

El Régimen de Solución de Controversias en el Mercado Común del Sur - MERCOSUR -

Antonio G. Trombetta*

** Funcionario del Servicio Exterior de la Nación. Las opiniones vertidas en este trabajo son responsabilidad del autor y no debe entenderse que reflejen la opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores.*

1.- Breve introducción al tema de solución de diferencias comerciales.

En la última década, se han concluido diversos acuerdos de naturaleza comercial, tanto en el ámbito multilateral como regional, que producen un fuerte impacto en las corrientes de comercio internacional así como en las reglas y disciplinas con que hasta hace poco se gobernaban.

El cierre de la Ronda Uruguay en el GATT y el consecuente nacimiento de la Organización Mundial de Comercio, la puesta en marcha del Tratado de Libre Comercio de América del Norte -o NAFTA-, y el rápido diseño y entrada en vigencia del Mercosur, son ejemplos elocuentes de lo señalado. De manera casi simultánea con este fenómeno, la Comunidad Europea se vio enriquecida con el ingreso de otros países y extendió de manera significativa, con los acuerdos de Maastricht, los objetivos originarios del Tratado de Roma.

La vastedad y profundidad de las disposiciones y disciplinas que los acuerdos indicados entrañan, ha hecho necesario prever, como parte indispensable de esos cuerpos normativos, la incorporación o perfeccionamiento de mecanismos de solución de controversias entre los Estados asociados de manera de zanjar las diferencias de interpretación o hacer frente a eventuales incumplimientos de las normas acordadas.

Con estos mecanismos se pretende crear un vínculo que une los compromisos asumidos con la efectiva observancia por parte de los miembros del acuerdo. Vale decir, se pretende dotar a estos convenios de un elevado grado de certidumbre en cuanto al comportamiento de los Estados, pues no resulta suficiente la mera manifestación de voluntad. En síntesis, se unen la voluntad asociativa con mecanismos para hacerla respetar.

Parece claro en nuestros días que las relaciones entre los Estados están gobernadas por un complejo de elementos entre los que sin dudas existen tanto aquellos basados en el poder como los que entrañan una visión más apegada a reglas de conducta establecidas. De alguna manera, la historia muestra una evolución de las relaciones fundadas exclusivamente en la dominación o el poder hacia el establecimiento de normas o criterios dentro de los cuales se conducen las relaciones entre los Estados. El nacimiento y vigencia del Estado de Derecho, el grado de evolución de las democracias modernas, la sujeción a ciertas reglas de conducta en las

relaciones externas -tanto políticas como comerciales- son ejemplos cotidianos de un asentamiento de la perspectiva normativa. Ello por supuesto no niega ni desdeña la existencia de poderes muy diferentes y que se hacen valer de manera concreta; señala sí el hecho que existe una miríada de situaciones donde esos comportamientos se expresan sujetos a reglas o normas que tienen un efecto limitativo de la discrecionalidad.

Esto último es particularmente visible en los asuntos económico-comerciales donde los Estados devienen más interdependientes, lo que da nacimiento así a normas en que se apoya la estabilidad y previsibilidad de numerosas conductas estatales.

La puesta en marcha del sistema de Bretton Woods, el nacimiento de la Comunidad Europea, el respeto a las normas del GATT en materia de comercio mundial y la elaboración de nuevas y más firmes disciplinas multilaterales para todo aquello que sea objeto de comercio internacional, la creciente actividad integradora en América -en la que hallamos el NAFTA y el Mercosur- son ejemplos de cómo los Estados se ven inclinados no ya a no hacer uso de su poder, sino a canalizarlo conforme determinadas reglas de conducta.

En la medida que ello tiene lugar, en tanto se definen las reglas de juego, los Estados y especialmente los actores económicos dentro de ellos -productores, consumidores, exportadores- operan conforme dichas disciplinas, planifican sus movimientos y realizan sus acciones según les permita el esquema. Este marco general de previsibilidad, tiende a neutralizar los elementos que tornan inestable el sistema, acotando los márgenes de discrecionalidad o arbitrariedad de los agentes que en él operan, sujetándolos, con mayor o menor rigor, a las reglas de juego que se han acordado.

Por ello, las reglas generan ciertas restricciones a las conductas, dando lugar a mayores niveles de certidumbre y previsibilidad en el comportamiento de todos los participantes.

