mercados externos de referencia, presentando una serie histórica de precios de maíz con el fin de demostrar que éstos están habitualmente por arriba de los precios externos de referencia.

**c) Uso de otros instrumentos financieros. Adelanto de Contrato de Cambio y Anticipo de Contrato de Exportación.**

Respecto al *arbitraje de tipos de interés*, Brasil sostuvo que las operaciones de A.C.C. y A.C.E. se llevan a cabo internamente en la esfera privada sin intervención del sector público, por lo cual no suponen contribuciones financieras por parte del gobierno. Además, el A.C.E. no consistiría en operaciones de crédito sino en una anticipación del precio de compra de moneda extranjera por los bancos.

No se estaría, según Brasil, ante ningún mecanismo formal creado o administrado por el gobierno. El exportador únicamente podría efectuar transitoriamente inversiones en el mercado financiero nacional, pudiendo obtener ganancias gracias al diferencial de tasas, hasta el momento de destinar los recursos a la producción de la mercancía exportada.

En relación con la *exención del Impuesto sobre Operaciones Financieras*, Brasil mantiene que la alícuota de este impuesto es cero porque para la legislación brasileña no se estaría ante una financiación.

El gobierno brasileño afirma que los A.C.C. y los A.C.E. son compras a término de divisas realizadas por los bancos y las operaciones de venta de moneda extranjera, a esos fines, no estarían sujetas al I.O.F.

En cuanto a la *exoneración del encaje obligatorio para todos los bancos*, la alegación contemplada en la reclamación de la República Argentina referente a la exención a los A.C.C./A.C.E. del mecanismo de encaje obligatorio regulado por el Banco Central, Brasil afirmó su improcedencia. No existiría el encaje obligatorio del Banco Central, en el supuesto presente, de acuerdo con la regla general aplicable a todas operaciones financieras pasivas.

Por último, en lo tocante al *Crédito Presunto del Impuesto a los Productos Industrializados*, el gobierno brasileño estimaba que no habría subsidio ni violación de la Decisión C.M.C. N°. 10/94 porque las contribuciones PIS y COFINS constituirían tributos indirectos según

la legislación brasileña. La operación de crédito presunto consistiría en un registro de débito/crédito no pudiendo haber un reintegro superior al pago realizado. De ahí que no se pudiese hablar de un subsidio a la exportación.

### **C) Considerandos del Tribunal.**

#### **a) Fundamentos de hecho y de derecho. El momento de la determinación del objeto de la reclamación.**

El objeto de la controversia se dividiría, según el Tribunal Arbitral, en tres aspectos básicos vinculados a la existencia o no de subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo por Brasil. El primer aspecto de la controversia se referiría a la aplicación del sistema de almacenamientos públicos de maíz. El segundo aspecto estaba vinculado al PROEX, tanto en sus modalidades de financiación de exportaciones de bienes y servicios como de ecualización de tasas. Y el tercer aspecto a la utilización de los mecanismos A.C.C. y A.C.E. por parte de los exportadores brasileños.

En cuanto al tercer aspecto, la reclamación original de la Argentina no especificaba en qué consistían los subsidios a la financiación de exportaciones por Brasil, limitándose a indicar el efecto económico que estos mecanismos generaban en las tasas de interés y en la posibilidad de arbitraje financiero. En la presentación realizada ante el Tribunal especificó que los subsidios consistían en exoneraciones y reducciones tributarias y en exoneración de encajes.

A este respecto, advertiría el Tribunal que el objeto de las controversias entre Estados, tanto cuando se producen directamente entre ellos o a instancia de los particulares, se determina cuando el Estado reclamante presenta su reclamación y el Estado reclamado contesta aceptándola total o parcialmente o rechazándola. Si en la etapa de negociaciones diplomáticas queda fijado el objeto de la controversia, no podría haber a partir de entonces modificaciones del objeto de la *litis*, admitiendo en la fase arbitral reclamaciones no alegadas anteriormente. "Sin embargo, es preciso tener en cuenta que esto no sig-

nifica que las partes no puedan complementar y profundizar la argumentación en que se base su reclamación u oposición, en su caso, dado que esto no es más que ejercer su derecho de defensa<sup>426</sup>.

Si bien el Estado Parte tiene la obligación de detallar con precisión el objeto de la reclamación en el momento de la presentación de la reclamación inicial, "presentándose dudas respecto al cumplimiento de dicho requisito por parte de la República Argentina, este Tribunal se inclina por admitir en el presente caso las aclaraciones y nuevas fundamentaciones realizadas por dicha Parte"<sup>427</sup>. Por tanto, el tercer punto de controversia lo constituye la discusión sobre si las exoneraciones y reducciones tributarias y la exoneración del encaje obligatorio a los mecanismos de A.C.C. y A.C.E., constituyen subsidios a la exportación prohibidos por la normativa del MERCOSUR<sup>428</sup>.

Por el contrario, el Tribunal entiende que la reclamación vinculada al Crédito Presunto del Impuesto a los Productos Industrializados mediante el cual se reintegran en las exportaciones las contribuciones del Programa de Integración Social del Programa de Formación del Patrimonio del Servicio Público y de la Contribución a la Financiación de la Seguridad Social está fuera del objeto del proceso. "Dicho reclamo no fue presentado formalmente en la reclamación inicial de la República Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur"<sup>429</sup>.

---

426 Pfo. 45 del Segundo Laudo.

427 Pfo. 50 del Segundo Laudo.

428 Pfo. 50 del Segundo Laudo.

429 En relación con cierta despreocupación que puede ser apreciada en la reclamación argentina, PEROTTI ("El segundo...", cit., p. 135) escribe:

"Otra cuestión a resaltar y que debería tenerse presente para futuros reclamos, es que cabe al Estado respaldar adecuadamente cada presentación que realice, y esto aún más cuando, de acuerdo al sistema regulado en el PB, es el Gobierno Nacional quien, de aceptar la queja recibida de los particulares, se hace cargo de la reclamación. En el mecanismo actual, la suerte de la denuncia del particular queda atada a la actitud que tome el Estado que tiene a su cargo llevar adelante el proceso.

De los párrafos del Laudo puede deducirse que la reclamación argentina adoleció de una cierta imprecisión. Debemos señalar que las entidades rurales argentinas habían solicitado la inclusión de este punto.

### b) Marco jurídico aplicable.

El Tribunal Arbitral accede, en sede de fuentes, al texto del art. 19 del P.B. y asimismo realiza una referencia a las Directivas de la C.M.C. (art. 41 del P.O.P.), cuando, a nuestro juicio, debería haber traído a colación el texto completo del art. 41 del P.O.P., artículo que recoge la versión más explícita de las fuentes jurídicas del MERCOSUR.

La defensa del valor de las normas del MERCOSUR realizada por parte del Tribunal resulta de sumo interés. A este respecto señala que la circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su apli-

---

Con respecto al asunto que estamos analizando ha sido una crítica unánime la precaria presencia del reclamo por parte del Gobierno argentino. En especial, y en esto la sola lectura del laudo es elocuente, en cuanto a la prueba acompañada por la demandante. Esta cuestión debería ser analizada, pues, llegado el caso, los particulares podrían verse tentados a exigir al Estado nacional algún resarcimiento por los daños sufridos, que tengan su origen en una presentación inadecuada ante el Tribunal Arbitral".

Habida cuenta de que la suerte de los particulares va unida a la *actitud* tomada por el Estado en las diferentes etapas del procedimiento, PEROTTI entiende conveniente "una amplia participación de éstos en la composición de la defensa del Estado en los casos en los cuales el procedimiento se ha iniciado por vía del art. 25 PB" (PEROTTI: "El segundo...", cit., p. 144).

En relación con las "deficiencias" por la presentación de la reclamación por Argentina, RÚA BOIERO señala: "Sería bueno saber si un esfuerzo más intenso y eficiente hubiera permitido demostrar lo que el Tribunal alegó que no estaba probado. Nunca sabremos si aún así la controversia se hubiera perdido" (RÚA BOIERO: "La guerra del cerdo (2ª Parte)", *Periódico Económico Tributario*, 23 de diciembre de 1999, p. 20).

cación así como el cumplimiento del objeto y los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios.<sup>430</sup>

La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado, resalta el Tribunal, debe realizarse además desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el Derecho Internacional. No en balde el Protocolo de Brasilia consagra, en su art. 19, como fuente normativa del MERCOSUR “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia. Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional”<sup>431</sup>.

A continuación el Tribunal señalaría que las relaciones comerciales internacionales, en un nivel más amplio que el regional se rigen por las reglas de la Organización Mundial del Comercio<sup>432</sup>. Por su parte, en el ámbito regional, dentro del conjunto de normas aplicables al caso, tendría gran importancia, subraya el Tribunal, el examen de la Decisión C.M.C. N°. 10/94, sobre Armonización para la Aplicación y Utilización de los Incentivos a las Exportaciones por parte de los Paí-

---

<sup>430</sup> A este respecto, el Tribunal en el pfo. 57 recoge la perspectiva finalista del proceso de integración del MERCOSUR reafirmada en el Primer Laudo del Tribunal Arbitral (pfo 57), el cual destacaba que: “El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en unos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, por desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido” (Segundo Laudo Arbitral, pfo. 55).

<sup>431</sup> Citada en el Segundo Laudo Arbitral, pfo. 56.

<sup>432</sup> En tal ámbito, las restricciones a la concesión de subsidios están reguladas por el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (A.S.M.C.). “En el seno de la O.M.C. se insertan las reglas de la ALADI y en un círculo más interno, la normas del MERCOSUR” (Segundo Laudo Arbitral, pfo. 57).

ses Integrantes del MERCOSUR, la cual contiene disposiciones sobre restricciones a los incentivos a las exportaciones.

### c) Concepto de subsidio. Especificidad.

En el marco de la O.M.C., recuerda el Tribunal Arbitral, que para poder afirmar la presencia de subsidios en el A.S.M.C. se requieren tres elementos: la existencia de una contribución financiera del gobierno, la existencia de un beneficio y que el subsidio sea específico. A su vez dentro de los subsidios, se contemplan tres categorías: prohibidos (rojos), recurribles (amarillos) y no recurribles (verdes), habiendo sido previstos varios tipos de recursos para cada categoría.

Por su parte, la citada Decisión N°. 10/94 establece en su art. 1: "Los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión". Aunque el texto de la Decisión es anterior a la actual definición de subsidios del A.S.M.C., aquél -subraya el Tribunal- no sólo no va contra ninguna disposición del Acuerdo sino que es más estricto que el de éste, siendo su propósito el de la liberalización progresiva del comercio y la eliminación de las trabas que pesan sobre el libre comercio en el MERCOSUR<sup>433</sup>.

---

<sup>433</sup> La citada Decisión contiene previsiones sobre determinados estímulos jurídicamente admisibles a la exportación, tales como beneficios cambiarios (art. 3), créditos de fomento y financiamiento a las exportaciones por parte de los Estados Miembros (art. 4), reintegro de impuestos indirectos (art. 5), exención del pago de tributos internos indirectos (art. 6), régimen de admisión temporaria (art. 7), depósito aduanero (art. 8), depósito industrial (art. 9) y excepciones (art. 12). La Decisión dispone en su art. 10 que "Serán considerados subsidios derivados de la aplicación de los regímenes mencionados en los Artículos 6, 7, 8 y 9 la devolución, suspensión o exención de gravámenes a la importación de mercaderías a ser utilizadas en procesos productivos de bienes de exportación cuya cuantía exceda los montos efectivamente pagados, suspendidos o extimidos".

En relación con la manifestación brasileña de que la Decisión C.M.C. N°. 10/94 "es un compromiso meramente programático sin plazo de cumplimiento predetermi-

**d) Sistema de regulación de los stocks de maíz. Falta de especificidad.**

Advierte el Tribunal Arbitral a este respecto que “sin perjuicio de que no ha sido probado en el presente procedimiento arbitral que se haya producido alguna transferencia de recursos del Tesoro Nacional al CONAB en algún período concreto, sino que por el contrario de las pruebas aportadas por los Estados Partes surge que en el período enero 90/ noviembre 98 el precio interno del maíz estuvo por encima de los precios internacionales —con la excepción de unos meses (marzo-setiembre 1996) y que tampoco fue probado de qué forma incidiría una eventual transferencia de recursos del Tesoro Nacional en los precios de exportación de carne de cerdo...”<sup>434</sup>.

Desde un punto de vista técnico, señala el Tribunal Arbitral, que debe considerarse si dicho sistema constituye una política específica para los productores de carne de cerdo de Brasil, tal como lo pide el art. 2 del A.S.M.C., examinando si el acceso a los beneficios del sistema está limitado a ciertas empresas o ramas de producción o si la utilización del beneficio en la práctica está circunscripto a un número

---

nado”, PEROTTI se pronunciará acertadamente en un sentido contrario: “... es cuanto menos inquietante la caracterización de “compromiso meramente programático” de ejecución temporal indeterminada que Brasil hace de la Decisión 10/94. Para empezar, la norma utiliza términos imperativos a lo largo de su articulado (los Estados Partes “se comprometerán”, “deberán”, “se abstendrán”, “instrumentarán”, etc.) y además algunos de sus artículos establecen obligaciones concretas y precisas que los Países deben ineludiblemente cumplir. La inexistencia de un plazo concreto en cuanto a la ejecución de algunas de las medidas que la norma persigue no puede convertir a ésta en un documento carente de todo valor jurídico. El efecto útil de la norma se vería totalmente menoscabado si la sola omisión voluntaria de los Estados, fundada en la falta de término legal para ejecutar las obligaciones comunitarias, fuese suficiente para negarle efectividad. El ordenamiento jurídico de un proceso de integración no puede verse como una mera carta de intención o compromiso político, desprovisto de todo elemento obligacional, propio de un ordenamiento jurídico. Además el carácter “obligatorio” de las decisiones deriva claramente del derecho originario del Mercosur: TA, arts. 10 y 13 y POP, arts. 9, 38 y 42” (PEROTTI: “El segundo...”, cit., pp. 124-125).

<sup>434</sup> Segundo Laudo Arbitral, pfo. 71.

limitado de empresas o si crea una situación de hecho equiparable a la derecho.

Resulta claro que el beneficio no reviste tal carácter de especificidad. La circunstancia de que la venta se realice mediante licitaciones públicas, que tienen acceso todos los operadores del mercado, incluso otros sectores de la producción nacional brasileña, como asimismo operadores de otros países de la región, descarta toda posibilidad de especificidad<sup>435</sup>.

En relación con el sistema de la CONAB, el Tribunal afirmarí­a “tampoco configura un incumplimiento del art. 11 de la Decisi3n N3 10/94”<sup>436</sup>. Dicha norma, adem3s de no resultar directamente aplicable al sistema de la CONAB, requiere de desarrollo, no siendo directamente invocable como generadora de derechos u obligaciones concretas”<sup>437</sup>.

Respecto de la no aplicaci3n del citado art. 11, aptdo. 2 al sistema de la CONAB, o en otras palabras de su no consideraci3n como *incentivo sectorial, regional o tributario*, distinto de los incentivos a la exportaci3n permitidos en sus arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10, aunque nada podemos a3adir, --teniendo en cuenta la sola disposici3n del Laudo, por nuestra parte, para poder evaluar mejor el problema--, diremos, no obstante, que la misma aprobaci3n por mayorí­a del Tribunal de la desestimaci3n harí­a necesario que 3ste se extendiera al

---

<sup>435</sup> Segundo Laudo Arbitral, pfo. 74.

<sup>436</sup> Segundo Laudo Arbitral, pfo. 75. El art. 11, en su aptdo. 2 dispone que los Estados Parte “instrumentar3n las medidas que resulten necesarias para evitar que otros incentivos sectoriales, regionales o tributarios, que el marco normativo interno reconoce a favor de la actividad productiva / exportadora, se apliquen al comercio intra-regional”.

<sup>437</sup> Segundo Laudo Arbitral, pfo. 75. Por *implementaci3n* se entiende la necesidad de su desarrollo en el derecho interno así como las “necesarias negociaciones” que deben llevar a cabo los Estados Partes del MERCOSUR con el fin de “acordar polí­ticas e instrumentos comunes en la materia” (Segundo Laudo Arbitral, pfo. 75; Aclaratoria, pfo. 6).

respecto en mayor medida en el texto del Laudo. En cuanto a su no invocabilidad directa como norma generadora de *derechos u obligaciones concretas*, tal como asevera el Tribunal Arbitral, entendemos que procede subrayar la obligación *general* del Estado de instrumentar “las medidas que resulten necesarias para evitar...”. El incumplimiento de este mandato colocaría al Estado correspondiente en un incumplimiento de una norma del Derecho del Mercosur –con la consiguiente posible controversia a solventar siguiendo los mecanismos de solución al respecto–, quedando el Estado infractor incurso en responsabilidad internacional<sup>438</sup>.

El Tribunal se pronuncia en el sentido de que no ha lugar a la reclamación argentina en materia de sistema de stocks públicos de maíz de la CONAB.

#### **e) Programa de financiamiento a las exportaciones. Prueba del perjuicio o amenaza del perjuicio**

El sistema del Programa de Financiamiento de Exportaciones<sup>439</sup>, se hallaría fuera de discusión entre las partes, una vez que, según manifestó el representante brasileño, “el petitorio de Argentina está cumplido” ya que Brasil había decidido no permitir la utilización del P.R.O.E.X. para el MERCOSUR en cualquiera de sus modalidades, sustancialmente la de financiación a las exportaciones y la de ecuali-

---

<sup>438</sup> Como advierte PEROTTI: “Debe reconocerse, de cualquier modo, que la falta de implementación de la norma comunitaria no puede afectar de ninguna manera el carácter *obligatorio* de la Decisión 10/94 (cfr. Arts. 9 y 42 POP), lo cual se traduce para los Estados miembros en el imperativo de “adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur”, ello en observancia del principio de *lealtad comunitaria* enunciado por el art. 38 POP” (PEROTTI: “El segundo...”, cit., p. 136). Sobre este principio se manifiesta este autor en “Tercer Laudo del Mercosur: Una buena excusa para hablar de salvaguardias y del Derecho regional”, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, N.º. 5, octubre de 2000, p. 210).

<sup>439</sup> Establecido por la Ley N.º. 9.198 del 1/6/91 y posteriormente derogado por la Medida Provisoria N.º 1.771-25 del 8/4/99.

zación de tasas de interés, para las exportaciones de bienes de consumo –incluidas las carnes porcinas– en el MERCOSUR. El Tribunal Arbitral entiende cumplida la pretensión de la República Argentina, sin entrar a hacer ningún tipo de valoración jurídica.

#### **f) Anticipo de Contrato de Cambio y Anticipo de Contrato de Exportación.**

Basándose en los posicionamientos de Argentina y Brasil<sup>440</sup>, el Tribunal afirma que no comparte la argumentación de la naturaleza no crediticia de los A.C.C y A.C.E., por entender que se trata de instrumentos financieros que tienen por fin dar financiación los bancos privados a los exportadores, la cual deberá ser devuelta por éstos en el momento del cumplimiento o pago de la exportación.

A continuación el Tribunal pasa a examinar si las exoneraciones o reducciones tributarias adoptadas por Brasil conforman incentivos a la exportación cubiertos por la Decisión N<sup>o</sup>. 10/94<sup>441</sup>. La remisión

---

<sup>440</sup> Argentina afirmó que los mecanismos de financiación a las exportaciones de los A.C.C. y de los A.C.E. creados por Brasil se benefician de reducciones o exenciones tributarias y de otro orden que son contrarias a la Decisión C.M.C. N<sup>o</sup>. 10/94.

Por el contrario, Brasil manifiesta que los mecanismos de A.C.C. y A.C.E. son instrumentos de mercado de los bancos privados y no mecanismos de financiación ofrecidos por el gobierno, no constituyendo subsidios en los términos del art. 1.1 del A.S.M.C. y no estando tampoco afectados por la Decisión C.M.C. N<sup>o</sup>. 10/94. Brasil negaría el presupuesto de Argentina de una naturaleza crediticia de las operaciones, cuando los A.C.C. constituyen anticipos de entrega de valor, en moneda nacional, prevista en el contrato de compra o venta de cambio. Se estaría ante la contrapartida anticipada de la obligación recíproca del explotador de entregar al banco moneda extranjera futura.

<sup>441</sup> Estos beneficios señala el Tribunal Arbitral, consisten en la reducción, ya citada, de la alícuota del I.O.F. del 25% al 0% para operaciones, de cambio vinculadas a exportaciones de bienes y servicios; en la reducción a 0% de la alícuota de la Contribución Provisoria sobre Movimiento o Transmisión de Valores y de Créditos y Derechos de naturaleza financiera (CPMF) a los A.C.C.; y en la reducción a 0% de la alícuota del impuesto a la renta sobre las ganancias en los casos de intereses y comisiones por créditos obtenidos en el exterior con destino a la financiación de exportaciones y de intereses sobre el descuento en el exterior de títulos cambiarios de expor-

genérica del art. 1 de la Decisión Nº. 10/94, cuyo texto ya hemos recogido, a las normas del G.A.T.T. lleva al Tribunal a analizar si las exoneraciones y reducciones adoptadas por Brasil resultan subsidios en el ámbito del Acuerdo Sobre Subsidios y Medidas Compensatorias. Así tomando como base el Anexo 1 del A.S.M.C<sup>442</sup>, y el art. 4 de la Decisión Nº. 10/94<sup>443</sup>, afirma que "si bien ambas normas se refieren a financiamientos otorgados por los Estados, lo cual no se da en el caso de los instrumentos de A.C.C. y A.C.E."<sup>444</sup>, estas marcan igualmente un principio en cuanto al concepto de subsidio prohibido vinculado al financiamiento de exportaciones, el cual se configuraría en la medida en que las condiciones de financiación se aparten de las tasas de interés compatibles aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes, no pudiendo ser admitida, asimismo, una violación indirecta de dichas pautas internacionales. La connotación como subsidio dependería, en consecuencia, de elementos de hecho, vinculados en este caso al nivel de las tasas de interés aplicadas en los A.C.C. y A.C.E. a las exportaciones de carne de cerdo.

---

tación y las comisiones relativas a dichos títulos. Otro beneficio consistiría, asimismo, en la exoneración, a la que ya hicimos referencia del requisito de encaje obligatorio a las operaciones activas de A.C.C. y A.C.E. dispuestas por el gobierno de Brasil, si bien dicho beneficio había sido suspendido.

<sup>442</sup> "Serán considerados subsidios prohibidos la concesión por los gobiernos de créditos a los exportadores a tipos inferiores a aquéllos que tienen que pagar realmente para obtener los fondos empleados con ese fin (o a aquellos que tendrían que pagar si acudiesen a los mercados internacionales de capital para obtener fondos al mismo plazo, con las condiciones de créditos y en la misma moneda que los créditos a la exportación), o el pago de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos, en la medida que sean utilizados para conseguir una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación" (Laudo Arbitral, pfo. 85). El Tribunal Arbitral acude al texto del apdo. k) del Anexo I del A.S.M.C.

