

## **UNA MIRADA MULTILATERAL Y REGIONAL DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: OMC- MERCOSUR\***

**YANINA ACUESTA CASELLAS**

ABOGADA

### **I. CONSIDERACIONES INICIALES**

El ámbito del comercio internacional se encuentra actualmente regulado por reglas e instituciones multilaterales como así también regionales, siendo el impacto de los acuerdos comerciales regionales sobre el sistema multilateral una cuestión importante en el derecho económico internacional, sobre todo con el creciente número de tales acuerdos en el mundo, cuya proliferación forma parte del problema general de la fragmentación del derecho internacional (CONDON, 2008).

En este orden de ideas, compartiendo el criterio de BERNAL MEZA – MASERA (2008: 176), consideramos que una correcta comprensión del significado de los espacios de integración, obliga, previamente, a vincular éstos con la reflexión sobre el orden mundial. Ello en tanto, un análisis de las relaciones entre el regionalismo y el multilateralismo, permiten visualizar el fenómeno actual de la expansión de acuerdos de integración y, simultáneamente, la consolidación del sistema multilateral.

Conforme lo expuesto, resulta evidente que el mundo de las relaciones económicas internacionales se ha complicado y uno de los efectos de esa circunstancia es la superposición de compromisos y ordenamientos jurídicos (ZALDUENDO, 2010).

Dentro de este contexto, la solución de diferencias es un aspecto institucional fundamental en los acuerdos comerciales internacionales, pero de escasa tratativa a nivel doctrinario y jurisprudencial en torno a la relación entre el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los sistemas de solución de diferencias en los acuerdos regionales, entre ellos, en el ámbito del Mercado Común del

---

*\*Trabajo realizado en el marco de la carrera de la Maestría en Integración Latinoamericana del Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.*

Sur (MERCOSUR). La importancia de este mecanismo radica en que constituye una estrategia fundamental para resolver las diferencias que se presentan en la aplicación de los acuerdos como para reforzar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas (LACARTE – GRANADOS, 2004).

Por tanto, en el presente trabajo nos proponemos analizar el sistema de solución de controversias a nivel multilateral, es decir, en el ámbito de la OMC y su correlato en el ámbito regional del MERCOSUR. Ello con miras a establecer un análisis de los mecanismos existentes en dichas órbitas que, con sus similitudes o diferencias, coadyuvan en definitiva al desarrollo del comercio a nivel mundial y regional, respectivamente.

## **II. EL ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS (ESD) EN LA OMC**

En primer término, conviene precisar que la OMC fue creada en 1995, tras la culminación de una serie prolongada de negociaciones intensas celebradas bajo los auspicios del GATT<sup>1</sup> y conocida con el nombre de "Ronda Uruguay" de negociaciones (OMC, 2012).

En tal sentido, el Acuerdo de Marrakech sobre la OMC es el convenio constitutivo por el que se estableció una nueva entidad orgánica, la Organización Mundial del Comercio (OMC), que tiene la misión de administrar los Acuerdos de la Ronda Uruguay.

En el Artículo III del Acuerdo sobre la OMC, el párrafo 3 dispone que la Organización administre el ***Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)***, que figura en el Anexo 2 del mismo, que contiene 27 artículos que definen reglas y procedimientos aplicables a las controversias entre los Estados Miembros. A través de este proceso, se intenta garantizar que todos los

---

<sup>1</sup> GATT es la abreviatura en inglés que se usa para hacer referencia al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Formalmente, el GATT (1947-1994) no era una organización internacional, sino únicamente un acuerdo internacional concertado en 1947. Contenía las normas y las obligaciones que durante casi 50 años rigieron el comercio de mercancías entre las naciones que eran partes en él, denominadas "Partes Contratantes". El proyecto consistía en establecer un sistema multilateral de comercio para negociar la reducción de los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio y para estimular la expansión del comercio mundial. Sin embargo, a lo largo de los años, la Secretaría del GATT fue asumiendo muchas responsabilidades, lo cual fue motivo de que el GATT fuese considerado de facto una organización internacional, dando origen en la última ronda, la Ronda Uruguay, en 1986-1994, a la creación de la OMC en 1995.

Miembros cumplan sus compromisos y que exista un entendimiento común de la naturaleza de los mismos con el que se tratan situaciones en las que un Miembro procura obtener una reparación por el daño que (a su juicio) han causado a sus intereses comerciales los actos o la inacción de otros Miembros.

En tal sentido, la OMC es un foro en que se pueden solucionar las diferencias que surgen entre sus Miembros, de conformidad con las disciplinas y los procedimientos previstos en el ESD. Cuando los Miembros no pueden encontrar una solución aceptable para todas las partes en una diferencia planteada en el marco de uno de los acuerdos abarcados por el ESD, entonces pueden recurrir al procedimiento de solución de diferencias, como veremos a continuación.

El ESD se basa en los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947<sup>2</sup> y contiene un conjunto de normas relativas a las diferencias que surgen en el marco de cualquiera de los Acuerdos a los que es aplicable el ESD, denominados "**acuerdos abarcados**"<sup>3</sup>.