Si consideramos, por ejemplo, el volumen del comercio mundial, la extraordinaria movilidad de los capitales alrededor del planeta en tiempo real, la multiplicidad de lazos de todo tipo que cotidianamente se generan sin que las fronteras nacionales sean un impedimento, se puede percibir cómo se va conformando un complejo entramado de intereses en el que el comportamiento de los demás actores genera certezas, es evidente, pero también zozobras.

Este estado de cosas hace natural que se elaboren diversos mecanismos para afirmar los vínculos establecidos -o para estimular la creación de otros nuevos- y oficiar así como reaseguros y promotores de certeza. En esta línea de razonamiento, el establecimiento de reglas de juego, que permiten proyectar acciones a largo plazo, es visto como una necesidad. Al lado de esto, también es cierto, podemos ver que cuando los efectos negativos del cruce de intereses se hace sentir, aparece la tentación de no comportarse en un todo de acuerdo con las reglas convenidas, para tener así la posibilidad de encontrar una salida práctica o inmediata a las dificultades.

Por supuesto que todo apartamiento de las reglas -y en especial de las comerciales- trae aparejado ciertos riesgos -pérdida de confianza en el sistema común, mayor disponibilidad a quebrar las reglas en el futuro- pero existen numerosas situaciones en las que los Estados deben confrontar con presiones y situaciones internas difíciles y hasta dolorosas que pueden indicar la conveniencia de dejar de lado las normas o a buscar interpretaciones a las mismas que vayan en la dirección más favorable a sus intereses de momento.

El Estado-nación, en consecuencia, muchas veces se ve impulsado a desconocer ciertos aspectos de las reglas comunes y entiende que su interés lo obliga a actuar de esa manera. No se trata de si es o no deseable que así acontezca, sino de la comprobación de que ello ocurre.

Pero como casi siempre la necesidad de preservar la certidumbre y la estabilidad de los vínculos supera la de romperlos o desconocerlos, se hace necesario acompañarlos con mecanismos que permitan recomponer la situación y superar las dificultades evidenciadas. De esta manera, la propia existencia de acuerdos comerciales constituye el elemento por excelencia que permite la elaboración de tales mecanismos¹. Es el reconocimiento de que la ley no debe quebrarse lo que impone la necesidad de adoptar ciertas disposiciones para cuando ello ocurra.

Por ello los Estados buscan métodos para canalizar estas tensiones y encontrar soluciones a los problemas planteados. En tanto interdependientes, los Estados deben considerar con quienes son sus socios cómo afrontar y resolver las cuestiones irritativas²-y ello no por un imperativo de orden moral sino por los intereses de largo plazo que los vinculan- dado que es inevitable que aparezcan desentendimientos.

Desde esta perspectiva, los mecanismos encauzan de manera racional los conflictos emergentes del juego de tensiones entre costos y beneficios que resultan de las reglas de juego pactadas.

En paralelo con lo anterior, creemos que los mecanismos de solución de controversias no sólo son necesarios para encauzar y recomponer las desaveniencias, sino también porque estimulan la convicción de los Estados que es más conveniente para sus intereses generales actuar de conformidad con las reglas antes que apartarse de ellas. Esto es, dan lugar a una suerte de círculo virtuoso que promueve el apego a las normas ya que los Estados perciben que sus intereses de largo plazo se ven razonablemente resguardados al hacerse previsibles las conductas de sus asociados. Y ellas adquieren este carácter porque se ven acompañadas de instrumentos que garantizan que ello ocurra³.

Efectuada esta somera presentación respecto de la necesidad y conveniencia de los mecanismos de solución de controversias comerciales, creemos oportuno, ahora sí, abordar el que los países socios del Mercosur diseñaron para resolver sus discrepancias.

2.- El Mercosur.

La constitución del Mercado Común del Sur -Mercosur- fue convenida por la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en el Tratado de Asunción, adoptado⁴ en marzo de 1991⁵. En esa ocasión, las partes se comprometieron a conformar para el 31 de diciembre de 1994 un mercado común que define en su Art.1 y que implica:

- libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, para lo cual se eliminarían los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias o medida equivalente;
- el establecimiento de un arancel externo común.
- la adopción de una política comercial común en relación con terceros Estados o agrupaciones de Estados.
- la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, transporte y comunicaciones, entre otras.