<sup>443</sup> Art. 4: "Los Estados Partes podrán conceder créditos de fomento y financiamiento a sus exportaciones cuando los mismos sean otorgados en condiciones de plazos y tasas de interés, compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes".

<sup>444</sup> Pfo. 87 del Laudo Arbitral.

En cuanto a la determinación de si los incentivos contemplados en los instrumentos A.C.C. y A.C.E., aplicados a las exportaciones brasileñas a la carne de cerdo, han dado lugar a un “efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal en violación a la normativa que regula el MERCOSUR, generando además un perjuicio o la amenaza de un perjuicio a los particulares o sectores de actividad de los particulares que iniciaron la Reclamación (arts. 25 y 26 del Protocolo de Brasilia)”<sup>445</sup>, el Tribunal Arbitral señalaría que: “dichos aspectos vinculados a la Reclamación de los particulares han de ser objeto de prueba por el Estado Parte que presentó la reclamación, no existiendo en el caso elementos de convicción suficientes que prueben que los referidos instrumentos de financiación a las exportaciones, con los beneficios tributarios mencionados, generen perjuicio o amenaza de perjuicio a los sectores de producción de carne de cerdos de la República Argentina”. Es de reseñar, por nuestra parte, nuevamente la fragilidad de las pruebas presentadas por Argentina también en esta parte de la reclamación.

#### D) Decisión.

A la vista de todo lo expuesto, el Tribunal, se pronuncia en seis apartados, de los cuales destacamos los que afectan al fondo del asunto:

---

<sup>445</sup> Segundo Laudo Arbitral, pfo. 93. CARRERAS escribe: “El tribunal conoce la existencia de tales subsidios pero falla en contra de la Argentina por no haberse demostrado la existencia de daño, un punto aportado con detalle e insistentemente solicitado por las entidades rurales argentinas. La controversia quedó así parcialmente definida, por cuanto el Estado argentino, en defensa de la producción nacional o de cualquier sector en particular, podrá aprovechar el camino abierto por el tribunal, demostrando el daño” (CARRERAS: “Segundo fallo...”, cit., p. 25). Entendemos que “el camino abierto por el tribunal” sólo resultaría aprovechable si se procediera a la constitución de otro Tribunal Arbitral que pueda comprobar el perjuicio originado por hechos similares en otro período cronológico pero no los hechos a que se refiere el presente Laudo Arbitral (principio de cosa juzgada).

Una descripción del Laudo en URIONDO DE MARTINOLI: *Solución de Controversias...*, cit., pp. 50-53.

I. Por mayoría, no admitir la reclamación presentada por la República Argentina relativa a la aplicación del Sistema de la CONAB por el Brasil.

II. Por unanimidad, declarar procedente la reclamación de la República Argentina con relación a la utilización del Programa de Financiamiento para Exportaciones (PROEX), aceptada por la República Federativa del Brasil expresamente, y declarar, que a partir del 29 de marzo de 1999, solamente podrán ser objeto de financiamiento PROEX las exportaciones con destino MERCOSUR que involucren bienes de capital a largo plazo que observen las condiciones de plazo y de tasas de interés compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes<sup>446</sup>.

III. Por unanimidad, no admitir la reclamación presentada por la República Argentina con relación a los mecanismos de A.C.C. y A.C.E., aplicados por la República Federativa del Brasil.

### **E) Reflexiones.**

Centraremos nuestras reflexiones en una primera observación de carácter general, para pasar a continuación a cada uno de los tres apartados de que consta el fallo.

En cuanto a la observación de carácter general, comenzaremos señalando que pudo ser efectuado de forma más clara el relato de las posiciones de las partes, en las cuales, por cierto, no se hace mención expresa a los contenidos de sus respectivas "peticiones".

En este plano de observaciones generales, aun destacando el propósito de reafirmación de la perspectiva finalista del proceso efectuado por el Tribunal, con cita expresa del enfoque teleológico del Primer Laudo, opinamos que aquél acabó no ejercitando el "activismo judicial" que se podría deducir de sus palabras, en un campo como el de la preservación de una concurrencia sana y efectiva, de vital im-

---

<sup>446</sup> Compatibilidad exigida en el art. 4 de la Decisión N<sup>o</sup>. 10 / 94.

portancia para la construcción de un mercado común. Muy al contrario, observamos cómo el Tribunal Arbitral, abdicando del ejercicio de un moderado “activismo judicial”, viene a situarse en el plano discreto de un Tribunal *ad hoc* al uso, con una metodología que por la escasa indagación de los hechos no nos parece la más adecuada a un caso en el que la posible “afectación de los intercambios comerciales” no aparece debidamente tratada.

Llama la atención que el Tribunal, constreñido por las alegaciones y pruebas presentadas por las partes, se mantenga tan respetuoso con el “principio de lo dispositivo” y no avance más en cuanto al “principio de lo inquisitorio”, mediante la búsqueda de pruebas más consistentes por medio de exámenes periciales, de frecuente presencia en el ámbito del derecho de la concurrencia. Más bien al contrario, haciendo una interpretación demasiado restrictiva del aptdo 2 del art. 26 del P.B. y manteniéndose fiel a la regla procesal civilista de distribución del *onus* de la prueba (pfs. 37, 40, 41 y 42), el Tribunal Arbitral procede como si se hallase juzgando un litigio de puro derecho civil interno.

En cuanto al primer apartado nos llama la atención la falta total de consideraciones de tipo jurídico respecto al sistema de depósitos públicos de maíz de la CONAB. Ante una votación por mayoría, como ya hemos señalado, entendemos que hubiera sido muy bien recibida alguna consideración de alcance jurídico respecto a la transferencia de recursos públicos y al problema de la especificidad.

Por lo que respecta al segundo apartado (PROEX), se deja ver también una falta total de consideraciones jurídicas. Al respecto, podemos hacernos algunas preguntas para cuya respuesta no encontramos elementos en la sentencia arbitral: ¿Estaba realmente Brasil llevando a cabo de forma encubierta una práctica de subsidio ilegal? ¿Actuó Brasil por mera conveniencia política por medio de una Dis-

*posición Transitoria*<sup>447</sup>, ¿la aceptación de la reclamación en qué términos se hizo y cuál es su alcance futuro?, ¿no puede exportar Brasil bienes de capital a corto plazo? ¿Por qué razón no puede exportar Brasil en un futuro bienes de consumo bajo el entendimiento de que el PROEX resultase jurídicamente correcto luego de un examen jurídico que el Tribunal Arbitral no nos brinda?

En relación con el tercer apartado (A.C.C. y A.C.E.), como podemos observar, el Tribunal se adhiere a la idea de la necesidad de un efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal en violación de la normativa que regula el MERCOSUR y, además, a la de la generación de un *perjuicio o amenaza de un perjuicio* a los particulares que iniciaron la reclamación. El perjuicio o amenaza de perjuicio funcionaría para el Tribunal como una *condictio sine qua non* para pasar al estudio de la legalidad o ilegalidad de una disposición interna.

En relación con el requisito de *perjuicio o amenaza de perjuicio*, interpretando conjuntamente los artículos 25 –sin ninguna referencia a él– y 26 del P.B., entendemos que únicamente tiene sentido, a nuestro juicio, tomando ambos conceptos como elementos que ayudan a configurar la legitimación activa del individuo, que deberá guardar algún tipo de relación de intereses *presente, directa e inmediata* con las medidas legales o administrativas contra las que se reclaman, de forma que un *mero hipotético interés futuro* pudiera tener difícil encaje en el art. 26, aptdo. 2 del P.B., si bien el concepto de controversia en este Protocolo resulta ser un concepto *único* que, recogido sólo en

---

<sup>447</sup> Afirma RÚA BOIERO respecto a la inhibición por Brasil de la aplicación del PROEX a las exportaciones de bienes de consumo destinados al MERCOSUR: "Si bien la medida fue oportunamente justificada en virtud de compromisos asumidos por Brasil en el marco de su acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, no cabe descartar totalmente la existencia de la controversia como un factor influyente en la misma" (RÚA BOIERO: "La guerra del cerdo (2ª Parte)", cit., p. 20); este mismo autor hace referencia a la capitalización por el gobierno argentino de dicha inhibición como producto de las negociaciones argentino-brasileñas para atenuar los efectos de la devaluación del real" (*Ibid.*)

su art. 1, no contiene ninguna referencia al *perjuicio* o *amenaza de perjuicio*.

Esa relación de intereses tendría su expresión palmaria —supuesta la violación de la norma— en la presencia de un perjuicio; pero, por lo demás, podría venir dada también por la *amenaza de un perjuicio*. En este caso, qué entendemos por *amenaza*: a nuestro modo de ver, la sola existencia de la medida legal o administrativa de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal en violación del orden jurídico del MERCOSUR ya constituye una amenaza de un perjuicio. **Ad maiorem**, si, a fin de cuentas, los “aspectos vinculados a la Reclamación de los particulares han de ser objeto de prueba por el Estado Parte que presentó la reclamación...” en realidad en el Capítulo V del P.B. —salvedad hecha de la posibilidad de la iniciativa particular— estamos lisa y llanamente en la práctica ante controversias entre Estados, con lo cual no tendría sentido seguir hablando en unos casos de no necesidad de un perjuicio o amenaza de perjuicio y en otros de tal necesidad.

En todo caso, si el particular ve reducidos en la práctica sus derechos a un derecho de petición ante su Sección Nacional<sup>448</sup>, por qué razón no puede reclamar en defensa del orden jurídico del MERCOSUR, quebrantado por una medida legal o administrativa, que supone una amenaza para su *derecho a la integración*, incorporado en los dere-

---

<sup>448</sup> Para STOUP, los particulares, después de la presentación de los elementos verosímiles de lo que entienden como su derecho, “quedan desprendidos de la contienda”, afirmando incluso que “las partes son únicamente los Estados miembros involucrados” (STOUPP: “Un laudo...”, cit.). En el mismo sentido, BRUSA, F.: “Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, acerca de Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo”, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, N<sup>o</sup>. 1, febrero de 2000, p. 177.

Los particulares serían calificados como “convidados de piedra” por HITTERS, J.C.: “Solución de controversias en el ámbito del Mercosur”, *La Ley*, Buenos Aires, 1997-C, 1411; de esta denominación se hacen eco ORTEGA y BRIZZIO: “Integración...”, cit., p. 94.

chos internos de los cuatro Estados miembros. Razones de economía procesal serían las únicas que, entendemos innecesariamente, podrían hacer que para tener derecho al desarrollo del Capítulo V, se introdujese la salvedad del perjuicio o amenaza del perjuicio<sup>449</sup>.

Debemos precisar que, en todo caso, como advierte RÚA BOIERO, la cuestión del perjuicio deberá ser objeto, en su momento, de un detenido análisis, “ya que se ha demostrado que esta aparente dualidad de criterios estaría reflejando implícitamente una ambigüedad inconveniente en el texto del Protocolo de Brasilia”<sup>450</sup>.

La noción del perjuicio o amenaza del perjuicio material con unas consecuencias económicas inmediatas que, sin ningún tipo de razonamiento jurídico, sustenta el Tribunal, le permite a éste el evitar

<sup>449</sup> En otro sentido, PEROTTI escribe: “La prueba de dicho perjuicio o amenaza es el criterio distintivo entre ambos procedimientos. Esto evita que los particulares se transformen en censores de la actividad del Estado, cuando actúen por el mero interés de salvaguardar el respeto del Derecho comunitario por las normas —o actos— nacionales. El resultado de esta distinción, en cuanto a las exigencias probatorias, cuyo fundamento normativo se encuentra en los arts. 25 y 26.2 PB y 24 RPB, tiene como efecto privilegiar a determinados actores (Estados miembros) en detrimento de otros (particulares), según el origen de la presentación” (PEROTTI: “El segundo...”, cit., p. 126).

Con todo, más adelante, parece que equipara infracción de la normativa MERCOSUR con perjuicio o amenaza de perjuicio, cuando, en relación con el P.B., escribe: “En nuestra opinión, lo que habilita el Protocolo en cuestión, es que el particular pueda denunciar, que una situación jurídica (derecho), nacida, originada o reconocida en el ordenamiento del Mercosur ha sido alterada, que esa alteración es contraria a aquel ordenamiento, y además le afecta en sus derechos (existencia o amenaza de perjuicio)” (PEROTTI: “El segundo...”, cit., p. 143).

<sup>450</sup> RÚA BOIERO: “La guerra del cerdo (2ª. Parte), cit., p. 20. URIONDO DE MARTINOLI se manifiesta a favor de la prueba del perjuicio: “Es decir, será necesario acreditar que la sanción o aplicación de una medida nacional produce efectos restrictivos, discriminatorios o de competencia desleal. Esta exigencia probatoria, representa un antecedente aleccionador para desalentar el planteamiento de eventuales reclamos basados solamente en simples afirmaciones” (URIONDO DE MARTINOLI: “Segundo Laudo Arbitral del MERCOSUR”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, X, 2000, pp. 275-276).

el examen de la compatibilidad entre los A.A.C. y los A.C.E. y la Decisión N<sup>o</sup>. 10/94. Posiblemente la argumentación argentina haya dejado muchas cosas en el tintero, pero este Laudo no hará historia...Deberían los árbitros tener en cuenta que la apreciación de la prueba, de acuerdo con las *reglas de la sana crítica*, a que se refieren en el pfo. 42, debería hacerse en el contexto del examen de las normas alegadas por las partes. El concepto de perjuicio, a nuestro modo de ver, sólo podría aflorar una vez cumplida la pretensión puesta de manifiesto por el Tribunal en los párrafos 82 y 83, cuando afirma que: "Corresponde analizar, entonces, si las exoneraciones o reducciones tributarias establecidas por el Brasil constituyen incentivos a la exportación cubiertos por la Decisión N<sup>o</sup>10/94". El Tribunal apenas se extiende sobre este asunto en el Laudo<sup>451</sup>. Este propósito de análisis no parece haber sido llevado a cabo por el Tribunal. Únicamente, -sin ninguna consideración respecto a la figura de la violación-, el Laudo podría resumirse en la falta de *existencia o amenaza de un perjuicio*, concepto del que tampoco se ocupan. "Para ese viaje no hacían falta alforjas...". El texto del Laudo, al respecto, hubiera cabido en una sola línea: "Se desestima la reclamación de Argentina por falta de prueba de la existencia o amenaza de perjuicio (art. 26 del Protocolo de Brasilia)".

En relación con el conveniente análisis que procedería llevar a cabo sobre la noción de *perjuicio* o *amenaza de perjuicio*, no quisiéramos, con todo, dejar pasar la oportunidad de avanzar las siguientes

---

<sup>451</sup> El Tribunal deja en el aire muchas cosas: "Volviendo al laudo, nos quedan de todos modos algunos interrogantes por la falta de fundamentación en cuanto a las razones que llevaron al Tribunal a entender que la disposición no fue vulnerada. En primer lugar, no se esclarece si los incentivos a que hace referencia la norma comunitaria deben también cumplir con el requisito de la especificidad, pues aquella menciona a los beneficios que se otorguen a la "actividad productiva exportadora". Además, el art. 11 de la decisión no ha sido incumplido, porque no se procedió a su implementación al derecho nacional, porque no genera derechos y obligaciones amparables, o, porque no se la ha desarrollado a nivel comunitario a través de normas comunes, o, por la combinación de todos estos factores" (PEROTTI: "El segundo...", cit., p. 138).

cuestiones: ¿Si el perjuicio fuese solo algo material en qué podría consistir el concepto de *amenaza de perjuicio*? Evidentemente según la filosofía del Tribunal Arbitral tendría que ser algo de naturaleza económica. ¿En tal caso, dónde esta la aportación del Tribunal a tal concepto? ¿Qué "segmento de lo económico" podría ser calificado como *amenaza*? ¿Por otra parte, si el perjuicio tuviese que ser cuantificable en la presencia de un daño económico, qué ocurriría si una disposición interna causase perjuicios en las exportaciones de un país mientras que en relación con otro, debido, por ejemplo, a sus bajos salarios en la producción, no le causa perjuicios comerciales? ¿Estaríamos tal vez ante normas internas que, según las situaciones, podrían ser al mismo tiempo incongruentes y congruentes con el ordenamiento jurídico del MERCOSUR? Entiendo que la respuesta debe ser negativa en relación con una hipotética ambivalencia de las normas por demandarlo una mínima exigencia del principio de seguridad jurídica.

"Tampoco se ha aprobado, continúa el Tribunal, que los exportadores brasileños utilicen el referido mecanismo con la finalidad principal de realizar un arbitraje financiero, a efectos de usufructuar del diferencial de tasas existentes entre las tasas que se obtienen a través del ACC y ACE y las tasas de mercado financiero interno. No obstante, si se probara dicha circunstancia, demostrándose la afectación que dicho mecanismo tiene o podría llegar a tener en el precio de exportación, se comprobaría la existencia de perjuicio<sup>452</sup>. Parece admitirse que la normativa brasileña de los A.C.C. y A.C.E., amén de una *finalidad principal*, contemplaba el arbitraje financiero con otra *finalidad*, respecto de cuyas repercusiones el Tribunal se desentien-  
de<sup>453</sup>. Ahora bien, aquí se aclara además que, de demostrarse la *afecta-*

---

452 Pfo. 95 del Laudo Arbitral.

453 Como acertadamente señala PEROTTI: "No entendemos para que se agregó el término de "principal"; acaso estaremos creando un nuevo requisito, en cuanto a la prueba, diferente de los ya mencionados en los art. 25 y 26 P.B. Lo que esta norma exige es que se acredite la violación de la normativa comunitaria y el perjuicio. Es

ción en el precio de explotación, se comprobaría la existencia de perjuicio. ¿Significa esto que la normativa correspondiente a los A.C.C. y a los A.C.E. es contraria al ordenamiento jurídico del MERCOSUR?

Nada se dice en el Laudo Arbitral respecto a la existencia o no de violación de la normativa del MERCOSUR. ¿Llegó en sus deliberaciones internas el Tribunal Arbitral a apreciar violación; apreciada ésta, pasó al plano del perjuicio; se ocupó de la posible existencia de violación? Si ocupándose de ella, no fuese apreciada, no tiene sentido basar sólo el fallo en el aspecto del perjuicio, el cual vendría a resultar "legal" y un puro avatar comercial. Inexcusables serían las carencias al respecto si hubiese apreciado violación. En definitiva, en nuestra opinión, el Tribunal Arbitral estuvo bien lejos de aquél que dictara el Primer Laudo, en el cual se afirmaba de forma tajante: "Por lo demás, la cuestión planteada ante este Tribunal, referida a la compatibilidad o no con el sistema del TA —si hay incumplimiento o no de la normativa MERCOSUR— de un determinado régimen..., no puede ser abordada como una mera aplicación mecánica de disposiciones reunidas en un código o texto unificado. Implica necesariamente el realizar una amplia labor interpretativa para identificar los derechos y obligaciones emergentes de un conjunto normativo de formación sucesiva, por acumulación de decisiones políticas y jurídicas, insertas en una realidad económica cambiante"<sup>454</sup>.

Debemos subrayar que respecto de los costos y costas del proceso, con buen criterio, en línea con la argumentación que ya defendimos, no se dispone ninguna carga para los particulares que habían dado origen a la controversia.

---

indiferente si la finalidad principal es principal o accesorio, en razón de que la mera utilización del mecanismo con dicho objetivo ya está penado por el Derecho del Mercosur, si se logra acreditar la alteración que este instrumento ocasionaría en el precio de exportación, hecho que según el laudo "comprobaría la existencia del perjuicio" (PEROTTI: "El segundo...", cit., p. 143).

<sup>454</sup> Primer Laudo Arbitral, pfo. 50.

#### 4. Tercer Laudo Arbitral: *Laudo Arbitral sobre “Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina” (Brasil v. Argentina).*

A finales de julio de 1999, en el marco de dificultades en diversos sectores productivos argentinos derivadas de la crisis internacional de 1997-1998, de la devaluación brasileña de 1999 y de la fuerte caída de la demanda interna, el gobierno argentino dispuso la aplicación durante tres años de cupos para la importación de tejidos de algodón provenientes de Brasil, Pakistán y China. El gobierno brasileño reaccionó frente a dicha medida, cuestionando no sólo sus fundamentos sino en especial la aplicabilidad misma de una normativa de la O.M.C. de neto corte restrictivo en el ámbito comercial intrasubregional<sup>455</sup>.

En consecuencia, en Colonia, República Oriental del Uruguay, el 10 de marzo del 2000, sería pronunciado un Laudo Arbitral sobre la controversia entre la República Federativa del Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada), identificado como controversia sobre “Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina”<sup>456</sup>. El Tribunal,<sup>457</sup> había sido constituido el 30 de diciembre de 1999, adoptando sus Reglas de

---

<sup>455</sup> A pesar de una imprevista misión personal del Presidente argentino a Brasilia, Brasil puso en causa la validez de la disposición argentina, por una parte, acudiendo ante el Órgano Superior de Textiles de la O.M.C. (que recomendaría a Argentina el levantamiento de la medida) y manifestando su intención de continuar hasta la constitución de un panel, y, por otra, dando lugar al inicio de los mecanismos establecidos en el sistema de solución de controversias en el MERCOSUR.

<sup>456</sup> El texto del Laudo Arbitral puede ser consultado en *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 3, junio de 2000, pp. 138-164.

<sup>457</sup> El Tribunal estaba integrado por los Drs. Gary N. HORLICK (Estados Unidos de América), Presidente del Tribunal, Juan Carlos de MAGALHÃES (Brasil) y Raúl E. VINUESA (Argentina).

Procedimiento e invitando asimismo a las Partes a presentar sus escritos de presentación y de respuesta<sup>458</sup>.

Con fecha 9 de febrero de 2000, el Tribunal decidió hacer uso de la prórroga de 30 días para formular su fallo (arts. 20 del P.B. y 17(1) de su Reglamento).

### **A) Reclamación del Brasil.**

Brasil afirmó que la Resolución Nº. 861/99, que establece cupos anuales sobre textiles de algodón de Brasil, constituiría una medida contraria e incompatible con el libre comercio acordado entre los Estados Miembros del MERCOSUR, argumentando que la medida tendría carácter discriminatorio porque favorece a otros países de fuera de la región, en perjuicio de Brasil. Además este país consideraba también la medida incompatible con las condiciones establecidas en el Acuerdo sobre Textiles y el Vestido ("ATV") de la Organización Mundial de Comercio porque conforme a la recomendación del Órgano de Supervisión de los Textiles ("OST"), Argentina debía sus-

---

<sup>458</sup> La primera etapa consistió en negociaciones directas que comenzaron con el requerimiento de Brasil, de fecha 23 de julio de 1999, y con las negociaciones directas celebradas el 5 de agosto de 1999. En esta etapa no se llegó a solución alguna. La segunda etapa comenzó con el requerimiento de Brasil ante el Grupo Mercado Común, con fecha 15 de Septiembre de 1999, para que la cuestión fuera incluida para su examen en la Agenda de la Reunión XXXV del Grupo Mercado Común. La XXXV Reunión del Grupo Mercado Común, celebrada el 28 y 29 de Septiembre de 1999, examinó el asunto sin llegar a ninguna solución. El 13 de Noviembre de 1999 el Gobierno de Brasil solicitó la constitución del Tribunal Arbitral.