Dentro de los *objetivos*<sup>4</sup> de este mecanismo, encontramos como relevante la *solución positiva de las diferencias*, que debe dar siempre preferencia a una *solución mutuamente*

---

<sup>2</sup> Estos artículos no fueron modificados en la Ronda Uruguay y, por lo tanto, aún constituyen el núcleo central del sistema. Conforme el apartado 1 del artículo 3 del ESD, los Miembros afirman su adhesión a los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y a las normas y procedimientos desarrollados y modificados por el ESD.

<sup>3</sup> Conforme el "APÉNDICE 1 - ACUERDOS ABARCADOS POR EL ENTENDIMIENTO:

A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

B) Acuerdos Comerciales Multilaterales

Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías

Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales

Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles

Acuerdo sobre Contratación Pública

Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos

Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino

*La aplicabilidad del presente Entendimiento a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales dependerá de que las partes en el acuerdo en cuestión adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho acuerdo, con inclusión de las posibles normas o procedimientos especiales o adicionales a efectos de su inclusión en el Apéndice 2, que se hayan notificado al OSD."*

*aceptable*<sup>5</sup> para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos referenciados.

En tal sentido, el sistema de solución de diferencias de la OMC "*es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio*"<sup>6</sup>, sirve para preservar los derechos y obligaciones contraídos por los Miembros en virtud de los Acuerdos de la OMC y aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados (OMC, 2012), siendo dicha jurisdicción obligatoria para los Miembros de ese organismo internacional.

En virtud del ESD, se establece el **Órgano de Solución de Diferencias (OSD)** para administrar las normas y procedimientos y las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, salvo disposición en contrario en uno de ellos<sup>7</sup>.

En torno a las novedades que introdujo el ESD –en relación al anterior previsto por el GATT–, se destacan el establecimiento de **Grupos Especiales (GE)** a los que se confía la solución de las diferencias entre los Miembros y que están integrados por tres o, excepcionalmente, cinco expertos elegidos especialmente para cada asunto; y el **Órgano de Apelación** que es un grupo permanente de siete expertos en cuestiones comerciales y derecho comercial que consideran los aspectos jurídicos de los informes emitidos por los grupos especiales. Los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación tienen que ser adoptados por el OSD.

Asimismo, en el ESD, el requisito del consenso se ha invertido, con el resultado de que el informe de un grupo especial se adoptará a menos que se decida por consenso no adoptarlo, es decir que todos los Miembros se opongan a su adopción, que es lo que se denomina la norma del **consenso negativo**<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Artículo 3, apartado 7 del ESD.

<sup>5</sup> Aun cuando no se llegue a una solución de mutuo acuerdo, el mecanismo sirve para: intercambio de información; dilucidar los hechos y definir el alcance de la diferencia.

<sup>6</sup> Artículo 3, apartado 2 del ESD.

<sup>7</sup> Artículo 2, apartado 1 del ESD.

<sup>8</sup> He aquí una diferencia esencial con las reglas del GATT, en donde regía el **consenso positivo**, es decir, si una parte en una diferencia no estaba dispuesta a que se estableciera un grupo

## II.1. PROCEDIMIENTO: BREVES NOCIONES

En cuanto al procedimiento general del ESD, de no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el propósito principal del ESD es solucionar las diferencias mediante **consultas**<sup>9</sup>, como método diplomático de resolver la diferencia. Durante esta etapa, las consultas celebradas de conformidad con las disposiciones de un acuerdo abarcado, los Miembros deben tratar de llegar a una solución satisfactoria de la cuestión antes de recurrir a otras medidas previstas en el ESD<sup>10</sup>. Asimismo se destacan el carácter confidencial de las consultas y el no prejuzgamiento de los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias.

Junto con los **buenos oficios, la conciliación y la mediación**<sup>11</sup>, las consultas son el principal instrumento no judicial/diplomático del sistema de solución de diferencias de la OMC. Las consultas permiten que las partes esclarezcan los hechos del asunto y las alegaciones del reclamante, disipando posiblemente los equívocos en cuanto a la naturaleza real de la medida en litigio. En este sentido, las consultas sirven para sentar las bases de una solución o para llevar adelante el procedimiento con arreglo al ESD.

Sólo cuando estas consultas obligatorias no han proporcionado una solución satisfactoria en un plazo de sesenta (60) días, podrá el reclamante pedir la resolución por un grupo especial<sup>12</sup>. Incluso cuando las consultas no resuelven la diferencia, las partes siempre

---

especial, o tenía objeciones a su composición o su mandato, o no aceptaba las conclusiones del grupo especial, podía "bloquear" todo consenso sobre cualquiera de esas cuestiones. En ausencia de consenso, no podía adoptarse ninguna medida, incluso en los casos en que se hubiera hecho una determinación en favor de una Parte Contratante. Ello implicaba un enorme problema del sistema de solución de diferencias del GATT.

<sup>9</sup> Artículo 4 del ESD.

<sup>10</sup> Hasta ahora, la mayoría de las diferencias en la OMC (alrededor de las dos terceras partes) no han pasado de la etapa de las consultas, ya sea porque se encontró una solución satisfactoria o porque el reclamante decidió no llevar más adelante la demanda. Esto demuestra que, a menudo, las consultas son un medio eficaz de solución de diferencias en la OMC y que los Miembros tienen la prudencia de no utilizar indebidamente las instancias jurisdiccionales y de aplicación del sistema de solución de diferencias (OMC, 2012).