- el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

3.- Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (complementado por el Protocolo de Ouro Preto).

En la I Reunión del Consejo del Mercado Común, que tuvo lugar el 17 de diciembre de 1991 en la ciudad de Brasilia, la primera Decisión de dicho órgano fue la de aprobar el Protocolo para la Solución de Controversias, denominado "Protocolo de Brasilia" 6, que estaba destinado a regir sólo durante el período de transición 7 y que debía ser reemplazado, al cumplirse ese plazo, por un Sistema Permanente (Anexo III, párr.3 del Tratado de Asunción).

Al concluir la etapa transitoria los Estados Partes renovaron parcialmente el tratado societario original con la adopción del "Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur" 8 - Protocolo de Ouro Preto- y por el cual, modificando las previas disposiciones, acordaron continuar con el sistema establecido en el Protocolo de Brasilia 9-Art.43-.

A.- Antecedentes normativos.

En armonía con el dinámico ritmo que las partes impusieron a la conformación del Mercosur, el Protocolo de Brasilia fue negociado entre los cuatro países en el breve plazo de dos reuniones de expertos jurídicos, celebradas en noviembre de 1991 en la ciudad de Montevideo en el seno de un Grupo Ad-hoc creado por el Grupo Mercado Común 10.

El grupo técnico trabajó sobre la base de un proyecto sometido por la delegación argentina, teniendo en vista los antecedentes internacionales en la materia, entre los cuales se contaban el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá de 1988, el Acuerdo de Complementación Económica celebrado entre Chile y México, la Carta de las Naciones Unidas y los mecanismos de solución de controversias utilizados en ALADI y el GATT 11.

B.- Ambito de aplicación .

El ámbito de aplicación del Protocolo está definido en su Art.1 que señala que serán sometidos a sus procedimientos 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 12, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, y las Resoluciones del Grupo Mercado Común".

Esta norma ha sido ligeramente modificada en el Protocolo de Ouro Preto, pues extiende el ámbito de aplicación del Protocolo de Brasilia a "las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur" -Art.43-, órgano que no existía en el Tratado de Asunción. Cabe consignar que, en disposición prácticamente idéntica, el Art.41 del Protocolo de Ouro Preto, define las fuentes jurídicas del Mercosur 13.

De lo anterior se desprende que las disposiciones del Protocolo de Brasilia no pueden utilizarse para todas las controversias que puedan surgir entre los Estados Partes sino exclusivamente para resolver aquellas vinculadas con las disposiciones del Mercosur. Así, por ejemplo, las cuestiones de orden social o que surjan en campos donde no existen obligaciones específicas exigibles, por ejemplo en materia de servicios, no podrían acudir al procedimiento de Brasilia.

Es oportuno asimismo subrayar que el sistema de solución de controversias diseñado en el Mercosur diferencia nítidamente las disputas surgidas entre los Estados Partes o entre los particulares y los Estados Partes, por un lado, de los conflictos contractuales que tengan lugar entre particulares, por otro lado. Estos últimos deberán ser dirimidos ante los Tribunales nacionales de los países socios, conforme las reglas de jurisdicción establecidas en el Protocolo de Buenos Aires, complementado por el Protocolo de Las Leñas y el Protocolo de Medidas Cautelares¹⁴.

C.- Etapas del procedimiento.

-Negociaciones directas-

En lo relativo a las instancias de solución previstas en el Protocolo de Brasilia, su Art.2 del Protocolo expresa que los Estados Partes de una controversia "procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas" que no podrán, salvo acuerdo en contrario, exceder de los quince días desde que un Estado planteó la controversia.

-Consideración por el Grupo Mercado Común-

Si las negociaciones directas no prosperaran en el plazo de quince días estipulado, cualquiera de las partes podrá someterla a consideración del GMC -art.4, párr.1-, quien daría oportunidad a las partes a que expongan sus posiciones. Este órgano está asimismo facultado, de considerarlo necesario, a solicitar asesoramiento de expertos para mejor evaluar el asunto¹⁵. Reunidos los elementos de juicio -y dentro de un plazo no superior a los treinta días contados a partir de la fecha en que comenzó a entender en la controversia- el GMC formula las recomendaciones que estime apropiadas para la solución del conflicto -Arts.5 y 6-.