Los escritos fueron recibidos dentro de los plazos previstos. El Tribunal formuló preguntas a ambas Partes. Dos de las preguntas, a petición del Tribunal, fueron contestadas por escrito, debiendo las otras preguntas servir de orientación para las argumentaciones de las Partes durante la audiencia oral convocada para el 23 de febrero del 2000 en la Sede de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR. Las Partes fueron escuchadas en la audiencia, respondiendo igualmente a las preguntas que les fueron formuladas por el Tribunal. Éste ordenó la presentación escrita de los resúmenes de las posiciones de cada Parte de conformidad con el art. 15. 2 de su Reglamento.

penden la aplicación de tal medida. A tal efecto Brasil invocó como argumentos los siguientes:

-- Los productos textiles fueron sometidos al Programa de Liberación Comercial establecido bajo el Artículo 1 del Anexo I del Tratado de Asunción, el cual dispone la eliminación de todas las gravámenes, cargas y otras restricciones aplicadas a las relaciones del comercio recíproco de los Estados Parte del MERCOSUR a partir del 31 de diciembre de 1994.

-- El art. 1 del Anexo IV (Cláusula de Salvaguardia) al Tratado de Asunción<sup>459</sup>.

-- El art. 5 del Anexo IV<sup>460</sup>.

-- El mantenimiento de medidas de salvaguardia, después del 31 de diciembre 1994, sólo era posible sobre la base del artículo 3(b) de la citada Decisión Nº. 5/94 del Consejo Mercado Común (Régimen de Adecuación Final hacia la Unión Aduanera)<sup>461</sup>.

-- En diciembre de 1994, momento de redefinición de las reglas para la estructura de la unión aduanera, el A.T.V. ya había sido firmado como parte de los Acuerdos de Marrakesh. Los Estados Miembros del MERCOSUR no acordaron la aplicación del A.T.V. como instrumento regulador del comercio intra-MERCOSUR<sup>462</sup>.

---

<sup>459</sup>Dicho artículo establece que "Cada Estado Parte podrá aplicar hasta el 31 de diciembre de 1994, cláusulas de salvaguardia a la importación de los productos que se beneficien del Programa de Liberación Comercial establecido en el ámbito del Tratado".

<sup>460</sup> En virtud de este artículo, "en ningún caso la aplicación de cláusulas de salvaguardia podrán extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994".

<sup>461</sup> Escrito de presentación de Brasil, Sección III.1, p. 7-10.

<sup>462</sup> Como prueba de su posición, Brasil recurre a la Resolución Nº. 124/94 del Grupo del Mercado Común, la cual recoge las actividades del Comité Técnico del Sector de Textiles Nº 10 ("CT-10"), argumentado que dicha Resolución se limita al comercio extra-zona y que el CT-10 debería considerar el Acuerdo de Marrakesh con respecto únicamente a las transacciones con países no Miembros del MERCOSUR, dado que los Miembros del MERCOSUR estaban sujetos al Régimen de Adecuación Final.

-- El Artículo 81 del Reglamento Común de Salvaguardia, aprobado por la Decisión Nº. 17/96 del C.M.C.<sup>463</sup> y utilizado por Argentina como el fundamento jurídico para la aplicación de la Resolución 861/99<sup>464</sup>.

-- La Resolución Nº. 124/94 del Grupo del Mercado Común, creadora del Comité Técnico del Sector Textil, con el fin de estudiar la conveniencia de la adopción de una política común de importación para el sector de los textiles, cuyo artículo 2 dispone que "En tanto no se defina una política común de importación para el sector textil, los países podrán aplicar medidas frente a importaciones de extra-zona de textiles..."<sup>465</sup>.

---

<sup>463</sup>Mercosur/CMC/DEC. Nº 17/96. Reglamento relativo a aplicação de medidas de salvaguarda ás importações provenientes de países não-membros do Mercado Comum do Sul (Mercosul), en DROMI: Código..., cit., Vol. 8, pp. 7073-7099.

Brasil entiende al respecto que la Decisión Nº. 17/96 está destinada a la aplicación de medidas de salvaguardia frente a terceros países no Miembros del MERCOSUR; además que la citada Decisión no estaba en vigor cuando la Resolución Nº. 861/99 fue adoptada, dado que tal decisión no había sido incorporada en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes; por otro lado, el artículo 98 de la referida Decisión establece que "cuando fueran aplicadas medidas de salvaguardia de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 90, se excluirán de las mismas las importaciones originarias de los Estados Partes".

<sup>464</sup> Dicho artículo establece: "En los casos de los productos agrícolas y de los productos textiles, se aplicarán, cuando correspondiere, las disposiciones del Acuerdo sobre Agricultura y del Acuerdo sobre Textiles y Vestido de la OMC".

<sup>465</sup> Asimismo, el considerando de la Resolución Nº. 124/94 recoge que " Las particularidades del comercio internacional del sector textil y su reglamentación en los foros internacionales, recomiendan el examen de la posibilidad de una política de importación específica para ese sector que sea complementaria al Arancel Externo Común ("AEC")". Brasil juzga que la referencia al A.E.C. es indicativa de que la Resolución se refiere a una política de importación frente a terceros países. Brasil sustenta esta afirmación basándose en el título de la Resolución, "Sector Textil – Comercio Extra-zona".

-- La Directiva Nº. 14/96 de la C.C.M.<sup>466</sup> que modificó y prorrogó el mandato del CT-10<sup>467</sup>.

-- El Acta Nº. 2/96 que recoge la reunión del CT-10 de Río de Janeiro, estableciendo el compromiso de ambas delegaciones para remover y/o no implementar medidas de carácter administrativo que tengan impacto en el comercio intra-zona.

En su **petitum** Brasil solicita al Tribunal que falle la incompatibilidad de la normativa del MERCOSUR con la aplicación por un Estado Parte del MERCOSUR de medidas de salvaguardia de cualquier naturaleza a las importaciones provenientes de otro Estado Parte. Asimismo, solicita que el Tribunal declare la incompatibilidad de las normas del MERCOSUR con la aplicación por un Estado Parte del MERCOSUR de salvaguardias, con base en el A.T.V. de la O.M.C., a las importaciones provenientes de otro Estado Parte<sup>468</sup>. Finalmente, requiere Brasil que el Tribunal disponga que el Gobierno argentino revoque inmediatamente la Resolución Nº. 861/99 y los actos administrativos concordantes.

## B) Respuesta de Argentina.

En su respuesta, Argentina cuestiona el hecho de que la imposición de medidas de salvaguardia sobre textiles sea una materia regulada por la normativa MERCOSUR. Argentina alega sobre el particular que el MERCOSUR carece de normas sobre el tema y que en conse-

---

<sup>466</sup> Mercosur/CCM/DIR. Nº. 14/96. Comité Técnico Nº 10 – Sector Textil, en DROMI: **Código...**, cit., Vol. 8, pp. 7883-7884.

<sup>467</sup> De acuerdo con el art. 1, aptdo. II de esta Directiva, el Comité debería acompañar y promover la eliminación de los obstáculos al flujo comercial intra-zona de textiles.

<sup>468</sup> RÚA BOIERO destaca la importancia de la petición brasileña, la cual busca "llevar el planteo a un plano de mayor generalidad que ... se transforme en un juicio definitorio y definitivo sobre un instrumento de política comercial y su inaplicabilidad en el intercambio intrazonal" (RÚA BOIERO: "Argentina 1- Brasil 2 (Iª Parte)", **Periódico Económico Tributario**, 11 de abril de 2000, p. 20).

cuencia a efectos de definir situaciones relativas al comercio de textiles, las Partes deben mantener y aplicar sus propias legislaciones domésticas hasta que los órganos de MERCOSUR hayan establecido una regla común. Habida cuenta de la inexistencia de normas en el MERCOSUR que regulen una materia determinada, los países partes se veían posibilitados para aplicar sus respectivas legislaciones nacionales en el área pertinente mientras que los órganos del MERCOSUR no dicten normativa común. Argentina incorporó a su ordenamiento jurídico el A.T.V. de la O.M.C., mediante la Ley Nº. 24.425, sosteniendo que, una vez que el A.T.V. fuera incorporado a su derecho interno, puede aplicar aquellas normas que le permitan tomar medidas de salvaguardias como las contempladas por la Resolución Nº. 861/99. Esta Resolución había sido adoptada a petición de la Federación Argentina de Industrias Textiles.

En consecuencia, como una cuestión de previo pronunciamiento, la República Argentina afirmó que el régimen de solución de controversias del MERCOSUR (Protocolo de Brasilia) no era de aplicación al caso en razón de no haber conflicto de normas o de interpretación de normas del MERCOSUR. Según Argentina, no habría norma en el MERCOSUR que regule el objeto de la controversia a examen (la aplicación de salvaguardia sobre productos textiles de un Estado Miembro) y, por lo tanto, no habría controversia.

Argentina invocó también como fundamentos jurídicos los siguientes:

-- El Anexo IV al Tratado de Asunción<sup>469</sup>.

---

<sup>469</sup> Argentina estima correcta la afirmación de Brasil de que el Anexo IV del T.A. regula el tema de las salvaguardias intra-MERCOSUR, estableciendo que cada Estado podrá aplicar, hasta el 31 de diciembre de 1994, cláusulas de salvaguardia. Sin embargo, Argentina sostuvo que no es cierta la afirmación de Brasil que a partir del 1 de enero de 1995 se halla prohibida la aplicación de salvaguardias dentro de la zona. En apoyo de su posición, Argentina cita dos decisiones que recogen salvaguardias: i) "La Decisión 7/94 ("Arancel Externo Común") del Grupo del Mercado Común" (sic) recoge la posibilidad de aplicación hasta el año 2001 de medidas de salvaguardia sobre

-- La afirmación de que existe un órgano en el MERCOSUR, el CT-10 que fue creado con funciones relativas a temas relacionados al sector textil, cabiéndole hacer recomendaciones sobre política comercial "tomando en consideración los Acuerdos de Marrakesh" (Directiva N<sup>o</sup>. C.C.M. 1/95).

--Cuestionó la afirmación de Brasil de que las medidas de salvaguardia no pueden coexistir en una unión aduanera<sup>470</sup>.

---

productos incluidos en la Lista de Excepciones en el supuesto de un súbito incremento de las exportaciones de estos productos, que impliquen daño o amenaza de daño grave; ii) "Decisión 8/94 ("Zonas Francas, Zonas de Procesamiento de Exportaciones y Áreas Aduaneras Especiales") del Grupo del Mercado Común" (sic), dispone sobre la posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia sobre productos provenientes de zonas francas comerciales, zonas francas industriales, de zonas de procesamiento de exportaciones y de áreas aduaneras especiales, cuando sus importaciones supongan un aumento imprevisto de importaciones que cause daño o amenaza de daño. Argentina alegó que las previsiones de estas dos decisiones modifican el Tratado de Asunción y prevalecen sobre el Tratado de acuerdo con el art. 53 del Protocolo de Ouro Preto.

Los textos de las Decisiones C.M.C. N<sup>os</sup>. 7/94 y 8/94 (que, por error el Tribunal Arbitral atribuye al G.M.C.) pueden consultarse en DROMI: Código..., vol. II, cit., pp. 1423-1425 y 1426-1427, respectivamente.

<sup>470</sup> Argentina sostiene que el tema es controvertido en el ámbito del G.A.T.T/O.M.C., donde el Artículo XXIV, aptdo. 8 del G.A.T.T. 1994 define las uniones aduaneras, afirmando su compatibilidad con las reglas multilaterales. El Artículo XXIV, aptdo. 8 (a) define a una unión aduanera como "la substitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión". Subraya Argentina que la interpretación de la expresión "lo esencial de los intercambios" es controvertida, pudiendo ser interpretada en forma cuantitativa o cualitativa. A su entender, la obligación de eliminar los derechos aduaneros y las reglamentaciones restrictivas del comercio entre los miembros de una unión aduanera sería aplicable a "lo esencial del intercambio" y no a "todo el intercambio" entre ellos. Argentina citó algunas previsiones de salvaguardia en la Unión Europea ("U.E."), afirmando que la U.E. sólo eliminó las salvaguardias intra-zona cuando se transformó en una unión monetaria.

--La existencia de una distinción relevante en el ámbito del MERCOSUR entre las salvaguardias del Artículo XIX del G.A.T.T. 1994 y las salvaguardias del Artículo 6 del A.T.V<sup>471</sup>.

-- El hecho de que la integración del sector de textiles al libre comercio fuese parcial, en la medida en que sólo a fines de 1999 se llegó a completar el desmantelamiento arancelario, continuando aplicándose restricciones no arancelarias al comercio intra-zona para los productos textiles. Argentina alegó que la adopción de una medida no-arancelaria -de naturaleza cuantitativa- (Resolución N<sup>o</sup>. 861/99) no había afectado al tratamiento preferencial otorgado a los productos textiles brasileños<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> El art. 6 del A.T.V., vendría a establecer un mecanismo específico de transición para los textiles, permitiendo la aplicación de medidas de salvaguardia en su comercio. Los Estados miembros del MERCOSUR, asimismo miembros de la O.M.C., tendrían el derecho de aplicar salvaguardias frente a terceros países y, en la medida en que no existen compromisos posteriores en el MERCOSUR sobre ese tipo de salvaguardias, ellas se aplican también en el comercio intra-MERCOSUR. Argentina agregó además que su posición en una controversia de la O.M.C. en la cual había excluido las importaciones del MERCOSUR de la aplicación de las salvaguardias al calzado tenía base en el Art. XIX del G.A.T.T. 1994, que no permite discriminación de origen. Argentina opina que existe una diferencia entre las salvaguardias generales en el Art. XIX del G.A.T.T. 1994 que son aplicables a todos los países y las salvaguardias específicas para el sector textil contempladas en el Art. 6 del A.T.V., el cual es aplicable miembro por miembro. Las medidas autorizadas por el art. 6 del A.T.V. no estarían prohibidas por las disposiciones del MERCOSUR y, por lo tanto, serían aplicables en el comercio intra-zona.

<sup>472</sup> Argentina no comparte la afirmación brasileña sobre los alcances de la Resolución N<sup>o</sup>. 124/94 como limitada al comercio extra-zona, argumentando que el art. 6 de la Resolución dispone que "no se cobrarán derechos específicos en el comercio intra-MERCOSUR para el intercambio de productos del sector textil". Además, Argentina niega lo afirmado por Brasil al considerar que la aplicación del A.E.C. lleva a la conclusión de que el sector textil está integrado a la unión aduanera. Argentina señala el hecho de que el libre comercio intra-zona no está limitado a la existencia de un arancel externo común. La integración del sector textil al libre comercio se llevó a cabo por medio de la eliminación de aranceles, si bien los Estados continúan con instrumentos no-arancelarios que afectan al flujo del comercio regional. Para Argentina una evidencia de la persistencia de obstáculos intra-zona se encuentra en la Directiva

-- La inexistencia de una política comercial común textil, dado que cada Estado aplica una política diferenciada de la que utilizan sus socios del MERCOSUR<sup>473</sup>.

---

C.C.M. Nº. 14/96 que instruye el CT-10 para que acompañe y promueva la remoción de obstáculos en el flujo de comercio de textiles intra-zona.

473 Argentina alega fundamentos jurídicos de Derecho Internacional como parte de su defensa, sosteniendo que los Estados Miembros del MERCOSUR están también sometidos a la observancia de la normativa de la O.M.C. Las reglas del MERCOSUR no excluyen las disposiciones multilaterales, de modo que si un tema ha sido objeto de regulación entre los países del MERCOSUR con reglas que profundizan los compromisos O.M.C., éstas obligan a los socios prevaleciendo sobre las reglas multilaterales. Sin embargo, si una materia no ha sido regulada en el MERCOSUR, los Estados Partes podrán aplicar los instrumentos previstos en el ordenamiento O.M.C. de 1991 hasta 1994, señala Argentina, las salvaguardias intra-zona estuvieron reguladas en el MERCOSUR por el Anexo IV del T.A. En 1995, los Acuerdos de Marrakesh entraron en vigor (incluyendo el A.T.V.). En atención a la inexistencia de normas específicas sobre salvaguardias de textiles en el MERCOSUR, las reglas del A.T.V. resultarían de aplicación. Argentina, en conclusión, se refiere al principio de la especialidad, conforme al cual una norma específica prevalece sobre una norma general. Cuando el art. 4 de la Resolución Nº. 124/94 creó el Comité Técnico, se estableció que este Comité debía tomar en cuenta las reglas y normas vigentes en los acuerdos multilaterales, el nuevo acuerdo emanado de la Ronda Uruguay del G.A.T.T. (Acta de Marrakesh) y la entrada en vigencia de la O.M.C. Después de 1994, no hubo en el MERCOSUR negociaciones sobre salvaguardias para el sector textil, por lo que, según Argentina, entrarían en vigor para los Estados Partes las reglas acordadas en el A.T.V.

Con base en el principio de especialidad, se daría, según Argentina, la siguiente situación: i) el Anexo IV del T.A. permitió la aplicación de salvaguardias hasta fines de 1994; ii) Después de 1994, el MERCOSUR no adoptó normativa alguna sobre este tema, generándose así un "vacío legal"; iii) Posteriormente, los Acuerdos de Marrakesh (incluyendo al A.T.V.) entraron en vigor, estableciendo reglas sobre salvaguardia en textiles, que fueron incorporadas en la legislación de Argentina (Ley Nº 24.425 y Decreto Nº. 1059/96); la especialidad de la salvaguardia regulada por el art. 6 del A.T.V. cubre el vacío legal derivado de la inexistencia de la normativa MERCOSUR. Argentina sostiene que el art. 6 del A.T.V. de la O.M.C. crea derechos específicos para los miembros de la Organización distinguibles del art. XIX del G.A.T.T. 1994 y del Acuerdo sobre Salvaguardias que pueden ser invocados contra terceros países o dentro de MERCOSUR, sobre la base de que no hay un acuerdo interno sobre este tipo de salvaguardias dentro de MERCOSUR (Escrito de respuesta de Argentina, p. 15).

A la vista de tales argumentos, Argentina solicitó al Tribunal la declaración de la improcedencia de las pretensiones brasileñas relativas a: i) la incompatibilidad con las normas MERCOSUR de la aplicación por un Estado Parte de medidas de salvaguardia de cualquier naturaleza a las importaciones provenientes de otro Estado Parte del MERCOSUR y ii) la incompatibilidad con las normas MERCOSUR de la aplicación por un Estado Parte de salvaguardias con base en el A.T.V. de la O.M.C. a las importaciones provenientes de otros Estados Parte del MERCOSUR. Asimismo, solicitó del Tribunal que rechace la pretensión brasileña referente a la derogación de la Resolución Nº. 861/99 del citado ministerio argentino.

### C) Considerandos del Tribunal.

#### a) Cuestión preliminar. Definición de la controversia.

Como cuestión preliminar, Argentina plantea ante el Tribunal que no existe disputa o controversia a ser resuelta en el presente caso, toda vez que si no hay obligación en el marco del MERCOSUR no puede haber incumplimiento bajo la normativa MERCOSUR y por lo tanto el Tribunal carece de jurisdicción.

En orden a considerar esta cuestión preliminar, el Tribunal entiende que, en primer lugar, deberá definir qué es una "controversia" dentro del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, llegando a la conclusión de que tal definición no existe en el Tratado de Asunción ni en el derecho derivado de ese Tratado. Por lo que el Tribunal, tomando como referencia el inciso final del art. 19 del P.B., que remite "a los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia", acude a la noción de controversia internacional elaborada por la jurisprudencia internacional<sup>474</sup>, entendiendo que, en el

---

<sup>474</sup> A este respecto, *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, P.C.I.J., Serie A, n. 2, p. 11. En este asunto el T.P.J.I afirmó que una controversia es "un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes". Esta noción de "controversia" fue reiterada por la Corte Internacional de

presente caso la reclamación de Brasil y la respuesta de Argentina se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación; que la reclamación de una de las partes "se opone positivamente a la de la otra y que existe un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la licitud o no de la Resolución N<sup>o</sup>. 861/99 del Ministerio de Economía de Argentina con relación a la normativa MERCOSUR"<sup>475</sup>.

Habida cuenta de ello, la controversia en su conjunto radicaba en la interpretación de la normativa MERCOSUR respecto al tratamiento de los productos textiles y en si las salvaguardias están permitidas bajo la unión aduanera. Por lo que el Tribunal concluye que las diferentes posiciones asumidas por las Partes con respecto a salvaguardias aplicadas por Argentina en relación con la interpretación, aplicación y observancia de distintas disposiciones del MERCOSUR<sup>476</sup>, resultan evidencia suficiente "para considerar que la presente controversia cae dentro del sistema de solución de controversias previsto por el Protocolo de Brasilia"<sup>477</sup>. El objeto de la controversia radi-

---

Justicia (C.I.J.) en los casos *Camerín Septentrional* (I.C.J. Reports 1963, p. 27); *Asunto sobre la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la ONU* (I.C.J. Reports 1988, p. 27, pfo. 35); *Asunto de Timor Oriental* (I.C.J., Reports 1995, p. 99); *Asunto de África Sudoccidental* (I.C.J. Reports 1962, p. 328).

<sup>475</sup> Laudo Arbitral, aptdo. II, A.

<sup>476</sup> Tales como: 1. El Anexo IV del T.A. Brasil lo interpreta como una clara prohibición de la aplicación de salvaguardias después del 1 de enero de 1995. Argentina argumenta que puede haber salvaguardias dentro del MERCOSUR después del 1 de enero de 1995; 2. Tratamiento del sector textil dentro del MERCOSUR. Brasil sostiene que los productos textiles están cubiertos bajo tres sistemas de protección (Listas de Excepciones, Régimen de Salvaguardias, Programa de Adecuación Final). Argentina sostiene que los productos textiles alcanzados por la Resolución N<sup>o</sup>. 861/99 no estaban cubiertos por un sistema de protección; 3. Otras diferencias de interpretación. Coexistencia de salvaguardias con una unión aduanera, la integración del sector textil a la unión aduanera, interpretación de la Resolución N<sup>o</sup>. 124/94 (Laudo Arbitral, aptdo. II, A).

<sup>477</sup> Laudo Arbitral, aptdo. II, A, 3.

caría en la desavenencia entre las Partes respecto a si la Resolución Nº. 861/99 del Ministerio de Economía de la República Argentina y los actos administrativos que, en consecuencia, fueron dictados están en conformidad con la normativa MERCOSUR<sup>478</sup>.

Además, el Tribunal entiende que la cuestión de si el MERCOSUR permite o no expresamente la aplicación de medidas de salvaguardia y de si hay o no una obligación que se desprenda de su ordenamiento, es una cuestión que debe ser considerada y decidida como una cuestión de fondo y no como una cuestión preliminar.

Como cuestión preliminar final, el Tribunal encontró apropiado el decidir sobre la relevancia para el presente caso de las intervenciones ante el Órgano de Supervisión de Textiles (O.S.T.) de la O.M.C.<sup>479</sup>. Sin embargo, después de examinar los Informes presentados por el O.S.T. --fechados el 29 octubre de 1999 y el 17 de diciembre 1999--, el Tribunal llegó a la conclusión de que el contenido de los mismos no era relevante respecto a la cuestión de si las salvaguardias sobre textiles están o no permitidas por la normativa MERCOSUR.