<sup>11</sup> Estas soluciones "alternativas" de las diferencias son voluntarias y están previstas en el artículo 5 del ESD. Las partes en la diferencia pueden prescindir de las consultas por acuerdo mutuo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del ESD, si recurren al arbitraje como medio alternativo de resolver la diferencia.

<sup>12</sup> Artículo 4, párrafo 7 del ESD. No obstante, las partes en la diferencia pueden prescindir de las consultas por acuerdo mutuo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del ESD, si recurren al arbitraje como medio alternativo de resolver la diferencia.

tienen la posibilidad de encontrar una solución mutuamente convenida en una etapa ulterior del procedimiento.

Si en las consultas no se ha podido resolver la diferencia, la parte reclamante podrá pedir el establecimiento de un **grupo especial** que resuelva la cuestión. Como se ha mencionado, el reclamante puede tomar esta medida en cualquier momento después de transcurridos 60 días de la fecha de recepción por el demandado de la solicitud de celebración de consultas, pero también antes si el demandado no responde a tiempo a la solicitud de consultas o si las partes que intervienen en las consultas consideran de consuno que éstas no han permitido resolver la diferencia<sup>13</sup>.

La solicitud de establecimiento de un grupo especial marca el inicio de la etapa jurisdiccional. Esta solicitud debe presentarse por escrito al Presidente del OSD, y se convierte en un documento oficial de la diferencia, distribuyéndose a todos los Miembros de la OMC.

En esta etapa se identifican las medidas concretas en litigio y se hace una breve exposición de los fundamentos de derecho (alegaciones, identificación de las disposiciones), de manera de presentar el problema con claridad.

En el curso del procedimiento de los GE<sup>14</sup>, se toman plenamente en cuenta los intereses de las partes en la diferencia de los demás Miembros en el marco de un acuerdo abarcado a que se refiera la divergencia. Asimismo se contempla la posibilidad de oír a los **terceros**, que son aquellos Miembros que tengan un interés sustancial en un asunto sometido al GE y así lo haya notificado al OSD, quienes también pueden presentar al GE comunicaciones por escrito. No obstante, la decisión no es vinculante y sus derechos son limitados<sup>15</sup>.

En definitiva, la función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del ESD y de los acuerdos abarcados, por lo que

---

<sup>13</sup> Artículo 4, párrafo 7 del ESD.

<sup>14</sup> En sus actuaciones los GE se aplican las disposiciones pertinentes del Entendimiento previsto en el Apéndice 3 del ESD, referido a "*Procedimientos de Trabajo*".

<sup>15</sup> Artículo 10 del ESD.

deben consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria<sup>16</sup>.

En los casos en que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presentará sus conclusiones en un **informe** escrito al OSD. En tales casos, el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones. Cuando se haya llegado a un arreglo de la cuestión entre las partes en la diferencia, el informe del grupo especial se limitará a una breve relación del caso, con indicación de que se ha llegado a una solución<sup>17</sup>.

En esta instancia y para el caso que alguna de las partes haya notificado la decisión de apelar, es el **Órgano de Apelación** (OA) el que entenderá en los recursos interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales y estará integrado por siete personas<sup>18</sup>, de las cuales actuarán tres en cada caso. El OA podrá *confirmar, modificar o revocar* las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial.

La *adopción de los informes* del OA se realiza por parte del OSD y son aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del OA en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros. Este procedimiento de adopción se entenderá sin perjuicio del derecho de los Miembros a exponer sus opiniones sobre los informes del OA.

En cuanto a las **recomendaciones** de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, cuando lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo. Además de formular recomendaciones, el GE o el OA podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas. No obstante, las constataciones y

---

<sup>16</sup> Artículo 11 del ESD.

<sup>17</sup> Artículo 12, párrafo 7 del ESD.

<sup>18</sup> Los miembros del OA son nombrados por el OSD, por un período de cuatro años; el mandato puede ser renovado por una vez..

recomendaciones de ambos, no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados<sup>19</sup>.

En torno a lo expuesto, para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD, por ello no menos importante es la **vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones**, previendo una especial atención a las cuestiones que afecten a los intereses de los países en desarrollo Miembros con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias<sup>20</sup>.

Asimismo la **compensación** y la **suspensión de concesiones** u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados. Por tanto, la compensación es *voluntaria* y, en caso de que se otorgue, será *compatible* con los acuerdos abarcados<sup>21</sup>.

En caso de que expire el plazo sin que se cumpla ni ofrezca compensación satisfactoria, existe el mecanismo de la **retorsión** que permite solicitar al OSD que autorice dicho dispositivo para inducir al cumplimiento, no como medidas punitivas.

Hasta aquí y luego de la somera síntesis del ESD efectuada, podríamos afirmar que nos encontramos ante un mecanismo eficiente, en tanto el ESD es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, como ya se ha señalado.

No obstante, no podemos dejar de mencionar que han tenido lugar hasta el momento, antes y durante la etapa actual de negociaciones (mandato de Doha), diferentes propuestas tendientes a mejorar el procedimiento actual, ya sea clarificando algunas

---

<sup>19</sup> Artículo 19 del ESD.