Caben en este punto formular algunas observaciones frente a los legítimos interrogantes que pueden surgir del hecho que los Estados Partes en la disputa sean, al mismo tiempo, miembros del GMC y, en tal carácter, los que podrían llegar a tener que darse recomendaciones a sí mismos. En este orden de ideas, es obvio que la

naturaleza consensuada de las resoluciones del GMC conspirará contra su capacidad para resolver la controversia.

En nuestra opinión, esta figura de "juez y parte" resultaba plenamente explicable durante la transición, donde el GMC, como órgano ejecutivo del Tratado de Asunción velaba por su observancia y permitía -por la propia fuerza de las circunstancias- que en su seno las partes cumplieran indistintamente el papel de negociadores, mediadores y amigables componedores entre sí. Por otra parte, en tanto órgano que recibía los informes de los numerosos Subgrupos de Trabajo en que se ordenaba y negociaba la transición, el GMC estaba en capacidad directa de recoger las reclamaciones y sopesar las compensaciones recíprocas que los Estados Partes se iban otorgando. Era, en síntesis, quien estaba en posición ideal para evaluar los avances y retrocesos que tenían lugar en ese período 16. Cabe señalar que el Protocolo de Ouro Preto no modificó esta figura, lo que resulta menos comprensible dado que las obligaciones entre las partes se modificaron sustantiva y cualitativamente a partir del 31/12/94. Hubiera sido quizás más apropiado diseñar un acceso más directo al procedimiento arbitral, saltando la etapa GMC, en caso de que las negociaciones directas no llegasen a buen puerto.

D.- Procedimiento Arbitral.

Ahora bien, no resuelta la controversia en esta primera etapa -más política que jurídica como acabamos de reseñar- se abre sí la posibilidad de obtener un pronunciamiento arbitral siguiendo el procedimiento establecido en el Protocolo de Brasilia. Hay que recalcar que este procedimiento sólo se abre una vez transitados los pasos previos -consultas directas e intervención del GMC- y no antes 17. Así lo marca el Art.7 de manera expresa, bastando que una de las partes en la controversia comunique a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral para que se abra esa instancia. La Secretaría debe informar inmediatamente esa intención a la otra u otras partes en controversia y efectuar los trámites pertinentes para el desarrollo de los procedimientos.

La jurisdicción del Tribunal Arbitral, en tales casos, es aceptada por los Estados Partes como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de recurrir a declaración o acuerdo especial. El procedimiento arbitral se inicia en virtud de que existe un acuerdo formal previo -el Art.8- en donde los miembros del Mercosur convinieron algunos procedimientos o etapas de cumplimiento automático, haciendo innecesario por lo tanto que, ante cada controversia, las partes en disputa formulen un compromiso específico o compromiso arbitral.

-Composición del Tribunal-

El Tribunal arbitral, que no tiene carácter permanente sino que será conformado al efecto ante cada controversia, estará compuesto por tres árbitros seleccionados de una lista de cuarenta -confeccionada al efecto y registrada en la Secretaría Administrativa- en la que cada Estado Parte designa diez de ellos -Art.10-. Cada parte en la controversia designa un árbitro y el tercero, que no podrá tener la nacionalidad de las partes en la controversia, será designado de común acuerdo y actuará en calidad de presidente del Tribunal. En lo que se refiere a la sede, será el Tribunal el que la fijará en cada caso -Art-15-18. Los árbitros deberán ser designados dentro de quince días contados desde la fecha en que la Secretaría Administrativa comunicó a las demás partes en la controversia, la intención de una de ellas de recurrir al procedimiento de arbitraje. Si cumplido ese plazo una parte en la disputa no hubiera nombrado su árbitro, lo designará la Secretaría Administrativa entre la lista de

árbitros propuesta por el Estado remiso. Si, en cambio, la falta de integración del Tribunal obedece a que existe desacuerdo entre las partes para designar su presidente, la Secretaría Administrativa, a pedido de cualquiera de ellas, procederá a sortearlo de otra lista, compuesta por dieciséis árbitros, y confeccionada por el GMC. Esta lista estará integrada por partes iguales por nacionales de los Estados Partes y por nacionales de terceros países.

