

# **SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR.**

**Por Eduardo Di Marco**

## **Introducción.**

No es intención de este trabajo avanzar sobre los aspectos generales que hacen al proceso de integración en América Latina ni tampoco sobre los que caracterizan a los mecanismos acordados por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991.

Queremos sí, hacer algunas reflexiones acerca del marco jurídico-institucional, particularmente en lo referente a los procedimientos previstos para la solución de las controversias que pudieren generarse.

Todo indica que en los cuatro países integrantes del MERCOSUR, se está viviendo una experiencia nueva en esta materia de la integración regional, la que puede verificarse tanto en la decisión política de los gobiernos de acelerar este proceso, como en la expectativa que en las sociedades ha despertado en todos sus ámbitos.

Pero fracasos anteriores, o al menos expectativas no debidamente satisfechas por pasadas experiencias nos obligan a reflexionar seriamente acerca de algunos temas como el que aquí vamos a desarrollar, y que será necesario resolver en este nuevo intento.

Es innegable la importancia de ALADI en el proceso de integración americana pero también es absolutamente cierto que su lenta marcha contrasta notablemente con el ímpetu que caracteriza al proceso del MERCOSUR, que, a no dudarlo, esta avanzando aceleradamente hacia el logro de sus metas.

Son destacables los avances que se han registrado en materia de reducciones arancelarias, verificándose también resultados auspiciosos tanto en materia de circulación de bienes y servicios, acuerdos sectoriales, como el siderúrgico o el químico y petroquímico y, en suma en la proficua tarea que están realizando tanto las instituciones del Tratado, como los sectores del ámbito privado y los más diversos ámbitos políticos e intelectuales.

## **2) El Proceso hacia el MERCOSUR.**

Desde un punto de vista analítico es interesante que nos posicionemos adecuadamente con relación al objeto y a los tiempos del Tratado de Asunción.

El art. 1. es muy explícito en el sentido de que el "MERCADO COMUN DEL SUR" que deciden constituir, es un objetivo a alcanzar dentro de un plazo que las mismas partes se fijan para el 31 de diciembre de 1994. Ese plazo, desde la entrada en vigencia del tratado, constituye lo que ellas denominan "período de transición".

Observamos entonces que, en ese período de transición, el objetivo será no solo la conformación de una Zona de Libre Comercio, meta esta a alcanzar a través del programa de desgravación progresivo lineal y automático hasta la total desgravación al 31/12/94; mediante la reducción y eliminación de las listas de excepciones que el

propio Tratado prevé; mediante la eliminación de las cláusulas de salvaguardia y por último, mediante la eliminación de todo tipo de restricciones no arancelarias.

El tratado va más allá. No se detiene tampoco en la conformación de una Unión Aduanera en términos de fijación de un arancel externo y una política exterior comercial comunes.

Su objetivo es, reiteramos, la conformación de un "Mercado Común", en tanto implicará además, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos y la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales.

Pero la temática de la integración en este período de transición hacia el Mercado Común del Sur nos muestra, que los ámbitos de trabajo han ido mucho más allá de los temas estrictamente económicos y es así que se ha avanzado en temas vinculados a la justicia, a la educación, al turismo, al medio ambiente etc.

Consecuentemente, se torna necesario ya a esta altura de la evolución del proceso hacia el Mercosur, reflexionar acerca del marco jurídico en el cual este sistema se está estructurando. Pues al decir de Bortjart (L'ABC de Droit Communautaire) una comunidad económica es una creación del derecho, una fuente del derecho y un orden jurídico.

Porque si no hay normas jurídicas no hay comunidad, si no hay normas jurídicas no hay sistema. Es decir, un sistema con reglas de derecho el que, para ser efectivo, deberán ser vinculantes para todos y contar con un procedimiento y un tribunal para hacerlas cumplir.

Y en este sentido, me permito adelantar la importancia y la trascendencia que el PROTOCOLO DE BRASILIA PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS, firmado el 17 de diciembre de 1991, tiene y va a tener en la vida de relación de los países miembros y de sus habitantes, sin que esta adelantada opinión signifique dejar de destacar que en este aspecto queda mucho por hacer.

### 3) El Anexo III del Tratado de Asunción sobre SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

Como todos sabemos, los Estados firmantes del TRATADO DE ASUNCION, establecieron que desde la entrada en vigencia del mismo (que ocurriera el 30/10/91) hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución MERCADO COMUN, se adoptaba entre otras aspectos un SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS.