<sup>20</sup> Artículo 21 del ESD.

<sup>21</sup> Artículo 22 del ESD.

áreas o corrigiendo algunas deficiencias vislumbradas durante estos años de funcionamiento. El objetivo final es que los cambios que se introduzcan aporten un mayor equilibrio y equidad al sistema y que se logre proteger de una mejor manera los derechos de la mayoría de los Miembros (ODARDA – FERRAZ, 2004).

### III. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

En lo que respecta al plano regional, observamos al MERCOSUR, creado por medio del **Tratado de Asunción (TA)**<sup>22</sup>, que da inicio a un proceso de integración, en donde los Estados Partes que lo conforman comparten una comunión de valores que encuentra expresión en sus sociedades democráticas, pluralistas, defensoras de las libertades fundamentales, de los derechos humanos, de la protección del medio ambiente y del desarrollo sustentable, así como su compromiso con la consolidación de la democracia, la seguridad jurídica, el combate a la pobreza y el desarrollo económico y social con equidad.

Para la consecución de los objetivos del proceso de integración, los Estados Partes definen, a través del **Protocolo de Ouro Preto (POP)**<sup>23</sup>, los órganos que conformarán el bloque.

Dentro de dicha estructura institucional, se encuentra el **Sistema de Solución de Controversias (SSC)** del **Tribunal Permanente de Revisión (TPR)**, que constituye uno de los factores claves para el desarrollo exitoso de un esquema de integración. Su adopción tiende a constituir un mecanismo de solución de conflictos eficiente, que asegure el imperio del ordenamiento normativo y, en consecuencia, garantice la seguridad jurídica y los derechos de los particulares que operan en el proceso (PEROTTI, 2008), como seguidamente se analizará.

Es con la firma del TA que se estableció un sistema provisorio para resolver controversias, caracterizado por negociaciones intergubernamentales directas<sup>24</sup>,

---

<sup>22</sup> Suscripto el 26 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

<sup>23</sup> Protocolo Adicional al Tratado de Asunción (17/12/1994). Ver también Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (2005), como órgano de representación de los pueblos de los Estados Partes.

comprometiéndose los Estados Partes a instituir un sistema definitivo antes del 31 de diciembre de 1994<sup>25</sup>. Luego, el 17 de diciembre de 1991 se suscribió el **Protocolo de Brasilia (PB)**<sup>26</sup>, iniciativa prolongada hasta el año 2004, que sirvió para la sustanciación de diez diferendos entre los Estados Partes sobre cuestiones de diversa índole.

Constituyó el inicio formal de un esquema procedimental dominado por **Tribunales Arbitrales Ad Hoc (TAH)**, cuyos Laudos se encuentran en custodia de la Secretaría del MERCOSUR (SM).

Con la firma del **Protocolo de Olivos (PO)**<sup>27</sup>, que actualmente regula el sistema, se cambió la estructura para la solución de controversias y se perfeccionó el régimen vigente.

Se creó una instancia permanente, de actuación y reunión ante la convocatoria concreta, el **Tribunal Permanente de Revisión (TPR)**, para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración, que puede entender en primera y única instancia o bien como tribunal de alzada a pedido de un Estado Parte involucrado en una controversia respecto de la aplicación del derecho en un pronunciamiento anterior de un TAH<sup>28</sup>.

Su ámbito de aplicación, se refiere a las controversias entre los Estados partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de la normativa del bloque<sup>29</sup>. También prevé la posibilidad de concurrir al TPR para solicitar **Opiniones Consultivas**<sup>30</sup> y para supuestos

---

<sup>24</sup> Se previó que para el caso de no lograrse una solución una vez instado el procedimiento, los Estados Partes se someterían a consideración del Grupo Mercado Común (GMC), que en un lapso de 60 días formularía recomendaciones para resolver la discrepancia. Para ello el GMC podía contar con el asesoramiento técnico de expertos o grupos de peritos. En caso de no lograrse una solución en esa instancia, se elevaría la controversia al Consejo de Mercado Común (CMC) para que adoptara las recomendaciones pertinentes.

<sup>25</sup> Anexo III del TA.

<sup>26</sup> Su Reglamento fue aprobado por Decisión N° 17/98 del CMC.

<sup>27</sup> Firmado el 18 de febrero de 2002 y vigente desde el 1 de enero de 2004.

<sup>28</sup> Conforme artículos 19, 23 y 17 del PO.

<sup>29</sup> Artículo 1 del PO.

<sup>30</sup> Ídem.

en los que los Estados Partes activen el procedimiento establecido para las **Medidas Excepcionales de Urgencia**<sup>31</sup>.

### III.1. Procedimiento: breves nociones

El esquema de solución de controversias del MERCOSUR contemplado en el PO<sup>32</sup> prevé tres niveles:

- 1) *Diplomático*: negociaciones directas;
- 2) *Institucional*: intervención del Grupo del Mercado Común (GMC) que, luego de la entrada en vigor del PO se tornó optativa para los Estados Partes; o de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), a partir del POP;
- 3) *Arbitral*: TAH y, a partir del PO, también el TPR que tiene, a su vez, competencias para resolver Opiniones Consultivas (OC). Asimismo el PO admite la *opción de foro*<sup>33</sup>; esto es, la facultad del Estado Parte demandante de someter su controversia al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o de otros esquemas preferenciales de comercio del cual sea parte.