Vale decir, para el procedimiento arbitral coexisten dos grupos diferentes de árbitros: el primero, integrado por cuarenta árbitros de entre los cuales la parte en la disputa elegirá uno -Art.9.2.i)- y un segundo grupo, integrado por dieciséis personas, de donde se extraerá el miembro del Tribunal que las partes no lograron acordar -Art.12.1-

Es interesante destacar que esta última lista de árbitros estará constituida de la siguiente manera: la mitad, serán nacionales de los Estados partes -se supone dos árbitros por país, aunque la norma no lo aclara- en tanto que los ocho restantes deberán ser originarios de terceros países, vale decir, personas o expertos de países no miembros del Mercosur. El Protocolo tampoco aclara respecto de cómo se seleccionan estos ocho árbitros de extrazona, por lo que es dable suponer que cada Estado propondrá dos, y será el GMC quien los designe.

En una disposición similar a la adoptada en el capítulo sobre antidumping y derechos compensatorios del NAFTA19, el Protocolo prescribe, asimismo, que tanto los diez árbitros que sean designados por los Estados, como el listado de dieciséis que confecciona el GMC, deberán ser "juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia". Esta norma no nos parece adecuada. No nos olvidemos que este Protocolo gobierna controversias derivadas de tratados y reglas comunes que tienen principalmente naturaleza económico-comercial -aún cuando las mismas revistan formalidades jurídicas- por lo que exigir el carácter de juristas a los árbitros parece un exceso de formalismo que no se compadece con la naturaleza del emprendimiento. El problema, en rigor no consiste en que los árbitros sean juristas sino que *sólo puedan serlo juristas* excluyendo así, *a priori*, a personalidades profesionalmente competentes de otro origen o expertos con conocimientos acabados de los problemas del comercio internacional, como indica el Cap.XX del NAFTA, siendo esto más acorde con las controversias de orden general²⁰. Por otra parte, el pragmatismo de que hace gala el Protocolo en cuanto a los pasos negociadores -políticos- previos al procedimiento eminentemente normativo, nos induce a pensar que se restringió el universo de árbitros más de lo que el propio espíritu del Protocolo requería.

En otro orden de cosas, existe un aspecto que merece ser comentado, y es el hecho que, conforme al Art.12, la Secretaría Administrativa sólo procederá a sortear árbitro en caso que un Estado en la controversia se lo solicitara. Ello da la pauta del carácter de ente de apoyo administrativo que se le atribuyó desde el origen a la Secretaría Administrativa, en un cuidadoso resguardo de facultades directivas sólo a los Estados miembros y los órganos principales que ellos conformaran -CMC, GMC, CCM -evitando así todo indicio de vida independiente o facultad decisoria por fuera de los órganos en que intervienen los Estados Partes.

Regresando a la vía arbitral, en lo que se refiere a la sede y los procedimientos, el Protocolo establece en su Art.15 que será el Tribunal el que en cada caso fije su sede y determine las reglas de procedimiento, las que deberán asegurar el derecho de cada parte de ser escuchada, de efectuar la presentación de las pruebas y que el proceso se lleve a cabo en forma expedita. Con tal propósito, las partes en la controversia designarán sus representantes ante el Tribunal, estando facultadas asimismo a designar asesores para la defensa de sus derechos -Art.17-.

Es importante señalar la posibilidad del Tribunal de dictar las medidas provisionales que considere adecuadas, a pedido de parte y cuando existan presunciones fundadas, en el sentido que el mantenimiento de determinada

situación ocasionaría daños graves o irreparables -Art.18-. Las partes deberán cumplir toda medida provisional que disponga el Tribunal hasta tanto éste pronuncie el laudo.

El Tribunal debe pronunciar su laudo en un plazo de sesenta días, prorrogables como máximo por treinta días, contados a partir de la designación de su presidente. El pronunciamiento tendrá forma escrita y será fundado -excepto para las opiniones disidentes, que no podrán hacerlo- adoptándose por mayoría de votos, debiendo guardarse la confidencialidad de la votación -Art.20-. Los laudos tienen por objetivo solucionar definitivamente la cuestión y son inapelables. El recurso al Tribunal implica que las partes involucradas aceptarán, de buena fe, las decisiones finales y que adoptarán las medidas necesarias para asegurar sus efectos. Su cumplimiento es una cuestión que hace al honor de los Estados.