#### **b) Contexto para la interpretación de la normativa MERCOSUR.**

El Tribunal entiende que el punto de partida para la interpretación se relaciona con la determinación de las fuentes relevantes del

---

<sup>478</sup> El 13 de Julio de 1999 el Ministerio de Economía de Argentina había publicado la Resolución Nº. 861/99, imponiendo medidas de salvaguardias bajo la forma de cuotas anuales a la importación de textiles de algodón procedentes de la República Federativa del Brasil. La Resolución entró en vigor el 31 de julio de 1999, con una vigencia de tres años.

<sup>479</sup> A ese Órgano le fue requerido el examen de la información fáctica y de los datos presentados por Argentina para determinar si satisfacía o no los requerimientos para aplicar salvaguardias contra textiles de algodón del Brasil, de conformidad con el A.T.V. La controversia traída ante el Tribunal Arbitral se referiría a la cuestión de si las medidas de salvaguardia aplicadas por Argentina en referencia al art. 6 del A.T.V. son compatibles con las normas MERCOSUR.

derecho aplicable, tal como fueran expresadas en el art. 19, apdo. 1 del P.B. "El Artículo 19 se refiere a los principios de derecho internacional aplicables a la controversia. Por lo tanto, el Tribunal, a lo largo de su decisión tomará en consideración los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que codifican principios del derecho consuetudinario internacional"<sup>480</sup> en materia de interpretación de tratados, en el momento del análisis y la evaluación de la normas primarias y secundarias del MERCOSUR relevante para la solución de la controversia<sup>481</sup>.

Como todo acuerdo que ya ha alcanzado el nivel de área de libre comercio y está en camino a completar una unión aduanera, el sistema MERCOSUR tiene como fin la eliminación de las barreras al comercio entre sus miembros, debiendo toda interpretación de la normativa MERCOSUR por parte del Tribunal estar no sólo en concordancia con estos propósitos sino que incluso debe promoverlos. La importancia de tomar en consideración los propósitos y objetivos de un acuerdo regional de integración, a la hora de la interpretación de sus normas básicas en general y en un sentido específico había sido expresamente reconocida ya en el Primer Laudo Arbitral cuando sostiene: "... el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes y siendo el propio Tribunal un elemento del ordena-

---

<sup>480</sup> Laudo Arbitral, apdo. II, C.

<sup>481</sup> En la Aclaración del Laudo Arbitral, el Tribunal advierte: "...El Tribunal a lo largo de su decisión tomó en consideración para interpretación de la normativa MERCOSUR, los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ("Convención de Viena"). De acuerdo a la Convención de Viena, un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme el sentido corriente a dar a los términos del Tratado. Así, el Tribunal expresó su entendimiento de que una interpretación textual de las normas MERCOSUR era suficiente para comprender el contenido y alcance de dichas normas" (Aclaración del Laudo Arbitral del Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR constituido para decidir sobre la reclamación hecha por la República Federativa del Brasil a la República Argentina, sobre la aplicación de Medidas de Salvaguardia a Productos Textiles -Resolución 861/99 del ME y OSP, apdo. 1).

miento que las Partes conformaron para regular sus relaciones recíprocas con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del T.A.<sup>482</sup>.

### **b.1) Programa de liberación comercial para el período de transición.**

Los argumentos presentados por las partes indujeron al Tribunal a examinar las diferentes etapas de integración del comercio regional dentro del MERCOSUR, desde la firma del T.A., con relación a la posibilidad de usar medidas de salvaguardia durante ese proceso.

Así, en relación con la cuestión de si los productos textiles incluidos en la Resolución Nº. 861/99 estuvieron sujetos a medidas de salvaguardias bajo el Programa de Liberación Comercial para el período de transición, o si con posterioridad fueron protegidos bajo el Programa de Adecuación Final, el Tribunal sostiene que la Resolución Nº. 861/99 fue incorporada por Argentina después del 1 de enero de 1999, fecha de la entrada en vigor de la Unión Aduanera, resultando irrelevante la cuestión de si los productos textiles de referencia estuvieron cubiertos por algún régimen de protección con anterioridad a la entrada en vigor de la Unión Aduanera, la cual, a criterio del Tribunal, es el marco jurídico relevante para la solución de la presente controversia.

### **b.2) Régimen de Adecuación Final.**

En el año 1994 las Partes adoptaron la Decisión Nº. 5/94 del C.M.C. estableciendo el llamado Régimen de Adecuación Final hacia la Unión Aduanera<sup>483</sup>, en el cual aparece una lista reducida de productos bajo medidas de protección especial, que eran colocados fuera del Programa de Liberación Comercial. La lista incluyó únicamente productos que habían sido considerados previamente en las listas de

---

482 Primer Laudo Arbitral, pfo. 51.

483 Art. 1 de la Decisión Nº. 5/94.

excepciones al Programa de Liberación Comercial o que estaban sujetos a medidas de salvaguardia bajo el T.A<sup>484</sup>.

Teniendo en cuenta que el Artículo 5 del Anexo IV del TA recoge el plazo máximo del 31 de diciembre de 1994 para la aplicación de medidas de salvaguardia, "la lista de excepciones" y el permiso para mantener medidas de salvaguardia tomadas durante el Régimen de Adecuación Final parecería incompatible con las normas básicas del Tratado y los plazos perentorios para la implementación del Programa de Liberación Comercial. Sin embargo, continuaba el Tribunal, el Protocolo de Ouro Preto establece una regla específica sobre conflictos entre normas adoptadas con posterioridad por los órganos de MERCOSUR<sup>485</sup>.

Habida cuenta de ello, según el Tribunal Arbitral, se les permitió a las Partes el adoptar normativa MERCOSUR que podía establecer nuevas reglas y nuevos términos o plazos para la consecución del Pro-

---

<sup>484</sup> En la decisión se disponía, como ya indicamos, que los aranceles y las medidas de salvaguardia debían darse por concluidos al 1 de enero de 1999 (Art. 3 de la Decisión Nº. 5/94). Asimismo, "la Resolución 48/94 del Consejo del Mercado Común (sic) especificaba que el número de productos sujetos al Régimen de Adecuación Final debía ser más bajo que el de la lista específica de excepciones por país bajo el A.C.E. Nº 18 y que el de las listas de salvaguardias; y que las barreras al acceso al mercado no serían más elevadas que las existentes al momento de la adopción de la Decisión 5/94" (Pfo. III, D, 1). Observemos la imprecisión de atribuir una resolución del G.M.C. al C.M.C.

<sup>485</sup> Laudo Arbitral, III, D, 2. El Artículo 53 del Protocolo establece que: "Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición". Una condición necesaria para la aplicación del art. 53, a juicio del Tribunal, sería el que las Partes actuaran en forma conjunta dentro del Consejo del Mercado Común. "Solamente cuando el órgano debidamente autorizado dentro del sistema del MERCOSUR adopta normas, podrán estas normas aún siendo posteriores y en caso de conflicto, tener precedencia sobre las normas del Tratado de Asunción. Por lo tanto, el Artículo 53 no autoriza a los Estados miembros de MERCOSUR a tomar en forma unilateral medidas que contravengan las obligaciones impuestas por el TA".

grama de Liberación Comercial, incluso si esto incluyera el mantenimiento de medidas de salvaguardias a **contrario** del art. 5 del Anexo IV.

En relación con lo afirmado por el Tribunal sobre el art. 53 P.O.P., estimamos procedente manifestar que el período de transición, tal como se deduce de los arts. 1 y 3 del T. A. resulta aún indeterminado, por lo que, en consecuencia, creemos oportuno recordar que, a nuestro juicio, el plazo de vigencia del art. 53 es hasta el 31 de diciembre de 1994. Una vocación *ad futurum* indeterminada en el tiempo introduciría una gran dosis de inseguridad jurídica<sup>486</sup>. El Tribunal Arbitral, por lo demás, en ningún momento, nos da la fecha final de ese período de transición, si bien habla de que “el período de transición para lograr una unión aduanera dentro del MERCOSUR fue prorrogado del 31 de Diciembre de 1994 hasta el 1 de enero de 1999”<sup>487</sup>. En un proceso de consecución gradual de distintos objetivos como la Zona de Libre de Comercio, la Unión Aduanera –aún no alcanzadas totalmente-, y de un Mercado Común aún lejano, los períodos de transición hacia ellos, obviamente, serán distintos lo cual hace que resulte impreciso hablar de un único período de transición. Asimismo, la interpretación literal del art. 53 hablando en pasado parece abonar nuestro punto de vista.

Una conclusión principal resultaba del Programa de Adecuación hacia la Unión Aduanera. En primer lugar, el período de transición para la consecución de la Unión Aduanera dentro del MERCOSUR

---

<sup>486</sup> Como advierte PEÑA: “La idea que, quizás por un descuido de redacción, deja flotando el Tribunal (incluso en su aclaratoria) en el sentido que por el Protocolo de Ouro Preto se hubiera otorgado competencia al Consejo para que por consenso pueda en el futuro modificar el Tratado de Asunción, no sólo no tiene ningún sustento legal y va en contra del texto expreso del citado artículo, sino que puede generar un peligroso precedente interpretativo con consecuencias muy negativas sobre la seguridad jurídica en el Mercosur...” (PEÑA, F.: “El Laudo Arbitral sobre las salvaguardias textiles en el Mercosur”, *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 3, junio 2000, p. 133).

<sup>487</sup> Laudo Arbitral, III, C, 3.

fue prorrogado del 31 de diciembre de 1994 hasta el 1 de enero de 1999. Así pues, el Programa de Liberación Comercial, que continuaba siendo aplicado, vendría a coexistir con una lista de excepciones que permitían tarifas y medidas de salvaguardias sobre un número limitado de productos en comparación con el período previo hasta fines de 1994, de manera que los Estados Miembros de MERCOSUR podían entonces mantener medidas de salvaguardias pero con mayores restricciones; estas medidas de salvaguardia podrían, en teoría, incluir restricciones cuantitativas sobre importaciones a la Argentina hasta el 1 de enero de 1999.

### **b.3) Etapa actual de integración. La Unión Aduanera.**

Refiriéndose a la etapa actual de integración, el Tribunal destaca como la introducción del esquema de Unión Aduanera entre los Estados Miembros del MERCOSUR comenzó con la culminación del Régimen de Adecuación Final a 1 de enero de 2000. Tras la liberación del comercio intrazona las Partes explícitamente renunciaban a la utilización de obstáculos al libre comercio tales como las medidas de salvaguardia. De manera que, como advierte el Tribunal, “las partes fueron libres para establecer excepciones al Artículo 5 del Anexo IV o para encontrar otros medios en el ámbito multilateral o dentro de los órganos de MERCOSUR para la aplicación de las medidas de salvaguardias acordadas entre ellos”<sup>488</sup>. Quedaría entonces por determinar, en opinión del Tribunal, la existencia o no de normas dentro del sistema MERCOSUR o en cualquier otro sistema que permitan a las Partes la aplicación de medidas de salvaguardia contra importaciones de productos textiles desde otro Estado miembro de MERCOSUR, con posterioridad al 1 de Enero de 1999.

A continuación, como tendremos ocasión de comprobar, el Tribunal Arbitral centrará su atención en continuar “desmontando” de manera razonada la línea argumental argentina.

---

<sup>488</sup> Laudo Arbitral, III, D, 3.

**c) Argumento del vacío legal: Ausencia de una política común sobre textiles.**

Argentina afirmará que aún después de la conclusión del Régimen de Adecuación Final, la integración de los productos del sector textil es solamente parcial y por lo tanto no existe una política interna común sobre el comercio de textiles entre las Partes. Por consiguiente, desde la óptica de Argentina esta situación da lugar a un vacío jurídico relativo al comercio de textiles, no habiendo en consecuencia obligación que pueda ser incumplida. Basa su argumento en que el Anexo IV al T.A. rige hasta el 31 de diciembre de 1994. En consecuencia, a partir de 1995 no existiría norma MERCOSUR sobre salvaguardias<sup>489</sup>.

Ante un argumento como éste, el Tribunal Arbitral analiza el texto del art. 1 del Anexo IV a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, "entendiendo que una interpretación acorde con el método textual es suficiente para aprehender el contenido y alcances de esa norma"<sup>490</sup>, concluyendo que el art. 1 del Anexo IV permite a los Estados Parte sólo en casos excepcionales la aplicación de cláusulas de salvaguardias al comercio intra-zona hasta una fecha cierta y definitiva. No se produce vacío normativo sino que existe una norma MERCOSUR que dispone, con alcance general, la prohibición de aplicar salvaguardias intra-zona a partir del 1 de enero de 1995. Del contenido del art. 1, en relación con el objeto y fin del Tratado de Asunción, concluye que la única interpretación adecuada al Programa de Liberación Comercial es que éste únicamente se podrá cumplir mediante la eliminación de las salvaguardias unilaterales.

Tomando como punto de partida la existencia de una norma general prohibitiva de las salvaguardias intra-zona, el Tribunal Arbitral

---

<sup>489</sup> El Art. 1 del Anexo IV dispone que: "Cada Estado Parte podrá aplicar hasta el 31 de diciembre de 1994, cláusulas de salvaguardia a la importación de los productos que se beneficien del Programa de Liberación Comercial establecido en el ámbito del Tratado".

<sup>490</sup> Laudo Arbitral, III, E.

se ocupa a continuación de precisar si existe o no una norma especial generadora de una excepción que legitime la imposición de salvaguardias a los productos textiles afectados por la Resolución N<sup>o</sup>. 861/99, objeto de la controversia.

**d) Argumento del uso de medidas de salvaguardias en otros procesos de integración regional.**

A tal efecto, Brasil sostiene que después de la complementación de la unión aduanera en 1999 existe una prohibición genérica para la aplicación de salvaguardias dentro del MERCOSUR porque ello sería contradictorio con la existencia misma del esquema de libre comercio. Argentina, por su parte, basándose en el uso de medidas de salvaguardias en otros procesos de integración regional —Unión Europea, T.L.C., G.A.T.T.<sup>491</sup>— pretende demostrar que la posición de Brasil es errónea.

Sin embargo, en opinión del Tribunal se trata de una cuestión ajena al presente asunto, toda vez que a lo que éste debe responder es a si la normativa MERCOSUR permite a Argentina la aplicación de medidas de salvaguardias como las aplicadas en la Resolución N<sup>o</sup>. 861/99. El Tribunal señalaría que, en principio, sí sería posible el uso intra-zona de salvaguardias en MERCOSUR, siempre y cuando esas salvaguardias sean tomadas en conformidad a una norma expresa de ese sistema que así lo autorice.

Por consiguiente, el Tribunal pasa a pronunciarse sobre las decisiones dentro del sistema MERCOSUR concernientes al uso de salva-

---

<sup>491</sup> Artículos del Tratado constitutivo de la CEE bajo la numeración previa a las modificaciones del Tratado de Maastricht y del Tratado de Amsterdam: art. 17, pfo. 4; art. 37, pfo. 3; art. 25 y protocolos; art. 26; arts. 44 y 46; art. 89, pfo. 2; art. 9.1, pfo. 1; art. 93, pfo. 2; art. 70, pfo. 2; art. 73; art. 107, pfo. 2; art. 108, pfo. 3 y art. 109; art. 105; art. 226; art. 103 y art. 235, en el Escrito de respuesta de Argentina, p. 14.

Art. XXIV: 8 del GATT 1994 prescribe el libre comercio con ciertas excepciones explícitas (no menciona el Art. XIX ni al ATV) pero solo con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión. Art. XXIV, pfos. 8(a) y (b) del G.A.T.T. 1994.

guardias en situaciones específicas, centrándose de manera particular en el examen de la Decisión N.º. 7/94 relativa al “Arancel Externo Común”, la Decisión N.º. 8/94 sobre “Zonas Francas, zonas de procesamiento de exportaciones y áreas aduaneras especiales”, y la Decisión N.º. 17/96 sobre la “aplicación de medidas de salvaguardias a terceros Estados”, así como también determinadas normas referentes al comercio de textiles (Resoluciones del G.M.C. N.º. 124/94 sobre “sector textil-comercio extra-zona”, Directiva de la C.M.C. N.º. 14/96 atinente al “Comité Técnico N.º. 10-Sector Textil”), concluyendo al respecto que “la normativa secundaria MERCOSUR mencionada por las Partes en la presente controversia no prevé un tratamiento especial para los productos textiles en el MERCOSUR que permita ni siquiera considerar la licitud de la aplicación unilateral de medidas de salvaguardias en ausencia de una norma expresa acordada por las Partes”<sup>492</sup>.

Otra de las cuestiones sobre las que se pronuncia el Tribunal Arbitral alude a la tesis sustentada por Argentina sobre la falta de una política externa común sobre textiles. Si bien el órgano jurisdiccional comparte la referida tesis afirmando que las Partes tendrían libertad para tomar medidas comerciales con países no miembros del MERCOSUR; no obstante, sostiene que la existencia o no de esta política externa común en materia textil carece de relevancia respecto a la controversia en cuestión. El Tribunal parte del presupuesto de que en una unión aduanera como MERCOSUR existe una presunción a favor del libre comercio entre sus miembros. Las medidas sobre el comercio deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno.

En consecuencia, mientras los miembros de MERCOSUR no hayan actuado en forma conjunta para acordar en forma expresa la aceptación de medidas restrictivas al comercio, los Estados miembros estarán inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral. Por

---

<sup>492</sup> Laudo Arbitral, IV, 2.

consiguiente, hasta tanto no haya una norma expresa **a contrario**, prevalece el principio de la libertad de comercio entre los miembros del MERCOSUR<sup>493</sup>.

Por último, en lo tocante a la relación entre el A.T.V. y el ordenamiento del MERCOSUR en el contexto del Derecho Internacional, el Tribunal, sin ocuparse expresamente de la relación entre ambos, opta, no obstante por la aplicación del principio de la especialidad de una norma específica en relación con una norma general, dando precedencia al Derecho del MERCOSUR. Sobre tal base, el Tribunal llega a la conclusión de que existe una norma del MERCOSUR, precisamente el art. 5 del Anexo IV del TA, que regula la aplicación de salvaguardias contra otros Estados miembros. Por tal razón, no existe un "vacío legal" que haría necesario o posible el recurrir a otras normas del Derecho Internacional como la expresada en el art. 6 del A.T.V. Aún más, no existe evidencia alguna respecto a que, durante la conclusión del Acuerdo que estableció la O.M.C., las Partes del MERCOSUR expresaran su intención de permitir la aplicación unilateral de medidas de salvaguardias previstas en el art. 6 del A.T.V. al comercio de textiles dentro del MERCOSUR<sup>494</sup>.

---

<sup>493</sup> Laudo Arbitral, IV, 3.

<sup>494</sup> Afirmaría también el Tribunal: "Aún en el hipotético caso de que el MERCOSUR no hubiera prohibido salvaguardias, y por el contrario hubiera permitido a sus miembros el recurrir a las normas multilaterales de la OMC, estas reglas constituyen una unidad, y como tales deberían ser tratadas. Las reglas de la OMC permiten, para casos excepcionales, un tratamiento preferencial dentro de las uniones aduaneras. La aplicación dentro de una unión aduanera de las salvaguardias especiales del Artículo 6 del ATV serían una excepción más (y una excepción no expresamente permitida por el Artículo XXIV: 8). Si los Estados Parte del MERCOSUR hubieran intentado aplicar esta excepción a la excepción, lo deberían haber acordado en forma expresa. Por supuesto que los Estados miembros del MERCOSUR pueden aún acordar entre ellos que las medidas de salvaguardias pueden ser aplicadas dentro del MERCOSUR (como así lo han hecho por la Decisión 8/94 para flujos de comercio comprendidos en esa norma)" (Laudo Arbitral, II, I).

En un sentido contrario, BERTONI expresa la posibilidad de acudir a las disposiciones de la O.M.C. (BERTONI, L.: "Cláusulas de Salvaguardia en el Mercosur",

#### D) Decisión.

De la evaluación general de las cuestiones hasta aquí planteadas y sobre la base de la fundamentación jurídica desarrollada en los precedentes considerandos, el Tribunal divide su fallo en cinco apartados, de los cuales los que obedecen a las letras B y E, que hacen referencia a la cuestión de fondo dicen, respectivamente:

“B. Por unanimidad; Que la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina y los actos administrativos que en su consecuencia fueran implementados, no son compatibles con el Anexo IV del Tratado de Asunción ni con la normativa MERCOSUR en vigor, y por lo tanto deberán ser revocados;”

“E. De conformidad con el Artículo 21(2) del Protocolo de Brasilia y con el Artículo 18 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal, las Partes tienen 15 días para cumplir con el Laudo”.

#### E) Reflexiones.

En relación con este Laudo Arbitral, cuyo fallo fue cumplido por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de Argentina derogando la Resolución Nº. 861/99 mediante la Resolución Nº. 265/200<sup>495</sup>, quisiéramos mostrar nuestro acuerdo con su contenido y

---

Revista “Plenario”, Ed. nacional, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Nº. 49, Año 6, Nº. 49, enero-marzo de 2000, pp. 34-38).

<sup>495</sup> URIONDO DE MARTINOLI: “Tercer Laudo Arbitral del MERCOSUR”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, X, 2000, p. 297 .

El acatamiento del Laudo no estuvo exento de cierta polémica: “luego de presentar un pedido de aclaratoria –motivado, de acuerdo a la prensa, por el afán de “ganar tiempo” a efectos de dar lugar a la negociación de algún tipo de acuerdo sectorial entre los sectores privados de ambos países, lo que finalmente nunca se logró– y de solicitar al Gobierno brasileño el retiro de su presentación ante la OMC, la Res. 265 del 13/4/00 del Ministerio de Economía dejó sin efecto la medida de salvaguardia contra los productos brasileños, acatando así plenamente la decisión del Tribunal, y pese a las airadas quejas de algunos sectores empresariales, que llegaron a amenazar al Gobierno argentino con iniciar acciones legales ante la Justicia Ordinaria contra la Secretaría de Industria” (*Informe MERCOSUR*, Período 1999-2000, cit., p. 102).

conclusiones. Sin duda, estamos ante un Laudo enriquecedor que supone una llamada de atención a los Estados respecto a la necesidad de adaptar las conductas al **corpus** normativo del MERCOSUR, ya sea Derecho originario, derivado o complementario.