Dentro de ese esquema, podríamos distinguir dos fases:

- *Precontenciosa*: conformada por las negociaciones directas y la mediación del GMC;
- *Jurisdiccional*: representada por el proceso arbitral o intervención directa del TPR.

En la fase precontenciosa, los conflictos procuran resolverse mediante negociaciones directas<sup>34</sup>. Vencidos los plazos para ello sin que la controversia obtenga solución, cualquiera de los Estados Partes puede iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto, o de común acuerdo entre ambos, someter la controversia a consideración del GMC<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> DEC. N° 23/04 del CMC.

<sup>32</sup> Regulado mediante DEC. N° 37/03 del CMC.

<sup>33</sup> Artículo 1 ap. 2 del PO.

<sup>34</sup> Artículos 4 y 5 del PO.

<sup>35</sup> Artículo 6 del PO.

Instada la apertura de esta nueva etapa, el GMC evalúa la situación denunciada y da oportunidad a las partes para que expongan sus posiciones, requiriendo el asesoramiento de expertos cuando lo estime necesario. Al término de esta fase el GMC formula las recomendaciones que estime oportunas a los Estados Partes en la controversia tendientes a la resolución del conflicto<sup>36</sup>. Concluida esa etapa sin que la controversia haya encontrado solución, comienza la fase jurisdiccional.

El mecanismo regional previsto difiere en cuanto a los **sujetos activos**, es decir, según le reclamo provenga de los *Estado Parte* o de los *particulares* (personas físicas o jurídicas).

En el primer caso, el PO establece en su art. 1 que: *“Las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo”*.

Cuando el reclamante es el *Estado*, la instancia diplomática es obligatoria, mientras que la institucional, como adelantáramos, se torna facultativa. Fracasadas las negociaciones directas y, en su caso, la instancia institucional, se habilita el procedimiento arbitral (TAH y TPR, ya sea este último, como instancia de revisión o a través de acceso directo)<sup>37</sup>.

Cuando el reclamante es el *particular* y reclamado uno de los Estados Partes<sup>38</sup>, el mecanismo para el tratamiento de sus reclamaciones tiene lugar 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*

---

<sup>36</sup> Artículos 6, 7 y 8 PO.

<sup>37</sup> Capítulos IV a VII del PO.

<sup>38</sup> Cabe destacar que el PO no contempla ningún sistema de arbitraje comercial para dirimir litigios entre particulares. Para lo cual debe tenerse en cuenta el Protocolo de Buenos Aires del 5 de agosto de 1994 creado por Dec. CMC 1/94 que regula cuestiones de jurisdicción internacional en materia contractual; y posteriormente la Dec. CMC 3/98 sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR.

*violación del TA, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del CMC, de las resoluciones del GMC o de las directivas de la CCM del MERCOSUR*<sup>39</sup>.

Los particulares podrán plantear sus quejas o reclamos solamente ante la Sección Nacional del GMC –o de la CCM cuando el objeto del reclamo estuviera dentro de su área de competencia- del Estado Partes donde tengan su residencia habitual o bien la sede de sus negocios. A menos que el reclamo se refiera a una cuestión que haya motivado la iniciación de un procedimiento de Solución de Controversias de acuerdo con los Capítulos IV a VII del PO, la Sección Nacional que haya admitido el reclamo conforme deberá entablar **consultas** con la Sección Nacional del Estado Parte al que se atribuye la violación. Dichas consultas se tendrán por concluidas automáticamente y sin más trámite si la cuestión no hubiere sido resuelta en el plazo de quince días contado a partir de la comunicación del reclamo al Estado Parte al que se atribuye la violación, salvo que las Partes hubieren decidido otro plazo. Finalizadas las consultas sin que se hubiera alcanzado una solución, la Sección Nacional elevará el reclamo sin más trámite al GMC - o, en su caso a la CCM-<sup>40</sup>.

Por su parte, el GMC –o CCM- puede admitir o rechazar el reclamo *in limine*. De admitirse el reclamo, la Sección Nacional procederá de inmediato a convocar a un grupo de expertos, que deberá emitir un dictamen acerca de su procedencia en el término improrrogable de treinta (30) días a partir de su designación<sup>41</sup>. En caso de dictamen favorable a la procedencia del reclamo, cualquier Estado Parte puede exigir al Estado reclamado la adopción de las medidas correctivas o la anulación de aquellas cuestionadas.

En consecuencia, el proceso reseñado, establece como únicos sujetos activos en el sistema de solución de controversias a los Estados Partes<sup>42</sup>. Este aspecto constituye, a nuestro entender, una falencia del mecanismo contemplado para los particulares, en tanto limita su acceso al procedimiento arbitral regional y, en ocasiones, lo excluye. No

---

<sup>39</sup> Artículo 39 del PO.

<sup>40</sup> Artículo 41 del PO.

<sup>41</sup> Artículo 42 inc. 2 PO.

<sup>42</sup> Artículos 1 del PO y 43 del POP.

obstante, consideramos inoportuno hacer un examen exhaustivo sobre esta problemática, en tanto excede el análisis del presente trabajo<sup>43</sup>.