Este sistema, que se plasmara en el anexo III del Tratado, originó inicialmente que quienes nos dedicábamos fundamentalmente al análisis jurídico del emprendimiento integrativo, viéramos con cierto escepticismo el procedimiento acordado.

Este escepticismo encontraba su fundamento en distintas razones pero básicamente en el hecho de que dicho procedimiento se limitaba a atender solamente las controversias entre Estados sin considerar, ni siquiera de manera indirecta, los reclamos que pudieren hacer los particulares.

Adicionalmente, el procedimiento acordado, no avizoraba muchas alternativas de éxito como solucionador de controversias en la medida de que, si fracasaban las negociaciones directas, la posterior intervención del Grupo Mercado Común se limitaría a la formulación de "recomendaciones". Si fracasaba esta segunda instancia la intervención consecuente del órgano superior del Mercado Común, el Consejo, también debía concluir con la formulación de "recomendaciones".

Pero el apartado 2) de este Anexo III encomendaba al Grupo Mercado Común, la elaboración, dentro del plazo de 120 días de la entrada en vigor del Tratado, un Sistema de Solución de Controversias que habría de regir durante el período de transición.

#### 4) El Protocolo de Brasilia.

Si bien los tratados internacionales se firman para ser cumplidos, en un todo de acuerdo con el "pacta sunt servanda" que emerge como principio en el Derecho Internacional, la práctica de implementar en dichos tratados sistemas de solución de controversias se ha hecho cada vez más frecuente.

El objeto que se persigue a través de los mismos, lejos de ser una forma de anticipar la existencia de conflictos, consiste en dotar al tratado de un procedimiento que, ante la concreta ocurrencia de un diferendo, evite que se convierta en un conflicto que pueda llegar incluso, a poner en riesgo el éxito del acuerdo entre las partes. Esta tendencia es más evidente y necesaria cuando se trata de acuerdos de integración como el que nos ocupa.

Antes hablábamos del acelerado ritmo que las partes han impuesto a la implementación del MERCOSUR. Coincidentemente, el PROTOCOLO DE BRASILIA PARA LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS, fue negociado por los cuatro países en solo dos reuniones que se celebraran en el mes de noviembre '91 en la ciudad de Montevideo.

La base de este acuerdo fue un proyecto sometido por la Delegación Argentina, cuyos antecedentes fueron los recientes ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS Y CANADA, de 1988, y el de COMPLEMENTACION ECONOMICA ENTRE CHILE Y MEXICO, de 1991.

El procedimiento acordado se caracteriza por tener etapas procesales claramente diferenciadas, cuyos términos son perentorios y breves y que concluye, en última instancia, con un procedimiento arbitral ante un tribunal ad hoc cuya resolución tendrá carácter obligatorio.

#### 5) Ambito de Aplicación.

Las cuestiones que pueden dar lugar a la aplicación del Protocolo de Brasilia (art. 1) son todas aquellas vinculadas a la interpretación, aplicación o incumplimiento de:

- las disposiciones del Tratado de Asunción
- los acuerdos celebrados en el marco de dicho tratado
- las decisiones del Consejo del Mercado Común (órg. sup.)
- las resoluciones del Grupo del Mercado Común (órg. ejec.)

#### PROCEDIMIENTO:

a) Negociación Directa: la negociación por la vía diplomática es la primera instancia a la que deben recurrir las partes. Se trata de un procedimiento de negociación directa, pero con la intervención de los órganos del Tratado, en tanto las partes deberán mantener informado al Grupo a través de la Secretaría Administrativa, sobre las negociaciones y sus resultados (art.3.1)

Esta etapa de negociación es tan ineludible como breve puesto que si las partes no dispusieron expresamente lo contrario, no podrá exceder de 15 días a partir de la fecha en que uno de los Estados parte planteó la controversia. (art.3.2)

b) Intervención del Grupo Mercado Común: fracasadas las negociaciones directas cualquiera de las partes en la controversia podrá someterla a la consideración del Grupo Mercado Común, el que, como sabemos, tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento del Tratado. (art. 13 Tratado de Asunción)

En la evaluación de la cuestión planteada, el Grupo Mercado Común podrá requerir el asesoramiento de expertos que serán seleccionados de una lista previamente elaborada. (los gastos que genere la intervención de estos expertos correrán por cuenta de las partes).