No quisiéramos, con todo, dejar pasar la oportunidad de hacer algunos comentarios sobre algún aspecto que nos ha llamado la atención. Así, observamos, por lo que respecta a la concreción del objeto de la controversia, que Argentina rechazó parte de la demanda alegando que el objeto presentado por Brasil “es inconsistente con el objeto declarado en las etapas previas del proceso de solución de controversias”<sup>496</sup>. A su entender, “las cuestiones presentadas bajo el título “Objeto da Reclamação” en el escrito de reclamación... son más extensas de lo que Brasil ha especificado en las primeras etapas para la solución de esta controversia<sup>497</sup>”. Por su parte, el Tribunal, con base en el art. 28 del Reglamento del P.B., estima que “el reclamante y/o reclamado pueden definir el objeto de la controversia hasta y no más allá de la presentación de los escritos de reclamación y/o de respuesta”<sup>498</sup>. En consecuencia, “en razón de que Brasil definió el objeto de la controversia en el escrito de presentación”<sup>499</sup>, estima el Tribunal que la objeción argentina a la definición del objeto de la controversia por parte de Brasil es inconsistente con el art. 28 del Reglamento<sup>500</sup>. “Al analizar los documentos constitutivos del MERCOSUR, el Tribunal encontró indicación de que los escritos de presentación y de respuesta

---

496 Laudo Arbitral, III, B.

497 *Ibid.*

498 *Ibid.*

499 *Ibid.*

500 En la Aclaración se precisaba: “Habiendo adoptado el Tribunal el método textual para la interpretación de las normas MERCOSUR, el Tribunal no ve otra posible interpretación del Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia, a no ser la adoptada por el Tribunal, de que el objeto de la controversia es aquel determinado en los escritos de presentación y de respuesta no pudiendo ser ampliado posteriormente” (Aclaración, 1).

solamente ocurren en la instancia arbitral del Capítulo IV del Protocolo de Brasilia. En ningún momento, el Anexo al Protocolo de Ouro Preto ("Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur") menciona escritos de presentación y de respuesta. De esta manera, el entendido de ese Tribunal es que el objeto de la controversia, según el artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia, es determinado en los escritos de presentación y respuesta que los Estados Partes someten al Tribunal Arbitral<sup>501</sup>.

Juzgamos conveniente destacar que el Tribunal parece confundir cuestiones accidentales de naturaleza procesal-instrumental como la referencia a la carencia apuntada en el P.O.P., -la cual no tiene mayor alcance a la luz de una interpretación sistemática del T.A., del cual también forman parte como ya vimos el P.B. y el P.O.P.- con cuestiones sustanciales como es la de la determinación del objeto de la controversia. A este respecto, creemos que el art. 28 del Reglamento merecería una lectura más atenta. Este artículo dice: "El objeto de las controversias entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente". La determinación del objeto de la controversia en los escritos de presentación y respuesta habrá de ser entendida -siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española- como la *precisión o designación de un modo cierto* del objeto de la controversia, pero sobre la base de los antecedentes habidos en las fases de las negociaciones entre las partes y de la intervención del G.M.C. (o en su caso de la C.M.C.), los cuales "prefijan" el fraguado del molde del objeto de la reclamación.

Esta aseveración nuestra concuerda con las posiciones mantenidas al respecto por los respectivos Tribunales Arbitrales en el Primer y en el Segundo Laudo Arbitral. En efecto, en el Primer Laudo se dijo: "Es claro que, tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, imponen que no pueda añadirse en

---

501 *Ibid.*

esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y de contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla<sup>502</sup>. Por su parte, el Segundo Laudo Arbitral establecía: “el reclamo vinculado al Crédito Presunto del Impuesto a los Productos Industrializados (IPI)... está fuera del objeto del proceso. Dicho reclamo no fue presentado formalmente en la reclamación inicial de la República Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur<sup>503</sup>. Los problemas denotados en la jurisdicción *ad hoc* por lo que respecta a sus dificultades para el mantenimiento de una interpretación uniforme del **corpus normativo** son puestos bien de manifiesto en la contraposición observada entre los Laudos Primero y Segundo, por una parte, y el Laudo Tercero, por otra, en lo que atañe al momento de la concreción del objeto de la controversia<sup>504</sup>.

---

502 Primer Laudo Arbitral, pfo. 53; asimismo pfos. 44 y 47.

503 Segundo Laudo Arbitral, pfo. 51. Conviene, no obstante, como ya señalamos, tener en cuenta que si en la etapa de negociaciones diplomáticas quedó fijado el objeto de la controversia, no podría haber a partir de ahí modificaciones del objeto de la *litis* mediante la admisión en la fase arbitral de reclamaciones no alegadas anteriormente. De todos modos, como ya se recogió, el Tribunal subraya que “es preciso tener en cuenta que esto no significa que las partes no puedan complementar y profundizar la argumentación en que se base su reclamación u oposición, en su caso, dado que esto no es más que ejercer su derecho de defensa” (pfo. 45), pudiendo aquél “admitir ... las aclaraciones y nuevas fundamentaciones realizadas por dicha Parte” (pfo. 50).

504 La lamentación de PEROTTI resulta bien expresiva: “No es difícil reconocer un apartamiento de la jurisprudencia anterior. Esto no hace más que “confirmar” una de las críticas más certeras al sistema actual de solución de controversias del Mercosur, cual es que el carácter *ad hoc* de los diferentes tribunales arbitrales, hiere de muerte cualquier intento de conformar un acervo jurisprudencial sobre el derecho regional. De esta manera, el cambio permanente en la conformación subjetiva de cada uno de los paneles que sean llamados a intervenir, puede provocar (y como vemos ha ocurrido en este caso), no ya la posibilidad de sentencias adoptadas a partir de filosofías integracionistas diferentes, sino también decisiones que contengan “diferencias” materiales en cuanto a la solución de los casos (ya sobre el fondo, sobre el derecho adjetivo)” (PEROTTI: “Tercer Laudo...”, cit., p. 216).

Quisiéramos también resaltar la afortunada reiteración que en el Laudo se hace a la conveniencia de “la aplicación de los principios de derecho internacional aplicables a la controversia”. En efecto, destacaremos cómo el Tribunal, con base en la posibilidad que le otorga el art. 19 del P.B. de recurrir a los principios de derecho internacional a fin de comenzar a construir el marco de referencia desde el cual determinar el contenido de las normas, acude, al igual que ya se hiciera en el Primer Laudo<sup>505</sup>, de forma expresa –en materia de interpretación- a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, recordando que la misma “codifica principios del derecho consuetudinario internacional”<sup>506</sup>. Es de resaltar también la aplicación que hace de los *principios de la buena fe, especialidad y finalidad*.

Haremos también alguna observación sobre el alcance que el Tribunal Arbitral da al art. 53 del P.O.P. A nuestro juicio, estamos ante el uso de una técnica para “convalidar” Decisiones aprobadas que pudiesen resultar contrarias al T.A., “derogando” el propio Tratado. La técnica es de efecto rápido pero no exenta de problemas. Observemos si no el silogismo: el Tratado de Asunción, Derecho Originario, sólo puede ser derogado por el Derecho Originario; las Decisiones (en los términos del art. 53) pasan a tener efecto derogatorio de las disposiciones contrarias del T.A; **ergo**: las Decisiones, por vía de resultados, pasan a tener carácter originario. La técnica no nos parece la más adecuada<sup>507</sup>, no renunciando por ello a formular algunas preguntas,

---

<sup>505</sup> Pfo. 56 del Primer Laudo.

<sup>506</sup> Tercer Laudo Arbitral, III-C. El Tribunal Arbitral, considerando la naturaleza parcialmente declarativa de la Convención, no duda en aplicarla aun teniendo en cuenta que Brasil, pese a haber sido, como ya advertimos, uno de los signatarios de la Convención en 1969, no había depositado a la fecha el instrumento de ratificación, estando pendiente su aprobación por el Congreso federal. Por lo que respecta, a Argentina el Congreso había aprobado su ratificación mediante la Ley Nº. 19.865 (*Anales de la Legislación Argentina*, XXXII-D, 6412). El poder ejecutivo la ratificó el 5-XII-1972.

<sup>507</sup> La técnica lógicamente se revelaría como inadecuada a nivel del Derecho interno como bien pone de manifiesto PEÑA, dado que: “Alteraría las competencias de los

tales como: ¿a qué período de transición, finalmente, se refiere, teniendo en cuenta las adecuaciones y prórrogas, según las materias, adoptadas? ¿Supone el art. 53 un cheque en blanco para que las Decisiones en ese período de *transición* indefinido sigan teniendo efectos derogatorios sobre el T.A.? A nuestro juicio, no. El uso del presente “quedan derogadas” en vez del futuro “quedarán derogadas” y del pasado “aprobadas” y no de un subjuntivo como por ejemplo “que se aprueben” nos permite llegar a esa solución que nos parece la más lógica para cerrar en el tiempo los efectos de una técnica, con un plazo que llega, a nuestro juicio, hasta el 31 de diciembre de 1994 (fecha prevista, en un principio, como final del período de transición, art. 3 del T.A.), que no debiera ser repetida; el impreciso alcance temporal del art. 53 P.O.P., ligado a un indefinido período de transición de futuro desconocido que en algunos sectores llegará, cuando menos, hasta el 2006, nos parece una opción no carente de riesgos que podrían intentar ser materializados *ad futurum* con la “aprobación” de Decisiones contrarias al T.A. en fecha posterior a 1994, las cuales, no obstante, juzgamos que, en última instancia, en el marco de una interpretación sistemática serían nulas de pleno derecho, en virtud del principio de jerarquía normativa que coloca al T.A. en la cúspide de la pirámide normativa del MERCOSUR.

Igualmente quisiéramos dejar constancia de la imprecisión jurídica en que incurre el art. 53 al utilizar el verbo “derogar”; debe entenderse, a nuestro modo de ver, que lo que se desea es “suspender” la aplicación de las disposiciones del T.A. *incompatibles*. Esta interpretación nos parece menos incongruente con el ordenamiento jurídico del MERCOSUR en su conjunto, permitiendo la *recuperación* de las disposiciones del T.A., una vez que hubiesen sido derogadas o alteradas en la medida necesaria las Decisiones incompatibles con éste.

Debemos señalar que nos resulta insoslayable poner de manifiesto nuestra crítica ante un hecho que resulta especialmente grave viniendo del Tribunal Arbitral. Nos referimos a la falta de rigor de que es objeto el referido art. 53, al margen de cualquier "interpretación textual" de que hace gala aquél, cuando en su Aclaración el Tribunal dice que "todo tratado, decisión, resolución y directriz MERCOSUR subsiguiente al Tratado de Asunción que disponga más específicamente y entre en conflicto con una disposición contenida en el TA, prevalece sobre el TA. Sin embargo, las disposiciones del TA que no estén en conflicto con una norma MERCOSUR subsiguiente, continúan en vigencia dentro del ámbito del MERCOSUR"<sup>508</sup>. Amén de opciones terminológicas como el uso del término "directriz" en vez de "directiva", opinamos que la mera lectura del art. 53 nos evitará consideraciones atinentes a una elemental hermenéutica jurídica consecuente con la letra de dicho artículo. Baste decir que el citado art. 53 en el orden normativo sólo hace referencia a las Decisiones del C.M.C.

A pesar de la crítica puntual que acabamos de hacer en relación con el art. 53 del P.O.P., queremos reiterar, con todo, nuestro acuerdo con la tónica general de un Laudo que, afortunadamente, viene a situarse, como el propio Tribunal Arbitral señala, en la estela finalista abierta por el Primer Laudo.

---

<sup>508</sup> Aclaración, 3.



## IX.- VALORACIÓN DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. EN TORNO A UN TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL MERCOSUR

Por nuestra parte, hemos procedido a realizar un examen de los mecanismos de solución de controversias que más bien podríamos calificar como *sub specie*. Nuestro estudio, estimamos que podrá resultar útil desde una óptica jurídico-técnica. Ahora bien, si se nos preguntase por una valoración de orden general de los mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR, diremos que no son muchas las posibilidades de conocimiento de los entresijos de esa realidad. Y ello porque, de un lado, sólo se han producido tres sentencias arbitrales; de otro, porque, aunque ha habido actuaciones a diferentes niveles dentro del esquema de solución de controversias, sólo de forma indirecta y aislada nos es posible su conocimiento, dado el carácter reservado que se da por el MERCOSUR al conjunto de los asuntos habidos<sup>509</sup>. A este respecto, quisiéramos recordar como en 1991 PES-

---

<sup>509</sup> RAMOS ROCHA critica la actitud brasileña sobre el particular: "O Itamarati proíbe a divulgação das reclamações brasileiras –com base no sigilo comercial, já a Argentina dispõe de um órgão, Sínasis –Fundação para Desenvolvimento dos Espaços Econômicos Integrados, que mensalmente divulga um levantamento feito pela chancelaria argentina sobre reclamações e consultas feitas à CCM. O MRE brasileiro aposta na solução de conflitos dentro do Mercosul por meio de negociações diplomáticas, e a falta de transparência de suas atividades denota ainda mais o pouco interesse que o Executivo brasileiro tem nos nacionais do seu país, no tocante à informação e esclarecimento do que ocorre no processo de integração. Se a intenção é preservar uma imagem de inexistência de conflitos, tal posicionamento deve ser criticado por duas razões: a primeira, porque a falta de informações leva à falta de inte-

CATORE, analizando el Anexo III del T.A., advertía que para cualquier mecanismo de solución de controversias de naturaleza integradora es posible hoy definir con bastante precisión ciertas condiciones a las cuales debe corresponder un sistema al objeto de solución de controversias para que pueda conducir a un resultado positivo. Una de ellas estriba en que las decisiones de los paneles sean publicadas, accesibles al público y que puedan ser invocadas por las partes privadas<sup>510</sup>.

La tentación de la no publicidad, aun mitigada con la disposición para una información puntual solicitada sobre puntos concretos, si persiguiera dejar a buen recaudo la fragilidad del sistema, lo que viene realmente a transmitir, a la postre, es una imagen desenfocada y posiblemente aumentada de esa endeblez que se busca resguardar.

Decíamos anteriormente que los casos sometidos a los mecanismos de solución de controversias son más bien pocos. Ahora bien, el hecho de que no se haya recurrido escasamente a los procedimientos de solución de controversias previstos en los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, no se puede explicar por la ausencia de conflictividad en el ámbito del MERCOSUR<sup>511</sup>.

resse dos setores da sociedade que são importantes para o processo de integração e acabam por ficar alejados deste; segundo, porque o alegado sigilo comercial poderia ser invocado, excepcionalmente, em casos de reclamações dirigidas à prática de alguma empresa privada, cujas atividades envolvidas na reclamação brasileira necessitem de sigilo; entretanto, se diz respeito a operações comerciais do governo reclamado não há por que utilizar tal instituto. Seria uma boa opção começar também uma harmonização de procedimentos nesse sentido" (RAMOS ROCHA: *MERCOSUL...*, cit., p. 18).

<sup>510</sup> PESCATORE: "Sistema de los recursos judiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Solución...*, cit., p. 106. Las otras tres condiciones serían que la constitución de los paneles pueda hacerse por petición unilateral de un Estado, la segunda que los paneles estén compuestos por personas competentes e independientes con una calificación jurídica y una experiencia contenciosa establecida y la tercera que la resolución de cada panel sea vinculante para las Partes y no sea subordinada a nueva aceptación.

<sup>511</sup> GAMIO: "Solución...", cit., p. 5.

Trataremos, pues, con los dispersos mimbres de que disponemos, de ir conformando un sentir que desde, diversos planteamientos, nos permita hacer una valoración de conjunto sobre las posibilidades que ofrecen los procedimientos contemplados, sus limitaciones, sus alternativas y las perspectivas de un desenlace futuro en la materia.

Hemos de subrayar, en primer lugar, que resulta interesante la remisión hecha al P.B. por un amplio espectro de Protocolos aprobados entre los países del Mercosur, al margen de su objeto específico, en aras de coadyuvar al logro del fin general de la integración<sup>512</sup>.

A nivel doctrinal las opiniones y puntos de vista se vislumbran diversos y contradictorios. Así, algunos autores se manifestarán favorables al procedimiento arbitral en la actual etapa de formación del Mercado Común<sup>513</sup>. Algún autor ha resaltado incluso la flexibilidad

---

512 FEDER: "Solución...", cit., p. 3.

513 En tal sentido, GARRÉ COPELLO: **Solución...**, cit., p. 38; SILVA RAUPP: "Solução...", cit., p. 59; ABREU E LIMA FLORÊNCIO e FRAGA ARAÚJO: **MERCOSUL...**, cit., p. 76.

OLAVO BAPTISTA sobre la base de la solución arbitral manifiesta que: "Entretanto, a solução adotada pelo MERCOSUL, da arbitragem internacional é perfeita. De todos modos, este autor responde a las críticas de que el carácter *ad hoc* del procedimiento arbitral no permitiría "a formação de jurisprudência", proponiendo la transformación de la corte arbitral *ad hoc* para permanente, lo cual, entendemos, la colocaría en la esfera de los tribunales judiciales. En este contexto, el autor propugna que el tribunal arbitral pudiera proferir decisiones declaratorias interpretando el Tratado de Asunción o los documentos derivados de él, con carácter vinculante para todos los Estados. Respecto al surgimiento de un posible gobierno de los árbitros en el MERCOSUR en el molde del llamado "gobierno de los jueces" de la Comunidad Económica Europea, escribe: "Não parece o caso, pois ao contrário do mecanismo europeu, apenas as Altas Partes Contratantes têm o poder de acionar o mecanismo arbitral e o fazem somente tendo esgotado todos os demais procedimentos previstos no Protocolo de Brasília, ao que se deve acrescentar que os árbitros só poderão agir nos limites da lide, fixadas pelas Partes, o que lhes tira todo o poder de suprir carências da instituição ou modificar a visão que delas têm coletivamente os Estados do MERCOSUL" (OLAVO BAPTISTA: **O MERCOSUL...**, cit., p. 170-171).

Por su parte, FERREIRA, buscando lo positivo y lo negativo de los actuales mecanismos de solución de controversias, se manifiesta en los siguientes términos: "O

de los mecanismos creados y la celeridad con que se ha previsto la actuación de los mismos mediante la determinación de plazos breves y perentorios<sup>514</sup>. Evidentemente, otros que resultarán mayoritarios, se inclinarán, como veremos, por una solución judicial.

Como revela el análisis efectuado de la práctica en materia de controversias<sup>515</sup> son muchas las cuestiones que se suscitan a la hora de aplicar los mecanismos del P.B. En este sentido, lleva razón GARRÉ COPELLO, para quien quedan pendientes algunas cuestiones apenas bosquejadas en el Protocolo, las cuales tendrán que resolverse bien por vía reglamentaria o bien a través de la práctica de los grupos de expertos o de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales. En tal sentido, resultan de especial interés cuestiones tales como la elaboración de criterios para determinar la existencia de la infracción y del perjuicio invocado, a fin de justificar la procedencia del reclamo; el tiempo y modo en que los particulares podrán alegar ante el grupo de expertos; o la utilización del recurso por empresarios medianos y pequeños. La carencia más sensible en el mecanismo de solución de controversias transitorio creado, consiste quizás en la falta de una acción de reenvío prejudicial, tal como existe en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y en el Tribunal Andino. Quedaría por dar

---

Protocolo de Brasília apresenta pontos positivos e negativos. Como pontos positivos, podemos destacar a inclusao de um processo jurisdiccional para a soluçao final dos conflitos; a possibilidade da aplicaçao de medidas cautelares para evitar danos irreparáveis; a inclusao das reclamações dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) no âmbito do direito comunitário e a autorizaçao aos Estados-Membros para compelir o vencido a cumprir os laudos e decisões.

Como pontos negativos, entendemos a inclusao das negociações prévias e a mediação e a adoção de um tribunal *ad hoc* em lugar de um permanente, a inclusao de princípios de direito internacional como fonte supletiva do direito comunitário; a limitação da atuação dos particulares em prejuízo de defesa de seus direitos; a duplicação de procedimentos em tais casos, já que o parecer dos expertos, que é um verdadeiro laudo, e seguido de um proceso arbitral" (FERREIRA: MERCOSUL. Comentários..., cit., p. 56).

<sup>514</sup> DAVEREDE, A.: "El sistema...", cit., p. 1.

<sup>515</sup> Ver *supra.*, capítulo VIII.

continúa el autor, el importante paso futuro de creación de un organismo jurisdiccional de última instancia que sea parte del mecanismo institucional definitivo del MERCOSUR, que debería plasmarse en el establecimiento de un tribunal permanente de justicia con las tres competencias básicas de acción de incumplimiento, acción de nulidad y reenvío prejudicial. El mismo sería una consecuencia necesaria del éxito del proceso de integración del Mercado Común del Sur y de la creación de sus instituciones definitivas<sup>516</sup>.

Junto a posiciones como ésta, que evidencian *carencias significativas* del sistema de solución de controversias vigente en el MERCOSUR, haciendo votos por el establecimiento de un Tribunal de Justicia permanente, no faltan autores para quienes la creación del mismo plantea no obstante una serie de dudas e interrogantes en cuanto a su viabilidad, hasta el punto de manifestarse en el sentido de que quizás lo más conveniente sea ir puliendo y afinando los procedimientos arbitrales existentes<sup>517</sup>.

---

<sup>516</sup> GARRÉ COPELLO: *Solución...*, cit., pp. 37, 38 y 14.

Otro exponente sería EKMEKDJIAN, para quien: "Evidentemente, el sistema ideado por el Protocolo de Brasilia es mejor que el previsto en el anexo III del Tratado de Asunción, pero esta afirmación no es suficiente para tranquilizar y esperar plácidamente la solución de las controversias a través del sistema actual, sino que es necesario avanzar en la institucionalización de un tribunal de justicia similar al de la Unión Europea, oportunidad que se perdió lamentablemente al firmarse el Protocolo de Ouro Preto" (EKMEKDJIAN: "Comentario...", cit., p. 192).

<sup>517</sup> BENÍTEZ RIVAS: "La solución...", *O Sistema...*, cit., pp. 389-341. Por su parte, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, sin desechar la creación de un futuro Tribunal de Justicia para un MERCOSUR "en sentido supranacional", afirma: "Las controversias o conflictos de los Estados surgirán por razón de la interpretación y ejecución del tratado –más sus complementos del mismo rango internacional– y de los acuerdos adoptados en esa organización internacional –que son también acuerdos internacionales, en realidad. Y desde luego, nada impediría erigir un Tribunal de Justicia comunitario en el recurso de incumplimiento, o regulado de manera análoga. En realidad, sin embargo, una institución jurisdiccional de esta naturaleza y para este cometido no tiene por qué ser necesariamente más eficaz que un sistema arbitral como el actualmente existente en MERCOSUR, de aplicación obligatoria (Protocolo de Brasilia, art. 8), teniendo en cuenta la naturaleza no supranacional y la mayor flexibilidad de

Al lado de las posiciones doctrinales recogidas en los dos párrafos anteriores, que podríamos calificar como "parajudiciales" destaca la presencia de autores claramente partidarios de la instalación de un Tribunal de Justicia<sup>518</sup>. Numerosos autores, asimismo, esgrimen una

---

actuación del Tribunal Arbitral previsto en el Protocolo de Brasilia. Un Tribunal de Justicia es, además, una institución permanente y su sola existencia parece que invita a judicializar más fácilmente conflictos para los que puede encontrarse quizás por otras vías una solución, aunque en último extremo quepa la mediación arbitral..." (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L.: "MERCOSUR: balance actual y perspectivas a la luz de la experiencia de la Comunidad Europea. Posibilidades de un Tribunal Supranacional para asegurar el cumplimiento e interpretación uniforme del Derecho del MERCOSUR", *Revista de Derecho del MERCOSUR*, Año 3, Nº. 4, agosto de 1999, p. 64.