Al efecto, señalamos como un aspecto innovador del PO, el mecanismo de **Opiniones Consultivas**, instituido con la finalidad de contribuir a la interpretación y aplicación correcta y uniforme de las normas del MERCOSUR, aun cuando carezcan de efecto vinculante y obligatorio<sup>44</sup>. Es en este contexto, donde el particular adquiere una legitimación activa a través de un acceso indirecto, debido a que en el marco de un procedimiento judicial a nivel nacional, podría solicitar al tribunal que intervenga, que se eleve una OC al TPR, habilitando de esta manera el mecanismo de consulta referenciado (PEROTTI, 2008). Con ello se garantiza, de alguna manera, el acceso a la jurisdicción a los particulares que, sintiéndose afectados por una norma del MERCOSUR determinada, pretendan su inaplicación.

#### **IV. RELACIÓN ENTRE AMBOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: OPCIÓN DEL FORO**

Uno de los temas que ha generado mayor controversia a nivel multilateral y regional es el relativo a la cuestión de selección de foro entre el sistema de solución de diferencias de la OMC y de los acuerdos comerciales regionales. Esta cuestión surge cuando los países miembros del acuerdo regional pertinente son también miembros de la OMC.

Ante esta situación, primero se analiza el alcance del sistema de solución de diferencias de la OMC y luego la cuestión de selección de foro. Ello en base a la perspectiva de las disposiciones jurídicas pertinentes y la jurisprudencia de la OMC y, en su caso, algunos acuerdos regionales.

En tal sentido, si tomamos los ámbitos reseñados en el presente trabajo, encontramos una solución que, si bien ha merecido duras críticas y opiniones a favor y en contra, zanja

---

<sup>43</sup> Para un análisis más pormenorizado, remitimos al artículo de nuestra autoría titulado “*Los Particulares como Sujetos Activos del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR*”, Instituto de Integración Latinoamericana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Informe Integrar N° 76, diciembre 2012, (pp. 1-15). Disponible en: <http://www.iil.org.ar/textos/informe/integrar76.pdf>.

<sup>44</sup> Para mayor abundamiento, remitimos a la DEC. N° 37/03 sobre Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, que establece los mecanismos relativos a la solicitud de OP al TPR; y a la DEC. N° 02/07 relativa al Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes.

la cuestión de dificultosa resolución antes de la introducción de una cláusula expresa por parte del Protocolo de Olivos en el ámbito del MERCOSUR<sup>45</sup>.

Al efecto, recordemos que el PO establece en el Capítulo I relativo a las “*Controversias entre los Estados Partes*”, artículo 1, apartado 2, que: “*Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro. Una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias de acuerdo al párrafo anterior, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto, definido en los términos del artículo 14 de este Protocolo. No obstante, en el marco de lo establecido en este numeral, el Consejo del Mercado Común reglamentará los aspectos relativos a la opción de foro*”.

Conforme lo han entendido los Estados Miembros del MERCOSUR, con esta cláusula de opción de foro se tiende a evitar la duplicidad de procedimientos y las resoluciones contradictorias que se produciría cuando una misma controversia pueda ser sustanciada en dos ámbitos (por ejemplo MERCOSUR - OMC), y, por consiguiente, a consagrar el principio de *non bis in idem*<sup>46</sup> -ausente en el sistema del Protocolo de Brasilia-, dado que de lo contrario se vulnerarían principios jurídicos elementales, como el ya señalado.

La opción de foro y consiguiente exclusión de cualquier otro foro, a pesar de ser una cláusula que se encuentra incorporada en prácticamente todos los sistemas de solución

---

<sup>45</sup> Un caso paradigmático lo constituye el asunto Argentina – Brasil sobre “*Derechos antidumping sobre los pollos*” que ha sido impugnado en el ámbito regional (ante el tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR) y, luego llevado al plano multilateral (ante el Grupo especial de la OMC), por parte de Brasil, después de haber perdido en ese asunto, en tanto el Protocolo de Olivos del MERCOSUR todavía no estaba vigente (CONDON, 2008).

<sup>46</sup> Este principio indica que un asunto no puede ser juzgado dos veces por idénticas razones, dado que lo contrario afectaría otros principios conexos: *cosa juzgada*, *seguridad jurídica* y *litispendencia*.

de diferencias de los acuerdos de integración, fue fuertemente resistida en la negociación del Protocolo de Olivos.

En tal entendimiento, surgen opiniones doctrinarias en contrario. Por citar un ejemplo, al decir de FEDER (2003), *“Lo que establece entonces el PO es más que una opción. Es una prohibición. La opción existía de modo no expreso en Brasilia. La innovación se ciñe, en realidad, a la prohibición; prohibición que implica la preclusión de la posibilidad de acceder a cierto foro cuando se iniciaron las actuaciones en el otro. O sea, el comienzo de los procedimientos en el marco del régimen regional implicará que no puede accederse luego al multilateral y al revés”*.