El Grupo Mercado Común solo puede formular recomendaciones pues no se trata de un organismo jurisdiccional, sino ejecutivo (art. 13 Tratado de Asunción)

Como sabemos, el mecanismo de toma de decisiones del Grupo Mercado Común es a través del consenso, lo que puede conspirar contra su capacidad de resolver el conflicto planteado en la medida que requerirá la anuencia de los representantes de todos los estados parte, incluidos aquellos implicados en la controversia.

Pero se ha considerado importante su intervención por cuatro ordenes de razones: (1)

1) Porque es el órgano de aplicación del Tratado.

2) Porque es la institución que mejor conoce el funcionamiento del régimen pudiendo así ofrecer la mejor solución para cada caso

3) Permite que las partes no involucradas en la disputa puedan interponer sus buenos oficios

4) La participación de las involucradas asegura que, de llegarse a una recomendación esta sea de más fácil aceptación.

El plazo para que se expida el Grupo Mercado Común es de 30 días a partir de la fecha en que le fue sometida la cuestión.-

c) Arbitraje: si aún no ha podido llegarse a una solución cualquiera de los estados parte podrá someter la cuestión al procedimiento arbitral previsto en el Protocolo, comunicando su intención a la Secretaría Administrativa.

Es importante destacar que las partes reconocen ab initio como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral. (art. 8 )

Como no se trata de un órgano permanente, el Tribunal Arbitral que constará de tres miembros, se integrará por árbitros designados ad hoc de una lista preexistente (art. 9 a 14).

Las reglas de procedimiento serán fijadas por el Tribunal el que deberá garantizar que las partes sean escuchadas y puedan ofrecer sus pruebas y argumentos (art. 15)

Decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos que en su

marco se hubieren celebrado, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, como también de los principios y disposiciones del Derecho Internacional o ex aequo et bono (si lo piden las partes). (art. 19)

El plazo para expedirse es de 60 días prorrogable por 30 más a contar de la designación del presidente.

El laudo es inapelable, obligatorio para los Estados parte en la controversia pudiendo únicamente solicitar una aclaración del mismo o una interpretación sobre la forma en que habrá de cumplirse.

Si un Estado parte no cumpliera el laudo dentro de los 30 días, el o los otros en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento.

d) Reclamos de particulares: El Protocolo ha previsto las condiciones para que los particulares (personas físicas o jurídicas) puedan canalizar sus reclamos " con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los 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."

Esta iniciativa de los particulares deberá ser canalizada por los órganos del Tratado o impulsado por uno de los estados parte.

El procedimiento lo podemos sintetizar así:

- El particular deberá iniciar su reclamo ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios, aportando elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud y la existencia o amenaza de un perjuicio.

- Si el reclamo es admitido es llevado a la atención de la Sección nacional del Grupo Mercado Común del Estado al que se le atribuye la violación.

- Si la cuestión no se resuelve en 15 días, a solicitud del particular, su sección nacional lo eleva al Grupo Mercado Común.

- Este se puede asesorar por expertos y tiene 30 días para resolver. Si verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte le podrá requerir la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas.

- Si el requerimiento no prosperare dentro de 15 días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto en el mismo Protocolo y que arriba describiéramos.

## 6) La Decisión 3/92 Del Consejo del Mercado Común

El 27 de junio de 1992, en la reunión celebrada en Las Leñas, Mendoza, el Consejo del Mercado Común, entre otras importantes disposiciones aprobó la Decisión n. 3/92 referida a procedimientos de quejas y consultas sobre practicas desleales de comercio durante el período de transición, frente a casos de dumping o subsidios.

Esta normativa habilita a industriales o productores localizados en alguno de los países integrantes del Mercosur

a formular una queja por escrito cuando se consideren lesionados o amenazados por importaciones realizadas por cualquiera de los países del Mercosur que sean objeto de dumping o de subsidios.

La vía procedimental tiene sus semejanzas con la establecida en el Protocolo de Brasilia para los reclamos de particulares a través de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios.

Si el Grupo Mercado Común concluyera que el pedido de queja resulta procedente, requerirá del Estado Parte a quien se atribuyen importaciones cuyos precios estuvieren influidos por dumping o subsidios la aplicación de la legislación nacional para inhibir tales importaciones, en concordancia con lo dispuesto por el art. 4 del Tratado de Asunción.

Si este requerimiento no fuere atendido en tiempo y forma, el Estado parte que efectuó el pedido tendrá habilitado el procedimiento para la Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia.

## 7) Reclamos entre Particulares.

He aquí una situación para la cual el sistema del Mercosur no ofrece aún vías de solución. No existen mecanismos específicos para canalizar reclamos de particulares contra particulares.