En la misma línea, RAMOS ROCHA, con toda cautela, afirma: "Não há que se negar a necessidade de uma maior juridicização do processo, mas tal iniciativa é de veras prematura, pois o trábhalho do jurista não começa no tribunal, mas sim no amparo ao legislador no criar das normas. A criação de um tribunal supranacional, no momento, não é saída para conferir uma maior solidez às relações comunitárias, mas sim fonte de outros problemas, tais como o de suporte financeiro. Por outro lado, a actuação desse tribunal reduziría algumas das funções hoje exercidas pela diplomacia, tendo em vista que unificaría os critérios jurisprudenciais. A solução tal vez fosse ter um mayor cuidado e que se conferisse uma mayor importância ao tribunal arbitral, impedindo un ãer tão extenso para a solução, por vezes, ineficaz dos conflitos" (RAMOS ROCHA: *MERCOSUL...*, cit., pp. 72-73).

<sup>518</sup> Numerosos autores se han manifestado a favor de la existencia de un Tribunal Jurisdiccional en el Mercosur. Así: RUIZ DIAZ DE LABRANO: "Hacia un Tribunal de carácter supranacional en el Mercosur", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción*, 1997, pp. 336-337; VARGAS, A.L.: "El Tribunal de Justicia Permanente del Mercosur: una perspectiva "sistémica" actual para satisfacer los conflictos, intereses y Derecho Comunitario involucrados", *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 1, Nº. 3, noviembre 1997, pp. 64 y ss.; CIURO CALDANI, M.A.: *Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur*, Rosario, 1998, pp. 83 y 114-117; FERREIRA: *MERCOSUL. Comentarios...*, cit., p. 49; FRANCO DA FONSECA: "Sistema...", cit., p. 173; DREYZIN DE KLOR.: "Sistema...", *Mercosur. Balance...*, cit., pp. 100-101; SANTINI, L.C.: "A integração e as soluções de controversias -Um estudo para o Mercosul. Objetivos e efetividade das decisões", *Mercosur...*, cit., p. 110; BOLZAN DE MORAIS, J.L.: "A justiça no Mercosul", *Direito...*, cit., p. 128; ALBURQUERQUE MOURÃO, F.A.: "A União Europeia e o Mercosul: um relacionamento em construção", *Contratos...*, p. 527; BORBA

serie de argumentos que en términos generales, podríamos sintetizar en los siguientes:

a) La insuficiencia del Protocolo de Brasilia para el logro de los objetivos y libertades del proceso de integración<sup>519</sup>.

b) La idea de la objetivación del Derecho y la extensión de la protección jurídica a los particulares<sup>520</sup>.

CASELLA: "Pequenas e médias empresas e integração no MERCOSUL", **MERCOSUL. Seus efeitos...**, cit., pp. 261 y 263; **Id.: MERCOSUL. Exigências e perspectivas de integração e consolidação de espaço econômico integrado**, São Paulo, 1996, p. 178; CARVALHO VENTURA, L. **O empresário e o Mercosul. O Potencial dos Negócios e os Instrumentos de Gestão das Empresas**, São Paulo, 1994, p. 43; UZAL: **EL MERCOSUR...**, cit., pp. 224-226; CÁRCOMO LOBO: **Ordenamento jurídico...**, cit., pp. 413-414; BERCÚN: "Solución de conflictos...", cit., pp. 109-111; ALMEIDA: "Solução...", cit., p. 105; ALVAREZ TRONGE, M.: "Aspectos jurídicos del Mercosur", **La Ley** (Buenos Aires), 24 de marzo de 1992, p. 1; RUIZ DIAZ LABRANO: "Hacia un Tribunal de carácter supranacional en el Mercosur", **Desafíos...**, cit., pp. 159-175; PESCATORE: "Sistema..." cit., p. 106; GREBLER, E.: "O Mercosul institucional e a solução de controversias", **Boletim de Integração Latino-americana**, Nº. 12, p. 50; FELDSTEIN: **Jurisdicción...**, cit., p. 86; "Intervención del Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Armando Tommasino", **Seminario sobre un Tribunal...**, cit., p. 74; WANDERLEI RODRIGUES: "Mercosul: uma introdução aos protocolos que tratam de matéria processual", **Solução...**, cit., pp. 153-157; ELIZECHE, M. A.: "El Mercosur...", **O Sistema...**, cit., pp. 357-368; SANTANA, J. M<sup>ª</sup>. de: "Mercosul", **O Sistema...**, cit., p. 376.

519 Así, entre otros, FARIA: "...não se pode admitir o monopólio da solução de conflitos, que vêm exercendo autoridades dos países-membros do MERCOSUL, a menos que se queira renunciar à realização da finalidade do Tratado de Assunção, que é o estabelecimento do Mercado Comum. Neste, as liberdades de circulação de bens, de pessoas, de serviços e capitais deben ser reguladas por normas comuns ou harmonizadas, cuja interpretação, para evitar a desuniformidade, pertença a uma instituição integrante da estrutura orgánica da organização internacional para evitar a desuniformidade" (FARIA: "Falta um Tribunal de justiça do Mercosul", **Suplemento Informe Enfoque Jurídico, TRF 1<sup>a</sup> Região**, março 97, p. 16); SANGUINETTI: "MERCOSUR..." cit., p. 20.

520 En este sentido cabe destacar las opiniones de autores como PESCATORE: "El concepto del Anexo III nos permite circunscribir más precisamente el problema de la creación de un verdadero órgano jurisdiccional en contraste con el sistema de paneles que por esencia son constelaciones variables y compuestas *ad-hoc*. Con la creación de

c) La necesidad de garantizar la legalidad e interpretación uniforme del Derecho del MERCOSUR en aras de la consolidación de un ordenamiento jurídico común entre los Estados miembros del Mercado Común del Sur<sup>521</sup>.

---

un Tribunal, ustedes tendrían un órgano preestablecido, permanente, central, ante el cual estarían disponibles remedios jurídicos más diversificados que la solución de litigios realizados entre los Estados Miembros. Para decirlo de manera aún más precisa la creación de un verdadero Tribunal es la señal del pasaje contractual a una idea de objetivación del Derecho, permite también lo que es inconcebible en un sistema de paneles o de arbitraje internacional, la extensión de la protección jurídica a los particulares" (PESCATORE: "Sistema...", cit., p. 106); BARRIOS CHARLÍN: "Se insiste en la necesidad de que participen de manera efectiva en los procesos de integración los operadores económicos: los empresarios, abastecedores e inversionistas. Pues bien, una manera realmente efectiva de participar consiste en darles una acción judicial directa para que puedan reclamar los incumplimientos generados en el desarrollo de los procesos de integración que les hayan provocado daño o perjuicio, sin esperar que sus propios gobiernos recojan sus planteos por la vía diplomática" (BARROS CHARLÍN, R.: "Derechos y controversias", *El País*, 15 de junio de 1991); LANDONI SOSA: el Tribunal podría dar con su actuación un amplio sentido social al proceso de integración, haciendo que no se quedase en algo no sólo sustancialmente económico: "El Tribunal de Justicia Transnacional, como órgano independiente, debe garantizar la realización de la Integración Económica con el profundo contenido social, a los fines de abastecer el valor axiológico Justicia" (LANDONI SOSA: "Comunidad Económica del Mercosur: en torno al nuevo Derecho Comunitario", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Año XXXII, N.º. 52, Marzo-Diciembre 1992, p. 69).

En la misma línea argumental, FARINELLA, F.: *El Tratado del MERCOSUR*, Mar del Plata, s.f. mimeografiado, p. 29; FRANCESCHINE DA ROSA: *Mercosul...*, cit. p. 113 y 147; LABANDERA IPATA: "Aspectos...", cit., pp. 73-76.

<sup>521</sup> Dentro de esta línea de pensamiento se inscriben BLOCH e IGLESIAS: "Es difícil concebir un Mercado Común o Comunidad de Estados sin un ordenamiento jurídico, y no podría existir un ordenamiento jurídico completo y eficaz sin un Tribunal de Justicia; asimismo, como expresamos, un Mercado Común o Comunidad de Estados requiere un Tribunal de Justicia como instrumento de garantía de la legalidad y de interpretación uniforme del Derecho Comunitario" (BLOCH e IGLESIAS: *Solución...*, cit., pp.85, 107 y 108); BORBA CASELLA: "o sistema estipulado pelo Protocolo brasileiro, pelo amadorismo dos seus mecanismos, além de complexo e dificilmente operacionalizável, nunca poderia desempenhar o papel que se esperaria de um tribunal. Neste campo judicial e da solução de controvérsias a supranacionali-

d) La necesidad de continuar profundizando en el proceso de integración regional del MERCOSUR<sup>522</sup>.

---

dade da composição e atuação do tribunal serão vitais para que este possa desempenhar seu papel de modo eficiente e atue como instrumento de consolidação do ordenamento comum entre os países do MERCOSUL..." (BORBA CASELLA: **Mercosul: exigências e perspectivas de integração e consolidação de espaço econômico integrado**, São Paulo, 1996, p. 175); CASALI BAHÍA: "Um tribunal permanente, aliás, é indispensável quando se pensa em unidade de normas e uniformidade na aplicação e interpretação das mesmas, algo que a arbitragem não é capaz de realizar. Até mesmo os custos da solução arbitral desestimulam a sua permanência em um processo que deve ter cada vez mais a participação dos cidadãos e das pessoas jurídicas dos Estados-partes envolvidos" (CASALI BAHIA: "A supranacionalidade...", cit., p. 208); URIONDO DE MARTINOLI: "El camino a seguir en el futuro, ha sido indicado por la Sección de Derecho Internacional Privado de la AADI en sus sucesivos Congresos Argentinos de Derecho Internacional, y por la mayoría de la doctrina, al declarar que resulta imprescindible crear un Tribunal Superior de Justicia del Mercosur que asegure un adecuado control de la supranacionalidad del derecho fundacional y derivado, a fin de lograr la uniformidad "en esta materia esencial, eliminando una asimetría que anarquiza el sistema" (URIONDO DE MARTINOLI: **Solución de controversias...**, cit., p. 49).

<sup>522</sup> Criterio sustentando, entre otros, por GIARDINO B. BRANCO: "A esfera jurídica é, sem dúvida, a única que pode garantir a continuidade a longo prazo da integração porque não se esgota com a instauração desta, mas ao contrário, acompanha o processo de desenvolvimento. Assim, podemos afirmar que para haver uma futura modificação da atual configuração política do MERCOSUL, em direção ao pretendido Mercado Comum, mister se fará a instauração de um Tribunal Supranacional, que conduzirá a conformação de um direito comunitário. Sem esse procedimento, dificilmente poderemos alcançar essa meta, já que o passaporte para a consolidação institucional comunitária, a exemplo do modelo europeu, depende de uma sólida e fértil estrutura jurídica" (GIARDINO B. BRANCO: **Sistema...**, cit., pp. 170); REY CARO: "Todo hace prever que con la profundización del proceso de integración, estos mecanismos resultarán manifestamente insuficientes. La posibilidad de que a través de múltiples renunciamientos de los tribunales arbitrales ad-hoc se arribe a diferentes interpretaciones de la misma norma, entre otras consecuencias, resulta a toda luz incongruente y atentaría contra uno de los pilares que sustenta todo ordenamiento legal. Esta situación es igualmente extensiva a los asuntos que deberán resolver los diferentes jueces nacionales respecto a la aplicación o interpretación del derecho del Mercosur. Tampoco puede minimizarse la problemática del control de legalidad de los actos de los órganos a los que se les ha atribuido diferentes competencias, aspectos

Desde planteamientos como éstos, y a la vista del carácter evolutivo en el que se inspira el diseño orgánico del MERCOSUR, trascendiendo la necesidad de dotar, a corto plazo, al sistema de un órgano jurisdiccional de carácter permanente y con competencias múltiples, sin que necesariamente, como advierte REY CARO, deba resultar un calco del modelo europeo y del Pacto Andino, pues cada proceso de integración presenta sus peculiaridades y las respuestas deben satisfacer las necesidades particulares<sup>523</sup>.

La instauración de un mecanismo permanente de controversias deberá reunir, en palabras de ARMAS BAREA, todas las características requeridas para un verdadero proceso integrador, tales como: a) Creación de un Tribunal de Justicia de funcionamiento permanente; b) obligatoriedad de la instancia jurisdiccional; c) carácter de instancia superior; d) Sentencias obligatorias, inapelables y definitivas; e) competencia amplia entre Estados parte, órganos y funcionarios del MERCOSUR; f) control de legalidad de las resoluciones de los órganos comunitarios; g) interpretación uniforme del derecho comunitario, que permita la aplicación armónica del mismo; h) aplicabilidad

---

todos estos estrechamente vinculados con el sistema de solución de controversias..." (REY CARO: **La solución...**, cit., pp. 69-70).

<sup>523</sup> REY CARO: **La solución...**, cit., pp. 69-70. Por su parte, PIRES, FONSECA y CROSHERE sostienen que "A experiência comunitária europeia oferece muitas lições que deverão ser consideradas pelo Mercosul. Ainda que não sejam aplicáveis de imediato, ou sejam incompatíveis com a realidade sul-americana, servirão de experiência para que muitos erros deixem de ser cometidos. Evidentemente o Mercosul não precisaria seguir à risca o modelo europeu, até porque são situações muito diferentes, num contexto e época mui distantes da realidade europeia de 1957, quando foi criado o Tribunal de Justiça. Também não se deve perder de vista um exemplo tão grandioso de integração, procurando entender os motivos dos caminhos traçados pela União Europeia e trazer os pontos positivos para a realidade sul-americana" (PIRES, FONSECA e CROSHERE: **Soluções...**, cit., p. 36).

En una tónica parecida, se expresaban OPPERTI, D.: "Del sistema de solución de controversias a la justicia supranacional", Documento de trabajo en la Reunión "Unión Europea-Mercosur: el papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración", Asunción, Paraguay, 2-3 abril de 1997; también RIMOLDI DE LADMANN, E.: "Propuesta...", p. 232.

directa de las sentencias en el orden interno de los Estados partes; i) ejecutoriedad de las sentencias lo más efectiva posible; j) otorgamiento de competencia consultiva; y k) amplia posibilidad del acceso de las personas físicas y jurídicas particulares a la vía jurisdiccional del Tribunal<sup>524</sup>.

Los objetivos a cumplir por este Tribunal, a juicio de la Comisión Nacional de Juristas del Uruguay serían, entre otros, controlar la legalidad de la actuación de las instituciones y el cumplimiento del Tratado por los Estados Partes, garantizando la aplicación uniforme del derecho comunitario. El Tribunal atendería también los recursos de incumplimiento, nulidad, inacción e interpretación prejudicial. Asimismo la posibilidad real de acceso directo de las personas físicas y jurídicas se hace indispensable. Por último, la Comisión entiende que el número de jueces debería ser cinco, integrando el quinto miembro de forma que no quiebre la esencial independencia y autonomía del Tribunal<sup>525</sup>.

---

524 ARMAS BAREA, C.A.: "Sistema de solución de controversias en el Mercosur", **Mercosur. Balance...**, cit., pp. 71-81. Este autor ya había afirmado en 1992: "El órgano que institucionalice ese Sistema Permanente habrá de ser de naturaleza jurisdiccional, con competencias amplias que lo faculten para, además de solucionar tales controversias, actuar como órgano de control de legalidad de las resoluciones de los otros órganos comunitarios y asimismo asegurar una interpretación uniforme" (ARMAS BAREA: "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias. Análisis Preliminar", Foro Permanente Institucional y Empresaria para el MERCOSUR, 14, 06, 1992, multicopiado, p. 9).

525 "Bases...", cit., pp. 153-154, 183, 155 y 175. A propósito de la composición del Tribunal supranacional del MERCOSUR, FIGUEIREDO TEIXEIRA sugiere que "essa pretendida Corte tenha obrigatoriamente a participação de juízes nacionais, selecionados entre os integrantes dos tribunais superiores de cada um dos países participantes do Grupo Mercosul. Por intermédio dessa participação das magistraturas nacionais, haveria, sem dúvida, e a exemplo da "União Européia", maior harmonia com as decisões dos próprios tribunais nacionais, harmonia essa que deve ser buscada sobretudo em área desacostumada com eventual contrastamento à soberania nacional por intermédio de órgãos supranacionais" (FIGUEIREDO TEIXEIRA, S. de: "A Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária", **Mercosul. Lições...**, cit., pp. 189-190).

En todo caso, a results del examen de los mecanismos de solución de controversias y de las distintas posiciones doctrinales, y aun reconociendo el valor de los Laudos Arbitrales en aras de la consolidación regional, procede subrayar que lo regulado al efecto en el P.B. y en el P.O.P. se revela como escaso para un futuro desarrollo del MERCOSUR<sup>526</sup>. Habrá que acudir a un nuevo sistema donde los diversos conflictos tengan acogida sean Estados contra Estados u órganos, órganos contra órganos, Estados o particulares y particulares contra Estados u órganos (entre los que cabría situar los funcionarios mercosureños en relación con los órganos). Opinamos que la creación de un eficaz sistema de recursos administrado por un Tribunal de Justicia es algo que, con las mejoras a introducir en el sistema institucional, no podrá demorarse durante mucho tiempo más. De otro modo, el proceso podría correr el peligro de paralizarse. Resulta difícil pensar en un Mercado Común de Estados sin un ordenamiento jurídico, y lo que es peor que este ordenamiento jurídico no pueda ser aplicado eficazmente por la carencia de un Tribunal de Justicia, una de cuyas misiones irrenunciables sea la garantía e interpretación uniforme del Derecho del MERCOSUR.

Por otra parte, consideramos que de constituirse este Tribunal de Justicia, su jurisprudencia serviría para resolver los conflictos puntuales que se susciten en el MERCOSUR, posibilitándose así la construcción de un auténtico Derecho Comunitario y la dedicación plena de las instituciones regionales al avance y consolidación del proceso de integración.

---

<sup>526</sup> EKMEKDJIAN se queja de la insuficiencia del método de arbitraje afirmando: "a) que se trata de un complejo procedimiento burocrático, que exige un proceso prearbitral ante los organismos administrativos del Mercosur, b) insuficiente, ya que no se prevén una serie de conflictos posibles, limitándose sólo a los conflictos entre los Estados Parte, c) injusto, porque no admite la legitimación de los particulares ante el tribunal arbitral, sin el patrocinio o tutela del Estado Parte, como si las personas privadas fuesen incapaces o menores, necesitados de un tutor o curador, etc." ("Comentario al primer laudo...., cit., p. 391.

Por lo demás, la creación de un órgano jurisdiccional permanente no privaría, a los tribunales nacionales del rol primario en la aplicación del Derecho del MERCOSUR, sin perjuicio de que las competencias que pudieran ser asignadas a aquél, sean exclusivas, y por lo tanto excluyentes de otros procedimientos jurisdiccionales. El papel desempeñado por los órganos actuales o futuros del MERCOSUR en las instancias previas a la vía judicial, tampoco debería ser afectado. Más aún, no dejaremos de reconocer un cierto grado de eficacia en la labor de tales instancias ya que actúan tamizando las reclamaciones y aliviando las tareas de los tribunales<sup>527</sup>.

Además, no puede desconocerse el importante papel que el Tribunal podría tener con base en el recurso prejudicial. Como ha apuntado PÉREZ GONZÁLEZ, "pese a las propuestas en esta dirección el Protocolo de Ouro Preto no ha dado el paso para insertar en la estructura institucional del MERCOSUR un órgano judicial, el cual podría haberse constituido en una pieza clave del sistema de solución de controversias y, en definitiva, de la garantía del respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales que sirven de base al MERCOSUR, incluida la capacidad de tal órgano para pronunciarse por vía prejudicial..."<sup>528</sup>.

Mas el interés por el establecimiento de un órgano judicial de carácter permanente no se limita únicamente a los planteamientos doctrinales, sino que también se proyecta a nivel político e institucional. Así cabría destacar la recomendación Nº. 2/96 de junio de 1996, adoptada por el C.M.C., instando a los poderes ejecutivos de los Estados Partes a acordar la creación de un Tribunal Permanente de Justicia para la solución de controversias y el ejercicio del control de la legalidad de los actos emanados de los órganos institucionales del MERCOSUR.

---

<sup>527</sup> REY CARO: "Un Tribunal...", cit., p. 271.

<sup>528</sup> PÉREZ GONZÁLEZ: "El Mercado Común del Sur (MERCOSUR)", cit., p. 645.

Ese mismo año, el 21 de septiembre de 1996, representantes de las Cortes Supremas de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y Paraguay trataron en Ouro Preto de la conveniencia de la creación de un Tribunal Supranacional para el MERCOSUR, cuya sede sería Asunción. Hubo acuerdo entre los presentes, a excepción del representante brasileño, miembro del Supremo Tribunal Federal, el cual se opuso, aduciendo que sería burocrático, costoso e innecesario<sup>529</sup>.

Al año siguiente, concretamente el 18 de junio de 1997, se reuniría, en Asunción, la Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR. Entre los temas abordados por los parlamentarios figuraba la adopción de una recomendación para la creación de un Tribunal de justicia permanente para la solución de controversias en el MERCOSUR. En dicha recomendación, los parlamentarios, además de instar una vez más a los Poderes Ejecutivos de los Estados Miembros a la creación de un Tribunal, decidían propiciar la constitución con anterioridad de una instancia orgánica encargada de la materialización de un método de consulta previa, la cual tendría como objeto la interpretación uniforme de la normativa del MERCOSUR, tanto en relación a su contenido y vigencia como a su carácter obligatorio, en tanto no se procediera a la instalación del Tribunal Permanente de Justicia. Los buenos deseos de los parlamentarios no tendrían cabida en la agenda de decisiones en el subsiguiente Consejo MERCOSUR, celebrado los días 19 y 20 del mismo mes, con la presencia de los Jefes de Estado del MERCOSUR más los de Bolivia y Chile<sup>530</sup>.

---

<sup>529</sup> Editorial del *Diario Noticias*, Asunción, miércoles, 25 de septiembre de 1996; ELIZECHE: "El Mercosur..., *O Sistema...*, cit., p. 358. Con anterioridad, en el "Encuentro de Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur de América Latina", llevado a cabo en Buenos Aires, el 7, 8 y 9 de agosto de 1991, se había recomendado que la "futura implementación del tratado marco de Asunción establezca un sistema institucional, que permita el desarrollo las políticas económicas de integración bajo un orden normativo, que garantice la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del derecho comunitario por un tribunal independiente" (*Apud ZUNINO*: "La Solución...", *O Sistema...*, cit., p.404).

<sup>530</sup> ELIZECHE: "El Mercosur..., *O Sistema...*, cit., pp. 354-360.

A la vista de los hechos, son ante todo consideraciones de orden político y económico las que se revelan como difíciles escollos a la hora de tomar la decisión de instaurar un Tribunal de Justicia. En rigor a la verdad, la cuestión de instituir o no dicho Tribunal para el MERCOSUR pasa hoy por la respuesta a un dilema en el que tres de los cuatros Estados miembros están en general de acuerdo -y verían bien su puesta en funcionamiento- y uno la rechaza, Brasil<sup>531</sup>.