No obstante, para algunos autores, la posibilidad de decisiones encontradas sigue latente, pese a la opción de foro. Además debe tenerse presente que el sistema de la OMC no se encuentra obligado a resolver sus controversias conforme a la normativa ni los principios del MERCOSUR o cualquier otro proceso de integración o Estado miembro. En opinión de DREYZIN DE KLOR (2003: 588), *“En caso de que los miembros de un esquema de integración (vgcia. Mercosur) decidan llevar la disputa a la OMC en vez de resolverla de acuerdo al sistema de solución de controversias del esquema, el Grupo Especial y el órgano de Apelación sólo se pronunciarán sobre la legalidad o no de una medida respecto a las disciplinas multilaterales (“acuerdos abarcados”) y no sobre la legalidad o no de la misma respecto a las disciplinas vigentes en el propio sistema de integración”*.

## **V. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Luego del somero análisis del sistema de solución de diferencias a nivel multilateral (OMC) y regional (MERCOSUR) y el punto de conexión esbozado a través de la breve reseña de la opción del foro, una de las preguntas que podemos formularnos es si los grupos regionales en general, ayudan al sistema multilateral de comercio de la OMC o, por el contrario, lo obstaculizan<sup>47</sup>.

En relación a ello, no podemos olvidar que el propio texto del Acuerdo OMC, establece en su Artículo 23 del ESD, como un importante conjunto de principios el titulado

---

<sup>47</sup> Ello incluso ha sido y es objeto de análisis en la OMC, en donde hay un comité que se encarga de observar su evolución (OMC, 2012).

"Fortalecimiento del sistema multilateral". Este Artículo prohíbe las medidas unilaterales de los Miembros para corregir lo que consideren infracción de las obligaciones o anulación o menoscabo de ventajas resultantes en virtud de cualquiera de los acuerdos de la OMC.

Por tanto, entendemos que los Miembros de la OMC están obligados a utilizar los procedimientos de solución de diferencias, es decir, recurrir al procedimiento del ESD, para resolver las reclamaciones relacionadas con los acuerdos abarcados y cuando traten de repararse una incompatibilidad con las normas de la OMC, con exclusión de cualquier otro sistema. Asimismo tienen la obligación de no recurrir a medidas unilaterales; y de acatar todas las normas y procedimientos del ESD.

No obstante, ha surgido el problema del *doble foro* con los sistemas de solución de diferencias en los acuerdos regionales. Dado la cantidad de acuerdos comerciales regionales que existen, es posible que haya conflictos en el futuro en cuanto a las interpretaciones jurídicas de disposiciones que se encuentran en los acuerdos de la OMC y se incorporan en acuerdos comerciales regionales, además de conflictos en cuanto a la resolución de una diferencia concreta. Es también probable que la duplicación de esfuerzo siga ocurriendo.

Por tanto, consideramos que son los acuerdos comerciales regionales los que deben de regular la elección del foro, y no la OMC. No es posible para los grupos especiales de la OMC no aceptar la jurisdicción en una diferencia, debidamente sometida, que se trata de los acuerdos abarcados de dicha Organización.

Tampoco sería fácil para la OMC regular esta cuestión, dada la proliferación de acuerdos comerciales regionales y las diferencias en los sistemas de solución de controversias que se encuentran en esos acuerdos<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Al efecto, un ejemplo en este sentido fue el informe del Grupo Especial en el asunto Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos- que indica que, cuando no hay una disposición o un compromiso en el acuerdo regional que regula la cuestión de selección de foro, es permisible examinar la misma medida en ambos sistemas (CONDON, 2008).

En tal sentido, pese a las opiniones en contra respecto a la inclusión de la opción de foro en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, es indiscutible su oportunidad, en consonancia con los problemas hasta aquí enunciados. Por otra parte, quizás este instrumento no sea el defecto –para algunos autores- más notorio del PO, ya que se destacan otros menoscabos e inconsecuencias de la integración regional<sup>49</sup>.

De todas formas, la opción de foro no resulta más que una metáfora del estado actual del MERCOSUR, con marcadas inconsecuencias y contradicciones, no sólo en cuanto a su sistema de solución de controversias, sino expresado también en verdaderos inconvenientes de la integración del bloque, que se ubican en distintos planos que atentan contra la operatividad de este acuerdo regional.

Consecuentemente, creemos que una posible solución a lo expuesto sería la profundización de las respuestas comunitarias, en pos de constituir un verdadero avance en términos de los procesos de integración regional que vayan de la mano con los objetivos del bloque. Ello, en tanto el MERCOSUR aboga por la constitución de un “mercado común” que requiere, necesariamente, de un conjunto de soluciones de carácter técnico-jurídicas que consoliden los esfuerzos llevados a cabo en el campo económico y comercial, aunando criterios –entre otros aspectos- en torno a la solución de controversias a nivel multilateral, a efectos de no recurrir a soluciones individuales que vayan en detrimento del propio acuerdo regional.