Como hemos visto hasta aquí, solamente hay instancia cuando los reclamos son de los Estados o de los particulares a través de sus Estados en los casos en que alguno de los países miembros aplique medidas legales o administrativas de carácter restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal.

Para los reclamos entre particulares, nuestros análisis del sistema del Mercosur no pueden, por ahora, ser otra cosa que análisis de Derecho Internacional Privado como solución de lo que los sajones denominan conflicto de leyes, o sea qué derecho, qué ley rige, y cuál el Tribunal competente. Por consiguiente análisis de derecho comparado.

Como todos sabemos, en el sistema de la Comunidad Europea se creó una Corte de Justicia Europea, con la finalidad de hacer respetar el derecho en la interpretación y aplicación del Tratado de Roma.

Atiende, no solo las reclamaciones de los Estados miembros contra otros sobre incumplimiento de sus obligaciones, sino que además ejerce un control de legalidad sobre los actos del Consejo y de la Comisión.

Pero además, es competente para la atención de recursos de toda persona física o moral que se sienta afectada directa e individualmente por una decisión o reglamento no ajustados a derecho.

Los tratados de Montevideo de 1960 (ALALC) y 1980 (ALADI) no contuvieron disposiciones sobre la materia jurisdiccional.

El Protocolo para la Solución de Controversias de 1966, no logró las ratificaciones necesarias y la crisis de la ALALC determinó que aquel mecanismo no fuera aplicado.

En el sistema de ALADI, solo se ha establecido un procedimiento de consulta cuyos resultados serán comunicados al Comité de Representantes, pero sin prever instancias arbitrales o decisiones del Comité con fuerza obligatoria.

## 8) Conclusión.

Como dijimos al inicio de estas reflexiones, el Protocolo de Brasilia sobre solución de controversias es un avance en tanto implica un primer ejemplo de construcción comunitaria en el ámbito jurídico. Pero también dijimos que queda mucho por hacer.

El Primer Encuentro de Cortes Supremas del Cono Sur llevado a cabo en la ciudad de Buenos Aires en Agosto de 1991 supo identificar con clara precisión algunos de los aspectos claves de esta cuestión destacando la necesidad de profundizar la consideración de las cuestiones relacionadas con:

- la eventual ausencia de disposiciones constitucionales que autoricen el traspaso de competencias estatales a órganos comunitarios;
- los problemas que se susciten en torno a la procedencia o no del control judicial sobre la conformidad que los tratados guarden con las constituciones;
- las cuestiones que surjan en torno a la jerarquía normativa que cada Constitución otorgue a los tratados, por una parte, y la prioridad que el Derecho Comunitario seguramente reclame frente al derecho interno, por otra;
- los efectos que quepa atribuir en el orden nacional, a las decisiones de órganos supranacionales de solución de controversias.

El apartado 3) del anexo III del Tratado de Asunción dispone que antes del 31/12/94 se deberá adoptar un SISTEMA PERMANENTE DE SOLUCION DE CONTROVERSIA PARA EL MERCADO COMUN.

Con ese horizonte debemos plantearlos que si pretendemos que este proceso de integración sea una efectiva realidad va a ser necesario reconocer la superioridad del derecho de la integración, incluso sobre las normas locales posteriores y sobre las propias constituciones locales (2). Habrán de superarse indudablemente acendrados preconceptos políticos.

En este mismo orden de ideas esa primacía del derecho comunitario sobre los derechos locales implicará:

- 1) La existencia de un único Tribunal de Justicia Comunitario que evite que una misma norma tenga diferentes interpretaciones en cada Estado y
- 2) Que el derecho de la integración originario (tratado) y derivado (directivas y regulaciones) deberá estar sustraído al control de constitucionalidad por parte de los Estados miembros.

Esta posibilidad no se compadece con nuestras disposiciones constitucionales pero deberá formar parte de una futura reforma, tal como lo han hecho el conjunto de los estados europeos, y en particular España la que en el art. 93 de su Constitución de 1978 establece: "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución..."

En este sentido hacemos nuestra la recomendación de las Cortes Supremas del Cono Sur en la reunión citada en el sentido de que la futura complementación del tratado marco de Asunción deberá establecer un sistema institucional, que permita el desarrollo de 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.

## **Citas Bibliográficas**

- 1) DAVEDERE, Alberto Luis: "El sistema de solución de controversias en el Mercosur" La Ley, 29/4/92
- 2) BARRA, Rodolfo C.: "El rol de la justicia en el proceso de integración" La Ley, 1/4/92