Las posiciones expuestas nos eximen de subrayar con argumentos, que no serían si no reiteración, la importancia que para la prosecución en los avances del MERCOSUR tiene la creación de un Tribunal de Justicia. Ahora bien, tal creación debería ir acompañada de sendas revisiones constitucionales en los Estados Parte, así como de una revisión institucional que aportara un sistema institucional de mayor densidad que el actual que nos permitiera hablar definitivamente de la existencia de un Derecho comunitario del MERCOSUR. Los particulares y los Estados afectados por el incumplimiento no pueden, de una vez por todas, seguir desamparados, si no se quiere privar al proceso de la credibilidad que se merece por sus objetivos y por las expectativas despertadas en los operadores económicos. Debería haber un órgano jurisdiccional permanente con fuerza jurídica suficiente para terminar en última instancia la controversia planteada. La complejidad creciente que, sin duda, habrá de darse en el proceso de consecución del Mercado Común que se busca en el MERCOSUR hace insoslayable, a nuestro juicio, la creación de un tribunal judicial. De no hacerse, el proceso de integración puede correr un serio peligro de resquebrajamiento. Como señala GRAJALES, "Es dable destacar a esta altura que, cuando advertimos que la demora a la que asistimos, en la implementación de sistemas más aptos para la solución de conflictos denota una falta de "voluntad política". Y me atrevo a decir que

---

<sup>531</sup> CALCEGLIA: *Integración...*, cit., pp. 289-290. Brasil no manifiesta mucho interés por la instauración de un Tribunal permanente habida cuenta de su condición de socio económico más importante del proceso regional "con más poder de negociación que los otros socios. Y todo aquél que tiene poder es reaccio a sujetarse a los mecanismos de control del mismo" (EKEMKDKJIAN, *El Derecho* t. 183, p. 392).

resulta ineludible revertir esta tendencia, ya que de lo contrario esto puede producir un desequilibrio entre Derechos y obligaciones que necesariamente nacen de un proceso de este tipo, lo que puede devenir en consecuencias negativas para el desarrollo de la integración<sup>532</sup>. Estamos ante un asunto que se revela no sólo como una necesidad jurídica sino también como una necesidad económica del proceso<sup>533</sup>.

---

532 GRAJALES, A.A.: "Tribunal de Justicia en el Mercosur: Un debate pendiente sobre lo institucional", *Revista de Derecho del Mercosur*, Buenos Aires, año 3, nº. 2, abril de 1999, pp. 15-16.

533 A este respecto lleva razón VIGO cuando subraya que la creación de un Tribunal del MERCOSUR implica neutralizar difundidas tentaciones "juridicistas" de quienes creen que el derecho empieza y termina en el derecho, o, dicho de otro modo, que el fin del derecho es el derecho mismo, y por eso se lo puede explicar sin salir de él. Poner en marcha aquel tribunal implicará poner efectivamente el derecho en sintonía con un proceso que es originariamente y fuertemente económico, social, cultural, político, etc. El derecho del Mercosur, por la fuerza de los casos concretos, ganará en inserción social y se perfeccionará en su eficacia transformadora. Con un tribunal del Mercosur, el mismo proceso de integración ganará en afianzamiento, implicará un salto cualitativo que manifestará de manera inequívoca la irreversibilidad y firmeza del mismo. Los gobiernos nacionales estarán diciendo con esa creación que la integración no es algo sectorial o circunstancial, sino un proceso integral y definitivo, un proceso que la historia explica y el futuro exige. Las enseñanzas del derecho europeo no dejarán lugar a dudas acerca de la importancia del derecho y los jueces para que la integración no sólo se profundice sino que se sobrepongan a los momentos difíciles.

Somos conscientes que el largo listado de argumentos podría haberse resumido y simplificado, evitándose reiteraciones y sobrecabundancia argumental; sin embargo, si los hemos conservado es porque no está de más esa insistencia y abordajes con sutiles diferencias atento a la importancia del tema y al exigente futuro. De todas maneras, creemos que todos esos argumentos tienen contenido o resonancias éticas, pues todos ellos —en mayor o menor medida— hablan de los beneficios que para el hombre y las sociedades concretas del Mercosur podrían recibir con la creación de un tribunal. Consecuentemente, estamos convencidos de que si aquellos que tienen la responsabilidad de tomar las decisiones acerca del futuro del MERCOSUR priorizan el interés mayoritario de los miembros de ese espacio geográfico, no dudarán acerca de la procedencia de la creación del tribunal respectivo; sólo un interés mezquino, una mirada empobrecida del derecho o una grave falta de magnanimidad puede aislar esa creación que aparece como urgente e imprescindible (Vigo, L. R.: "Razones Éticas para la Creación del Tribunal del Mercosul", *Magistratura e Mercosul*, *Ajuris*, Edición especial, 1999, p. 101).

A nuestro juicio, estamos ante un tema abierto, respecto del que existe sensibilidad suficiente para avanzar<sup>534</sup>. Afortunadamente, ello es así incluso en aquéllos que están llamados a velar jurisdiccionalmente en los países miembros por el cumplimiento del Derecho del MERCOSUR. Pocas veces, con tan pocas palabras, se puede decir tanto sobre la agenda del MERCOSUR, como se hizo el 21 de septiembre de 1996, fecha en la que por consenso entre los jueces participantes en el "I Congreso Internacional de Derecho Comunitario", realizado en Ouro Preto, por iniciativa de la Escuela Nacional de la Magistratura del Brasil y del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos del MERCOSUR (Jurisul), se recomendó algo que nosotros, concordando plenamente con lo allí apuntado, entendemos que debe llevarse a cabo, *sin prisas pero sin pausas*, a la mayor brevedad posible. Ante todo hay que lograr: 1) la adecuación de las normas constitucionales de los Estados Miembros a fin de asegurar la supremacía del Derecho Comunitario; 2) La incorporación al Tratado de Asunción de una prescripción expresa que consagre la regla de la supremacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos nacionales; 3) La aplicación inmediata y directa de las normas comunitarias por los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales; y 4) La creación e instalación de

---

534 Sin duda, buena parte de las preocupaciones aquí recogidas serán compartidas, en el marco de sus propios intereses específicos, por los propios Estados Partes, los cuales en el marco del C.M.C. celebrado el día 29 de junio de 2000, aprobaron la Decisión Nº. 25/00 sobre "Relanzamiento del MERCOSUR. Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias en el Protocolo de Brasilia", intruyendo al G.M.C. para que a través del Grupo **Ad Hoc** "Aspectos Institucionales" efectúe un análisis y presente una propuesta integral relativa al perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia, antes del 10 de diciembre del 2000 (art. 1).

Los puntos indicados en la Decisión para ser analizados serían los siguientes: cumplimiento de los Laudos Arbitrales y alcance de las medidas compensatorias; criterios para la conformación de las Listas de expertos y árbitros y para su designación en cada caso; mayor estabilidad de los árbitros; alternativas para una interpretación uniforme de la normativa MERCOSUR; y agilización de los procedimientos existentes e implementación de los procedimientos sumarios para casos determinados (art. 2).

una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario<sup>535</sup>.

En el Mercosur, a nuestro modo de ver, estamos todavía en un momento oportuno pero no debe dejarse que éste transcurra en balde. De no construirse un sistema de solución de controversias en debida forma, en su lugar surgiría el yermo de las lamentaciones.

Hasta aquí llega nuestra contribución en pro de un mejor conocimiento de una realidad que aunque joven comienza a encontrarse con problemas sucesivos periódicos de consolidación y crecimiento a los que tuvo -y tiene- que hacer frente la Comunidad Europea. Desde una perspectiva ajena pero gratamente encariñada con el proceso del MERCOSUR, hemos elaborado esta monografía. Rogamos sepan disculparnos nuestros atrevimientos y nuestras críticas, fruto tal vez de quien, a veces, no es totalmente consciente de las grandes dificultades políticas -y de índole económico- en que está inmerso el proceso mercosureño, dificultades que habrán de ser resueltas con grandes dosis de perseverancia en el análisis y en la decisión política.

---

<sup>535</sup> Carta de Ouro Preto, en portugués y español, en SANTANA, J. M<sup>a</sup>. de: "Mercosul", *O Sistema...*, cit., pp. 380-382; en portugués, en QUINTAO SOARES: *MERCOSUL...*, cit., pp. 104-105 (texto completo en pp. 217-219).

El camino sin duda llevará algún tiempo. Como señala MARCHESINI: "Aunque la creación de esta Corte de Justicia del Mercosur es todavía de difícil realización porque se necesita de una transformación cultural que admita concebir la soberanía como una *competencia* que el Estado ejerce en sus relaciones externas y en sus asuntos internos, conforme a los principios y normas del derecho de la integración, que protege además del "interés nacional" el "interés regional", que no es otra cosa que defender el interés de cada uno de los miembros de la comunidad integrantes del Mercosur. La *soberanía comunitaria* del grupo Mercosur debe de prevalecer sobre ciertos aspectos de lo que es hoy la *soberanía nacional* de los cuatro países miembros" (MARCHESINI: "El arbitraje...", cit., p. 111).

## BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

### 1) Monografías.

**ABELLÁN HONRUBIA, V./VILA COSTA, B. (dir.) y OLESTI RAYOS (coord.):** *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 3ª. Ed., Madrid, 1998

*A História do Mercosul*, Centro de Integração do Mercosul, Univesidade Federal de Pelotas, 1999.

**ABINZANO, R.C.:** *MERCOSUR. Un modelo de integración*, Universidad Nacional de Misiones, 1993.

**ABREU, A.:** *A Magistratura no MERCOSUL*, Florianópolis, 1996.

**ABREU BONILLA, S./PASTORI FILLOI, A.:** *Uruguay y el nuevo orden mundial*, Montevideo, 1992.

**ABREU E LIMA, FLORÊNCIO S./FRAGA ARAÚJO, E.H.:** *MERCOSUL Hoje*, São Paulo, 1995.

**ACCIOLY PINTO DE ALMEIDA, E.:** *Mercosul e União Européia. Estrutura jurídico-Institucional*, Curitiba, 1996.

— *Mercosur y Unión Europea. Estructura jurídico-Institucional*, Curitiba, 1998

**ALMEIDA, P. R.:** *MERCOSUL. Fundamentos e Perspectivas*, São Paulo, 1998.

— *Mercosul, NAFTA e ALCA*, Sao Paulo, 1999.

— *Le Mercosud. Un Marché Común pour l'Amérique du Sud*, París, 2000.

**ALONSO GARCÍA, R.:** *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid, 1995.

— *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea. Solución de controversias e interpretación uniforme*, Madrid, 1997.

— *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales. Autonomía, integración e interacción*, Buenos Aires, 1999.

**ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A.**: *Conflito entre normas do Mercosul e Direito interno. Como resolver o problema? O caso brasileiro*, São Paulo, 1997.

*Mercosul Hoje*, São Paulo, 1998.

**ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J.A. y FERNÁNDEZ PÉREZ, B.**: *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª. Ed. Madrid, 1999

**ARNAUD, V.G.**: *MERCOSUR. Unión Europea, NAFTA y los procesos de integración regional*, Buenos Aires, 1998.

**BARON KNOLL DE BERTOLLOTTI, S.**: *Administración y gobierno del MERCOSUR*, Buenos Aires, 1997.

**BARBOSA, R.A.**: *América Latina en perspectiva: a integração regional da retórica à realidade*, São Paulo, 1991.

**BARRA, R.** : *Fuentes del ordenamiento de la integración*, Buenos Aires, 1998.

**BASSO, M. (Org.)**: *MERCOSUL. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*, Segunda Edição, Porto Alegre, 1997.

**BAUMANN, R./ LERDA, J. C. et alt (Orgs.)**: *Brasil-Argentina-Uruguai. A integração a debate*, Brasília, 1987.

**BIMBI, E. et alt. (Orgs.)**: *MERCOSUL. Estratégias para a integração*, Porto Alegre, 1997.

**BLOCH, R.D./IGLESIAS, D.O.**: *Solución de controversias en el MERCOSUR*, Buenos Aires, 1995.

**BORBA CASELLA, P.**: *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, 1996.

— *Mercosul: exigências e perspectivas de integração e consolidação de espaço econômico integrado*, São Paulo, 1996.

— MERCOSUL. *Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro, 2000.

**CALCEGLIA, I.M.:** *La solución de controversias en esquemas de integración: el caso del Mercosur*, Buenos Aires, 1995.

— *Integración: El Desafío de las Instituciones. Reflexiones sobre el Tribunal Supranacional, el activismo judicial y el déficit democrático. Proyecciones y aplicabilidad para MERCOSUR*, Buenos Aires, 1998.

**CAMPOS, D. DE (Coord.):** *O Sistema Tributário e o MERCOSUL*, São Paulo, 1998.

**CAPUTO BASTOS, C.E.:** *O processo de integração do MERCOSUL e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados*, Associação Brasileira de Estudos da Integração, Brasília, 1997.

**CÁRCOMO LOBO, M<sup>a</sup>.T.:** *Ordenamento jurídico comunitário*, Belo Horizonte, 1997.

**CIURO CALDANI, M.A.:** *Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur*, Rosario, 1998.

**CORRÊA, A.:** *Mercosul. Soluções de Conflitos pelos Juízes Brasileiros*, Porto Alegre, 1997.

**DALLARI, P.:** *Constituição e relações exteriores*, Barra Funda, 1994.

*Desafíos del Mercosur*, Buenos Aires, 1997.

**DIEZ DE VELASCO, M.:** *Instituciones de Derecho Internacional Público*, T. I, Décima Edición, Madrid, 1994.

**DREYZIN DE KLOR, A. S.:** *Mercosur. Generador de una nueva fuente del derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1997.

**DROMI, R.:** *Código del Mercosur*, Vols. 1-8, Buenos Aires.

**DROMI, R./ EKMEKDJIAN, M. A./RIVERA, J.C.:** *Derecho Comunitario. Régimen del MERCOSUR*, Buenos Aires, 1995.

— *Derecho Comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur*, Buenos Aires, 1995.

**EKMEKDJIAN, M. A.:** *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano (con especial referencia al MERCOSUR)*, Buenos Aires, 1996.

*Estrategias de articulación y reforzamiento de las capacidades de gestión de una Unión Aduanera: opciones para el MERCOSUR*, Centro de Información para la Integración Regional, Montevideo, 1996.

**FADLALA, E./ MASI, F.:** *Paraguay en el Mercosur. Empresarios ante la integración*, Asunción, 1992.

**FARINELLA, F.:** *El Tratado del Mercosur*, Mar del Plata, s.f., mimeografiado.

**FELDSTEIN, S.:** *Jurisdicción internacional en materia contractual*, Buenos Aires, 1995.

**FERNANDES, E. C.:** *Sistema tributário do Mercosul*, 2ª. Ed., São Paulo, 1999.

**FERNANDEZ TOMÁS, A./FORCADA BARONA, I./ HUESA VINAIXA, R./ SÁNCHEZ LEGIDO, A.:** *Instituciones de Derecho Comunitario*, 2ª. Ed., Valencia, 2000

**FERNÁNDEZ, W.:** *MERCOSUR. Economía, Política y Estrategia en la Integración*, Montevideo, 1992.

**FERREIRA, A. L.:** *MERCOSUL. Comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília*, Porto Alegre, 1994.

**FRANCESCHINI DA ROSA, L.F. :** *Mercosul e função judicial. Realidade e superação*, São Paulo, 1997.

**FREITAS DE LIMA VENTURA, D. (organ.):** *O Mercosul em movimento*, Porto Alegre, 1995.

— *A Ordem Jurídica do Mercosul*, Porto Alegre, 1996.

**FREELAND LÓPEZ LECUBE:** *Manual de Derecho Comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y Mercosur*, Buenos Aires, 1996.

**GARRE COPELLO, B.:** *El Tratado de Asunción y el Mercado Común del Sur –Los megabloques económicos y América Austral*, Montevideo, 1991.

— *Solución de controversias en el Mercado Común del Sur*, Montevideo, 1995.

**GIARDINO B. BRANCO, L.:** *Sistema de Solução de Controvérsia no MERCOSUL – Perspectivas para criação de um modelo institucional permanente*, São Paulo, 1997.

*Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos europeos y americanos*, Bogotá.

**GOMES CHIARELL, C. A. (coord.):** *Temas de Integração com enfoques no MERCOSUL*, São Paulo, vol. I, 1997.

**GONZÁLEZ -OLDEKOP, F.:** *La integración y sus instituciones*, Buenos Aires, 1997.

**ISAAC, G.:** *Manual de Derecho comunitario general*, 5ª. Ed., Barcelona, 2000.

**IZA, A. O.:** *Solución de controversias en los acuerdos de integración – La experiencia de la Unión Europea*-, Buenos Aires, 1997.

**JACOT-GUILLARMOD, O.:** *Droit Communautaire et Droit International Public*, Genève, 1969.

**JARDÍ ABELLA, M.:** *La solución de conflictos en el Mercosur*, Estudios Multidisciplinarios, Facultad de Derecho, Montevideo, 1995.

**LIPOVETZKY, J.C./LIPOVETZKY, D.A.:** *Mercosul: estratégias para a integração. Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção* (con versión conjunta en portugués y castellano), Sao Paulo, 1994.

**LAVAGNA, R.:** *Argentina, Brasil, Mercosur. Una decisión estratégica*, Madrid, 1998

**LOPRESTI, R.P.:** *Constituciones del MERCOSUR*, Buenos Aires, 1997.

**MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.:** *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª. Ed., Madrid, 1999

**MÈGRET, J.:** *Le Droit de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, 1983.

**MENEM, C.S.:** *¿Qué es el MERCOSUR?*, Buenos Aires, 1996.

*Mercosul. Tratados e Protocolos na Área Jurídica*, Porto Alegre, 1996.

Mercosur. *Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996.

**NASCIMENTO, T.M.C. do:** *Comentários à Constituição Federal. Princípios Fundamentais. Artigos 1º a 4º*, Porto Alegre, 1997.

**OLAVO BAPTISTA, L.:** *O MERCOSUL. Suas instituições e o Ordenamento Jurídico*, São Paulo, 1998,

**PAULO PEREIRA, A.C.:** *O novo quadro jurídico das relações comerciais na América Latina. MERCOSUL*, Rio de Janeiro, 1997, pp. 76-84.

**PELÁEZ MARÓN, J.M.:** *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, 2000.

**PÉREZ OTERMÍN, J.:** *Solución de controversias en el Mercosur. Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur*, Montevideo, 1992.

— *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos Jurídico-Institucionales*, Montevideo, 1995.

**PESCATORE, P.:** *Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communitaires*, Il Foro Padano, 1972.

**PINARD, G.E.:** *Los derechos humanos en las Constituciones del Mercosur*, Buenos Aires, 1996.

— *MERCOSUR y los tratados internacionales. El caso Chile*, Buenos Aires, 1998.

**PIRES, A./FONSECA, A./CROSHERE, I.:** *Soluções de controversias no Mercosul*, São Paulo, 1998.

**PUEYO LOSA, J./REY CARO, E. J. (Coords.)**, *Mercosur, nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, 2000.

**QUINTÃO SOARES, M.L.:** *MERCOSUL. Direitos humanos. Globalização e Soberania*, Belo Horizonte, 2º. Ed., 1999.

**RAMOS ROCHA, Mª. da C.;** *MERCOSUL. Alcances da União Aduaneira no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1999.

**RAPALLINI, L.E.:** *Integración y Desarrollo en Europa y América*, La Plata, 1995.

**REY CARO, E.:** *Eficacia y falencias de los medios y procedimientos de solución de controversias en el ámbito del Mercosur*, Córdoba (Argentina), 1996.

— *La Solución de Controversias en los procesos de integración en América. El Mercosur*, Córdoba (Argentina), 1998.

**RIBEIRO BASTOS, C./ FINKELSTEIN, C. (Coordenação):** *Mercosul. Lições do Período de Transitividade*, São Paulo, 1998.

**RODRIGUES DE FREITAS, A.:** *Globalização, Mercosul e Crise do Estado Nação. Perspectivas para o Direito numa sociedade em mudança*, São Paulo, 1997.

**RUIZ DIAZ LABRANO, R.:** *Mercosur, Integración y Derecho*, Buenos Aires, 1998.

**SALAZAR P. BRANDÃO, A./VALLS PEREIRA, L. (Orgs.):** *MERCOSUL. Perspectivas da integração*, Rio de Janeiro, 1997.

**SARMIENTO GARCÍA, J.H./FARRANDO, I.:** *Procesos de integración y Mercosur*, Buenos Aires, 1994.

**SILVA, R.L.:** *Direito Econômico Internacional e direito comunitário*, Belo Horizonte, 1995.

**SILVA DE LAPUERTA, R.:** *El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Bilbao, 1986.

**SEITENFUS, V.M.P.P/DE BONI, L.A. (Coords):** *Temas de Integração Latino-Americana*, Porto Alegre, 1990.

**TACCONE, J. J./NOGUEIRA, U. (eds.):** *Informe MERCOSUR*, Buenos Aires, Enero-Junio 1998

**URIBE RESTREPO, F.:** *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990.

**URIONDO DE MARTINOLI A.:** *Solución de Controversias. Mercosur. Acuerdos: Bolivia-Chile. Comunidad Europea*, Córdoba, 1999.

**UZAL, M<sup>a</sup>.E.:** *El MERCOSUR en el camino de la integración. Análisis de sus principales instrumentos jurídicos*, Buenos Aires, 1998.

**VELASCO SAN PEDRO, L. A. (coord.):** *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Valladolid, 1998.

VENTURA, D. (Org.): *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

WANDERLEI RODRIGUES, H. (Org.): *Solução de controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

## 2) Artículos en obras colectivas y en revistas.

ALMEIDA, P.R. de: "Solução de Controvérsias no Mercosul. Comentários ao Protocolo de Brasília", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Vol. XLV, nº. 77-78, 1992.

— "Dois anos de processo negociador no MERCOSUL: Caminhos e instrumentos de integração", *Boletim de Integração Latino-Americana, Especial: Dois Anos do Tratado de Assunção*, Brasília, Março 1993.

— "O MERCOSUL no contexto global", en RIBEIRO BASTOS, C./ FINKELSTEIN, C. (Coordenação); *Mercosul. Lições do Período de Transitoriedade*, São Paulo, 1998.

ALVAREZ TRONGE, M.: "Aspectos jurídicos del Mercosur", *La Ley*, Buenos Aires, 24 de marzo de 1992.

ARAÚJO, N. DE, SALLES, C.A./ALMEIDA, R.R.: "Cooperação interjurisdiccional no MERCOSUL. Cartas rogatórias, homologação de sentenças e laudos arbitrais e informação do Direito Estrangeiro", en BASSO, M. (Org): *MERCOSUL. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*, Segunda Edição, Porto Alegre, 1997.

ARBUET VIGNALI, H.: "La solución de Controversias en el Mercosur", *El Derecho Internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Eduardo Jiménez de Arechaga*, Tomo II, Montevideo, 1994.