En definitiva, consideramos que el regionalismo como elemento clave del orden económico internacional (BERNAL MEZA – MASERA, 2008), puede ser motor de superación de conflictos y el que permita avanzar en temas pendientes como bloque, aunando criterios en aquellos puntos que resultan todavía dispares, a fin de superar las

---

<sup>49</sup> Consecuentemente, SILGUERO (2013) compara las falencias (en su opinión) de la introducción de la opción del foro, con los alcances propios del Tribunal Permanente de Revisión. Respecto a ello señala que, si bien el TPR “*ha significado un avance respecto del sistema puramente arbitral contenido en el Protocolo de Brasilia, aún dista en demasía de un sistema destinado a coadyuvar en la construcción del mercado común, o al menos apuntalar las bases de una unión aduanera. Es por ello que acompañamos las múltiples opiniones de la doctrina regional, la que brega por un Tribunal permanente, con características jurisdiccionales, dotado de mayores atribuciones y capacidades, en condiciones de acompañar de modo más efectivo a la integración regional. En un esquema jurisdiccional de tales características, la opción de foro sería un elemento extraño, sin un sentido práctico, sin provecho alguno*”.

visiones encontradas a nivel multilateral. Creemos que un buen comienzo puede ser el relativo a la solución de controversias. Aún hay mucho por avanzar.

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABLIN Eduardo (2006). *Del GATT a la OMC: la evolución del sistema multilateral de comercio y su comprensión*, Guía práctica de Comercio Exterior, Nº 40, 10 de febrero.

BERNAL-MEZA Raúl y MASERA Gustavo Alberto (2008). *El Retorno del Regionalismo. Aspectos Políticos y Económicos en los Procesos de Integración Internacional*, Cuadernos PROLAM/USP, Año 8, Vol. 1, págs. 173 - 198.

BID (2002). *Más allá de las fronteras. El nuevo regionalismo en América Latina*, Washington, D.C.

BOUZAS Roberto (2005). *El "Nuevo regionalismo" y el área de libre comercio de las Américas. Un enfoque menos indulgente*, en Revista de la CEPAL, Nº 85, abril.

CONDON Bradley J. (2008). *La solución de diferencias en la OMC y los Acuerdos Comerciales Regionales*, Centro de Derecho Económico Internacional.

DREYZIN DE KLOR Adriana (2005). *Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año II, Número 3, Enero-Junio. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=revlad&n=3>

DREYZIN DE KLOR Adriana y PEROTTI, Alejandro D. (2009). *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Editorial Advocatus, Córdoba.

DREYZIN DE KLOR Adriana (2003). *El Protocolo de Olivos*, Revista del Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Nº 1.

FEDER Berta (2003). *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias del MERCOSUR: algunos aspectos particulares (técnico jurídicos, orgánico institucionales, procesales)*, en: Solução de Controversias no Mercosul. Ministério de Relações

Exteriores, Brasil. Brasilia. Disponible en:  
<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/02149.pdf>

GAJATE Rita Marcela (2005). *Mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR y el ALCA*, Ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales de Integración. MERCOSUR-ALCA: interrogantes en el relacionamiento continental, Comisión Problemáticas jurídicas en la relación MERCOSUR-ALCA, La Plata, 8-10 de junio de 2005, Informe Integrar N° 30, Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata (IIL–UNLP)

MARTÍNEZ PUÑAL Antonio (2005). *El sistema institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela.

[http://www.igadi.org/ebooks/el\\_sistema\\_institucional\\_del\\_mercosur\\_martinez\\_punhal.pdf](http://www.igadi.org/ebooks/el_sistema_institucional_del_mercosur_martinez_punhal.pdf)

LACARTE Julio y GRANADOS Jaime (Editores) (2004). *Solución de controversias comerciales inter-gubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, BID-Intal.

ODARDA Omar y FERRAZ Valeria (2004). *La Reforma del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio: estado actual de las negociaciones*, en Revista de Derecho del Comercio Internacional (DeCITA), Temas y Actualidades, Zavalía, Buenos Aires, Argentina, pp. 148-175.

PEROTTI Alejandro D. (2008). *Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR*, Barcelona, Marcial Pons y Konrad Adenauer.

PUCEIRO RIPOLL Roberto (2002). *El Protocolo de Olivos y el régimen de solución de controversias*, Cuaderno de negocios internacionales e integración, Montevideo, Año VIII, Número 36 – 40, Universidad Católica de Uruguay.

RIVERA Gustavo (2003). *Desarrollos jurisprudenciales sobre Procedimientos de Solución de diferencias en la OMC*, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 6.

SILGUERO Roque F (2013). *Los objetivos del MERCOSUR y la opción de foro*, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Año 1, Nº 1.

VILLAMARÍN José Javier (2004). *El mecanismo de solución de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica latinoamericana y la internalización del modelo*, Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, Biblioteca Digital Andina, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/CAN-INT-0020.pdf>

ZALDUENDO Susana (2004). *Las reglas multilaterales de comercio y los acuerdos regionales de integración ¿oposición o coexistencia de ordenamiento?*, Revista Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, Volumen 6.

\_\_\_\_\_ (2010). *Inserción de América Latina en la liberalización del Comercio: la OMC y los Acuerdos Comerciales Regionales, en Comercio Internacional: del GATT a la OMC*, Capítulo 1, Eudeba, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires.

#### **DOCUMENTOS CONSULTADOS**

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (Anexo 2 del Acta de Marrakech).

Protocolo de Olivos sobre Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR y documentos relacionados.

OMC eTraining (2012), *Introducción a la Organización Mundial del Comercio*, Disponible en: <http://etraining.wto.org/default.asp?lang=Es>

#### **PÁGINAS CONSULTADAS**

<http://www.wto.org/indexsp.htm>

<http://www.mercosur.int/>