— "El Protocolo de Ouro Preto. Una excusa para hablar de integración", *Mercosur. Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996.

ARMAS BAREA, C.A.: "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias. Análisis Preliminar", *Foro Permanente Institucional y Empresarial para el MERCOSUR*, 14, 06, 1992, multicopiado.

— "Sistema de solución de controversias en el Mercosur", en *Mercosur. Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996.

**AZEVEDO MERCADANTE, A. de:** "A "processualística dos atos internacionais": constituição de 1988 e Mercosul", en BORBA CASELLA, P. (coord.): *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, 1996.

**BENEGAS, G.S.:** "Conflictos en el Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del MERCOSUR*, Año 1, Nº. 1, 1997.

**BENÍTEZ RIVAS, A.:** "La solución de conflictos en el Mercosur", en CAMPOS, D. De (Coord.): *O Sistema Tributário e o MERCOSUL*, São Paulo, 1998

**BERCÚN.:** "Solución de conflictos en el Mercosur y la Organización Mundial del Comercio", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 2, Nº. 3, Junio de 1998.

— "Conflictos en el Mercosur. Discriminación impositiva. Impuesto específico interno (IMESI)", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 2, Nº. 4, Agosto 1998.

**BERTONI, L.:** "Cláusulas de Salvaguardia en el Mercosur", *Revista "Plenario"*, Ed. especial, Nº. 49, año 6, enero-marzo, Asociación de Abogados de Buenos Aires.

**BIANCHI, R. /LLANOS, F.A.:** "2ª Reunión de la Comisión de Métodos de Resolución de Conflictos. Consejo de Cámaras de Comercio del Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 2, Nº 4, Agosto de 1998.

**BLOCH, R.D.:** "Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur", *Revista Comercio Exterior*, 1995.

**BOLDORINI, Mª. C.:** "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº. 6, Santa Fe, Argentina, septiembre de 1994.

**BOLZAN DE MORAIS, J.L.:** "A justiça no Mercosul", en VENTURA, D. (Org.): *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

**BORBA CASELLA, P.:** "Solución de controversias y marco institucional: Perspectivas para los actores privados en el MERCOSUR", *Estrategias de articulación y reforzamiento de las capacidades de gestión de una Unión Aduanera: opciones para el MERCOSUR*, Centro de Información para la Integración Regional, Montevideo, 1996.

**BRUSA, F.:** "Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, acerca de subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 1, febrero de 2000.

**CAIROLI MARTÍNEZ, M.:** "Creación de un Tribunal de Justicia en el ámbito del MERCOSUR", *El Notificador*, Nº. 67, Buenos Aires, primer bimestre 1997.

**CÁRCOMO LOBO, M<sup>a</sup>. T.:** "Laudo Arbitral do Primeiro Tribunal Ad-Hoc do Mercosul", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 4, agosto 1999.

**CARDONA LLORENS, J.:** "La delimitación del concepto de arbitraje de Derecho Internacional Público a la luz del asunto del Rainbow Warrior", *El arbitraje internacional*, XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Intenacional y Relaciones Internacionales (Ed. Preparada por F. M. MARINÑO) Zaragoza, 1989.

**CARRERAS. A. DE LAS:** "Segundo fallo de un tribunal Mercosur", *El Cronista*, 13 de diciembre de 1999.

**CASTRO BERNIERI, J.:** "Solución de diferencias en acuerdos regionales de integración", Taller de Entrenamiento sobre "Mecanismos Multilaterales y Regionales de Solución de Controversias: Experiencias y Perspectivas", Caracas, 17 y 18 de noviembre de 1998, multicopiado.

**COELHO MICHELON, R.M<sup>a</sup>.:** "Solução de controvérsias no âmbito do Mercosul. Alguns aspectos relevantes sobre matéria judiciária, mediação e arbitragem", en GOMES CHIARELLI, C. A. (coord.): *Temas de Integração com enfoques no MERCOSUL*, Vol. I, São Paulo, 1997.

**COMISIÓN NACIONAL DE JURISTAS:** "Bases para la creación de un Tribunal de Justicia en el MERCOSUR". Simposio sobre la Creación de un Tribunal de Justicia para el Mercosur, organizado por el Instituto Artigas del Servicio Exterior, Montevideo, octubre-noviembre de 1991, en PÉREZ OTERMÍN: *Solución de controversias en el Mercosur. Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur*, Montevideo, 1992.

**CORONEL, L./SEDRAN, N.:** "Mecanismos de solución de conflictos", *Del MERCOSUR. Aduana. Jurisdicción. Informática. Relaciones Intercomunitarias*, Buenos Aires, 1996.

**COSTA DE LARA, A.R.:** "Justicia Supranacional no Mercosul", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 1, febrero de 2000.

**CHAHIN LIZCANO, G.:** "El nuevo tribunal de justicia de la Comunidad Andina de Naciones", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº 5, octubre de 2000.

**DALLA VIA, A.R.:** "El Mercosur y los aspectos constitucionales e institucionales", en VENTURA, D. (Org.): *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

— "El primer laudo arbitral del Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 4, agosto de 1999.

**DAVEREDE, A.:** "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", *La Ley*, Buenos Aires, Año LVI, 29 de Abril de 1992.

**DIAZ BARRADO, C.M.:** "La nulidad de los asuntos arbitrales al hilo del Asunto del Canal Beagle", *El arbitraje internacional*, XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Intenacional y Relaciones Internacionales (Ed. Preparada por F.M. MARIÑO), Zaragoza, 1989.

**DRNAS DE CLEMENT, Z.:** "MERCOSUR y medio ambiente, en PUEYO LOSA, J. y REY CARO, E. J. (Coords.), *Mercosur, nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, 2000.

**DREYZIN DE KLOR, A.S.:** "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", Documento de trabajo presentado en el IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. *El Desarrollo de la Integración hacia el siglo XXI: Realidad y Perspectiva*, Montevideo, Uruguay, 17-20 de mayo de 1995.

— "Sistema de solución de controversias en el Mercosur", en *Mercosur. Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996.

— "El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 2, abril de 2000.

**ELIZECHE, M. A.:** "El Mercosur: un Ensayo sobre el Objetivo y Naturaleza Jurídica del Tratado de Asunción. El Sistema de Solución de Controversias. Los Conflictos fiscales. Necesidad de un Tribunal de Justicia Perma-

nente y Supranacional", en CAMPOS, D. DE (Coord.): *O Sistema Tributário e o MERCOSUL*, São Paulo, 1998

**EKMEKDJIAN, M. A.:** "Anteproyecto de Protocolo Modificadorio del Protocolo de Brasilia y de Ouro Preto", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nº. 123, Santa Fe, 1995.

— "Comentario al Primer Laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Mercosur", *El Derecho*, t. 183.

**FARIA, W.R.** "A estrutura institucional definitiva do Mercosul: uma opinião", *Revista de Informação Legislativa*, a. 30, n. 119, jul/set. 1993.

— "Falta um Tribunal de justiça do Mercosul", *Suplemento Informe Enfoque Jurídico*, TRF 1ª Região, março 97.

— "As medidas provisionais no Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº 5, octubre de 2000.

**FEDER, B.:** "Solución de Controversias en el proceso de integración regional - Régimen Uruguay - Chile y Régimen Uruguay - Bolivia", *Seminario Dimensión Jurídica de la Integración*, Montevideo, 2-3 de diciembre de 1996, multicopiado.

**FERNÁNDEZ REYES, J.E.:** "Evaluación de los mecanismos de solución de controversias en el Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 4, agosto 2000.

**FIGUEIREDO TEIXEIRA, S. DE:** "A Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária", en RIBEIRO BASTOS, C./ FINKELSTEIN, C. (Coordenação): *Mercosul. Lições do Período de Transitoriedade*, São Paulo, 1998.

**FLOREAL GONZÁLEZ, F.:** "El Laudo y las limitaciones del sistema de solución de conroversias del Mercosur", *La Ley*, Buenos Aires, Año LXIII, Nº. 163, 27 de agosto de 1999.

**FRANCO DA FONSECA, J.R.:** "Sistema de solução de controvérsias no Mercosul", *Mercosul. das negociações à implação*, 2 ed. Revista e ampliada. São Paulo, 1998.

**FRESNEDO DE AGUIRRE, C.:** "La cooperación cautelar internacional en el Mercosur", *El derecho procesal en el Mercosur*, Universidad Nacional del Litoral, 1997.

**GAMIO, J.:** "Solución de Controversias en el proceso de integración regional-Solución de controversias en el MERCOSUR", *Seminario Dimensión Jurídica de la Integración*, Montevideo, 2-3 diciembre de 1996, multicopiado.

**GONZÁLEZ, F.:** "Solución de conflictos en el sistema de integración: los casos del Mercosur y la CEE", *Integración Latinoamericana*, Nº. 197, diciembre 1992.

**GRAJALES, A.A.:** "Tribunal de Justicia en el Mercosur: Un debate pendiente sobre lo institucional", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosul*, año 3, nº. 2, abril de 1999.

**GRANDINO RODAS, J.:** "Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul", en VENTURA, D. (Org.): *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

**GREBLER, E.:** "O Mercosul institucional e a solução de controvérsias", *Boletim de Integração Latino-americana*, Nº.12.

— "A solução de controversias no Tratado do Mercosul", en BORBA CASELLA, P. (coord.): *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, 1996.

**HALPERIN:** "Los particulares y el MERCOSUR: el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", *Integración Latinoamericana*, Nº. 178, mayo de 1992.

— "Mecanismos de solución de controversias: enfoques alternativos", *Estrategias de articulación y reforzamiento de las capacidades de gestión de una Unión Aduanera: opciones para el MERCOSUR*, Centro de Información para la Integración Regional, Montevideo, 1996.

**HITTERS, J.C.:** "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur", *La Ley*, Buenos Aires, 1997-C, 1411.

**JARDÍ ABELLA, M.:** "La solución de conflictos en el Mercosur", *Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur*, Facultad de Derecho, Montevideo, 1995.

**LABANDERA IPATA, P.:** "Aspectos jurídico-institucionales que operan como freno para la integración", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosul*, Año 2, Nº 4, agosto de 1998.

**LANDONI SOSA, A.:** "La solución de conflictos en el Mercosur", *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Nº. 54, 1994.

— "La solución de controversias en el Mercosur. Análisis del Tratado de Asunción y de los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto", *El derecho procesal en el Mercosur*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, U.N. del Litoral, 1997

**LIPOVETZKY, D.A.:** "Solución de Controversias (Anexo III y Protocolo de Brasilia)", *Estrategias de articulación y reforzamiento de las capacidades de gestión de una Unión Aduanera: opciones para el MERCOSUR*, Centro de Información para la Integración Regional, Montevideo, 1996.

**MANGAS MARTÍN, A.:** "Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, VII, 1996-1997.

— "Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico institucional y política comparada", *Revista Jurídica de la Universidad de Buenos Aires*, Nº. I-II-III, 1997.

**MARCÓN, F.:** "Competência internacional no Brasil e no Mercosul", en WANDERLEI RODRIGUES, H. (Org.): *Solução de controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

**MARCHESINI, G. M.:** "Primer laudo arbitral del Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 6, diciembre de 1999.

— "El arbitraje como método de solución de controversias en el Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, año 4, Nº. 3, junio del 2000.

**MARIÑO MENÉNDEZ, F.:** "Algunos aspectos de la práctica contemporánea del arbitraje internacional entre Estados", *El arbitraje internacional*, XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Ed. Preparada por F.M. MARIÑO) Zaragoza, 1989.

**MAROTTA RANGEL, V.:** "Solução de controvérsias após Ouro Preto", en BORBA CASELLA, P. (coord.): *Contratos Internacionais e Direito Económico no MERCOSUL*, São Paulo, 1996.

**MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.:** "MERCOSUR: balance actual y perspectivas a la luz de la experiencia de la Comunidad Europea. Posibilidades de un Tribunal Supranacional para asegurar el cumplimiento e interpretación uniforme del Derecho del MERCOSUR", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº. 4, agosto de 1999.

**MARTÍNEZ PUÑAL, A.:** "El Mercado Común del Sur: Antecedentes y alcance del Tratado de Asunción", en PUEYO LOSA, J./REY CARO, E. J. (Coords.): *Mercosur, nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, 2000.

— "La solución de controversias en el Mercado Común del Sur: ante un modelo abierto y dinámico", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, X, 2000.

**MIDÓN, M.A.R.:** "El debut jurisdiccional en el Mercosur. A propósito del Primer Laudo Arbitral a la luz del Protocolo de Brasilia", *La Ley*, Buenos Aires, Año LXIII, Nº. 161, miércoles 25 de agosto de 1999.

**MOITINHO DE ALMEIDA, J.C.:** "El modelo comunitario europeo y su influencia en los procesos de integración", *Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos europeos y americanos*, Bogotá.

**MORELLO, A./ OTEIZA, E.:** "El sistema de solución de controversias del Mercosur", *El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos*, La Plata, 1993.

**NOODT TAQUELA, M<sup>a</sup>.B.:** "Los acuerdos de elección de foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994", *Mercosur. Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996.

— "La primacía del Derecho del Mercosur en su primer Laudo Arbitral", *Jurisprudencia* 1999-III.

**OLAVO BAPTISTA, L.:** "As intuições do MERCOSUL. Comparações e perspectivas", en FREITAS DE LIMA VENTURA, D. (organ.): *O Mercosul em movimento*, Porto Alegre, 1995.

— "MERCOSUL após o Protocolo de Ouro Preto". *Estudos Avançados*, ano 10, nº. 27, 1996.

— "Solução de divergências no MERCOSUL ", en BASSO, M. (Org): *MERCOSUL. Seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*, Segunda Edição, Porto Alegre, 1997.

**OPPERTI, D.;** "Del sistema de solución de controversias a la justicia supranacional", Documento de trabajo en la Reunión Unión Europea-Mercosur: el papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración, Asunción, Paraguay, 2-3 abril de 1997.

**ORTEGA, J.E./ BRIZZIO, J.E.:** "Integración y solución de conflictos: perspectivas y propuestas para el Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 3, Nº 2, abril de 1999.

**PELÁEZ MARÓN, J.M.:** "Les arrêts de 30 de enero y 27 de marzo de 1974 y la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *TEMIS*, 33-36, 1973-1974.

**PEÑA, F.:** "Un fallo inteligente y oportuno", *Comercio Exterior*, sección 5ª de La Nación, 25 de mayo de 1999.

— El Laudo Arbitral sobre las salvaguardias textiles en el Mercosur", *La Ley*, Buenos Aires, Año LXIV, Nº 90, 10 de mayo de 2000.

— "El Laudo Arbitral sobre las salvaguardias textiles en el Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 3, junio 2000.

**PÉREZ GONZÁLEZ, M.:** "El Mercado Común del Sur (MERCOSUR)", *Las Organizaciones Internacionales* (M. DIEZ DE VELASCO), Décima Edición, Madrid, 1997.

**PEROTTI, A. D.:** "Breves apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 3, junio de 2000.

— "El Segundo Fallo Arbitral del Mercosur o el amargo despertar de nuestro Sistema de Solución de Controversias", *Revista de Direito do Mercosul/Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 2, abril del 2000.

— "Tercer Laudo del Mercosur: Una buena excusa para hablar de salvaguardias y del Derecho regional", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº. 5, octubre de 2000.

**PESCATORE.**: "Sistema de los recursos judiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en PÉREZ OTERMÍN, J.: *Solución de controversias en el Mercosur. Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur*, Montevideo, 1992.

**PONTE IGLESIAS, M<sup>a</sup>. T.**: "MERCOSUR: Una nueva dimensión para la cooperación transfronteriza", en PUEYO LOSA, J. y REY CARO, E. J. (Coords.), *Mercosur, nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, 2000.

**PUCCINI CAMINHA, M<sup>a</sup>.C.**: "Os laudos arbitrais do Mercosul e a jurisprudência das Comunidades Européias", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Año 4, Nº 5, octubre de 2000.

**PUEYO LOSA, J.** : "Prologo"; "MERCOSUR, Derecho del Mar y perspectivas de integración en el ámbito marítimo-pesquero", en PUEYO LOSA, J. y REY CARO, E. J. (Coords.), *Mercosur, nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, 2000.

**REY CARO, E.**: La solución de controversias en el MERCOSUR", en *Cursos Interdisciplinarios Hispano-Argentinos 1995-1996*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1996.

— "La solución de controversias en el Mercosur", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. VII, 1996-1997.

— "Eficacia y falencias de los medios y procedimientos de solución de controversias en el ámbito del MERCOSUR", *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 4/1997.

— "La solución de controversias en el marco del Acuerdo de Complementación Económica entre el Mercosur y Chile", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 13, 1997.

— "Un Tribunal de Justicia Permanente para el Mercosur", *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, Córdoba (Argentina), 1998.

— "Los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias en el MERCOSUR. Antecedentes, realidad y perspectivas", en PUEYO LOSA, J. y REY CARO, E. J. (Coords.), *Mercosur, nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, 2000.

— "Comentario al Reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el Mercosur", *Revista de Derecho del Mercosur-Revista de Direito do Mercosul*, Año 3, Nº. 3, junio de 1999.

**REYES C. M.:** "Breve comentario al sistema de solución de controversias vigente en el MERCOSUR", *Revista del MERCOSUR*, Paraná (Argentina), Nº 1, junio 1997.

— "La solución de un conflicto relacionado con el MERCOSUR", *Revista del Mercosur*, Paraná (Argentina), Nº. 2, octubre 1997.

**RIMOLDI DE LADMANN, E.L.:** "Propuesta para la solución de controversias en los procesos de integración", *Integración y Sociedad en el Cono Sur. Las relaciones con el Mercosur y Chile*, Buenos Aires, 1995.

— "La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto", en *Mercosur. Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996.

**RIZZO ROMANO, A.H.:** "Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina: El "Mercosur" y el modelo de los Acuerdos de Libre Comercio", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 12, 1995.

**RONZONI, R.:** "Argentina y Uruguay serán el banco de pruebas para las controversias", *Mercosur*, Madrid, Nº. 13, Febrero/Marzo de 1997.

**RÚA BOIERO, R.R.:** "El Primer Laudo Arbitral del Mercosur: Game Over", *La Ley*, Buenos Aires, 5 de junio de 1999.

— "La guerra del cerdo (1ª Parte)", *Periódico Económico Tributario*, 10 de diciembre de 1999

— "La guerra del cerdo (2ª Parte)", *Periódico Económico Tributario*, 23 de diciembre de 1999.

— "Argentina 1- Brasil 2 (1ª Parte)", *Periódico Económico Tributario*, 11 de abril de 2000.

**RUILOBA SANTANA, E.:** "La oponibilidad de la excepción del inagotamiento de los recursos internos en el arreglo arbitral de las diferencias internacionales", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXII, Nº. 3, 1969.

**RUIZ DIAZ LABRANO, R.:** "Mecanismos de solución de controversias: enfoques alternativos", *Estrategias de articulación y reforzamiento de las*

*capacidades de gestión de una Unión Aduanera: opciones para el MERCOSUR*, Centro de Información para la Integración Regional, Montevideo, 1996.

— "Hacia un Tribunal de carácter supranacional en el Mercosur", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción*, 1997.

— "Hacia un Tribunal de carácter supranacional en el Mercosur", *Desafíos del Mercosur*, Buenos Aires, 1997.

**SALLES, C.A. DE:** "A cooperação interjurisdiccional no Mercosul", en BORBA CASELLA, P. (coord.): *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, 1996.

**SAMTLEBEM, J.:** "Perspectivas para uma Corte do MERCOSUL e a Experiência Européia", *Brasília a.*, 33, Nº.131, Jul/Set. 1996.

**SANGUINETTI, J.L.:** "MERCOSUR: las alternativas del diseño institucional definitivo". *Integración Latinoamericana*, Nº. 201, junio 1994.

**SANTINI, L.C.:** "A integração e as soluções de controvérsias -Um estudo para o Mercosul. Objetivos e efetividade das decisões", en *Mercosur. Balance e perspectivas*, Montevideo, 1996.

**SARAIVA GUERREIRO, R.:** "Solução de Controvérsias no MERCOSUL", Conferência em XXII Curso de Direito Internacional, Comitê Jurídico Interamericano de la OEA, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

**SERRANO MIGALLÓN:** "El Capítulo XX: disposiciones institucionales y procedimiento para la solución de controversias", en WITKER, J. (coord.): *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, Méjico, 1993.

**SILVA NETO, O./C., DA E SOARES MELO, S.:** "Considerações sobre cooperação jurisdiccional no âmbito do Mercosul", en WANDERLEI RODRIGUES, H. (Org.): *Solução de controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

**SILVA RAUPP, K. DA:** "Solução de controvérsias entre os Estados-Partes do Mercosul", en WANDERLEI RODRIGUES, H. (Org.): *Solução de controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

**SOARES, G.F.S.:** "Uma revisão em profundidade, em 1996 de: as instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito - sugestões", en

OLAVO BAPTISTA, L. et alt. (Orgs): *Mercosul. Das negociações à implantação*, 2ª. Ed. Revista e ampliada, São Paulo, 1998.

STOUP, L.A.: "Un laudo arbitral con matices", *La Nación*, Buenos Aires 30 de noviembre de 1999, Sección 5.

TELLECHEA BERGMAN, E.: "La cooperación jurídica internacional en el Mercosur. El Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa", en *Mercosur. Balance y perspectivas*, Montevideo, 1996.

— "Un marco jurídico al servicio de la integración. Las regulaciones del Mercosur sobre Jurisdicción Intenacional", en BORBA CASELLA., P.: *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, 1996.

URIONDO DE MARTINOLI, A.: " Solución de controversias", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Libro Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Número Extraordinario, 1996.

— "El Derecho Procesal frente al Mercosur. Solución de controversias en el espacio integrado", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, año 3, nº. 2, abril de 1999.

— "Segundo Laudo Arbitral del MERCOSUR", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, X, 2000.

— "Tercer Laudo Arbitral del MERCOSUR", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, X, 2000.

VARGAS, A.L.: "El Tribunal de Justicia Permanente del Mercosur: una perspectiva "sistémica" actual para satisfacer los conflictos, intereses y Derecho Comunitario involucrados", *Revista de Direito do Mercosul-Revista de Derecho del Mercosur*, Buenos Aires, Año 1, Nº. 3, noviembre 1997.

WANDERLEI RODRIGUES, H.: "Mercosul: alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão", en WANDERLEI RODRIGUES, H. (Org.): *Solução de controvérsias no Mercosul*, Porto Alegre, 1997.

WEISS, F.: "Mecanismos para la solución de controversias: enfoque alternativo GATT/OMC, CEE/AEE, TLC, MERCOSUR", *Estrategias de articulación y reforzamiento de las capacidades de gestión de una Unión Aduanera: opciones para el MERCOSUR*, Centro de Información para la Integración Regional, Montevideo, 1996.

**ZEBALLOS, C.:** "Protocolo de Brasilia", *Integración Latinoamericana*, diciembre 1992.

**ZUNINO, G.:** "La Solución de Conflictos Fiscales en el Mercosur", en CAMPOS D., DE (coord.): *O Sistema Tributário e o MERCOSUL*, São Paulo, 1998.