E.- Cumplimiento del laudo arbitral

El laudo, que es obligatorio a partir de su notificación, debe ser cumplido por las partes en un plazo de quince días -a menos que el Tribunal acuerde un plazo diferente- conformando una unidad jurídica indivisible. El Protocolo prevé asimismo la posibilidad de que cualquiera de las partes solicite, en un plazo de quince días, aclaraciones o interpretaciones respecto de la forma en que el mismo debe cumplirse, gozando el Tribunal para expedirse de un período de idéntica extensión. En principio, el lapso que tiene el Tribunal para expedirse no suspende el cumplimiento del laudo -Art.22-.

En nuestra opinión, la fijación en el Protocolo de un plazo tan breve para cumplir con el laudo arbitral tiene principalmente el valor de indicar la voluntad de concluir las disputas en forma acelerada antes que un rígido término legal que puede evidenciarse de difícil o imposible cumplimiento. Pensemos, por ejemplo, en el caso que un Estado adopta una ley violatoria, y así es declarada por el Tribunal, del Tratado de Asunción o de alguna disposición emanada de los órganos con capacidad decisoria (Consejo, Grupo Mercado Común o Comisión de Comercio).

En tal situación, es difícilmente previsible la fecha en que dicho Estado podrá derogar o reformar la norma dañina, debido a que los procedimientos parlamentarios nacionales suelen tener tiempos propios. Esto último, claro está, no releva la responsabilidad jurídica de dicha parte, aunque es evidente que puede afectar el cumplimiento del plazo prefijado por el Tribunal. Es cierto, por otra parte, que éste goza de la facultad de fijar un plazo más prolongado que el de quince días para situaciones como la ejemplificada, pero no es menos cierto que toda especificación de un término de cumplimiento -que por naturaleza debe de ser breve- corre el riesgo de verse vulnerado.

En este sentido, quizá hubiera sido conveniente introducir una alternativa adicional, si bien excepcional, del tipo de la contemplada en el Entendimiento de Solución de Controversias de la Organización Mundial de Comercio, donde se admite extender "un tiempo prudencial" ²¹ para dar cumplimiento a las recomendaciones del grupo especial. En esta hipótesis, sería el Estado considerado incumplidor quien tiene a su cargo formular las propuestas de cumplimiento en plazos irrevocables, en tanto que la parte que obtuvo el pronunciamiento favorable aceptaría conforme sus intereses ²², dado el evidente interés que tiene en lograr el desmantelamiento de la medida dañosa. Si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre esta cuestión en un plazo dado -lo que incentivaría a la parte perdedora a formular propuestas serias y verificables- se habilitaría la vía ejecutiva del

laudo arbitral, según se detallará inmediatamente.

Es importante tener presente que los árbitros no disponen de fuerza coactiva para lograr el cumplimiento del laudo, aspecto éste que queda sujeto, como se dijo precedentemente, al apego y honor de los Estados en respetar los compromisos asumidos. Esto último no implica, empero, que los Estados que obtuvieron un pronunciamiento favorable queden sin herramientas para hacer valer su ya reconocido derecho.

En efecto, en tales casos, los reclamantes podrán adoptar medidas compensatorias temporales -como la suspensión de concesiones u otras de efecto equivalente- tendientes a obtener el cumplimiento del laudo - Art.23-. Cabe destacar que éste es el único caso en que se concede la autorización para adoptar dichas medidas.

Parece importante subrayar que el Protocolo guarda silencio respecto del caso en que, a pesar de la imposición de las medidas compensatorias, el Estado incumplidor continúa en su actitud rebelde, lo que indudablemente pondría de manifiesto una crisis del sistema Mercosur²³, y que sólo podría ser resuelta por negociaciones entre todos los socios, desbordando el control de las partes en la disputa.

La solución seguida por los redactores del Protocolo de Brasilia en casos de incumplimiento de laudo, pone de manifiesto la influencia de las normas respectivas del NAFTA²⁴ o de la disposición similar que al efecto prevé el GATT²⁵. Ello nos parece perfectamente válido y razonable en la etapa de transición del Mercosur, en donde se podrían aplicar criterios propios de los acuerdos comerciales multilaterales o de Zonas de Libre Comercio, ya que en estos casos los Estados convienen en otorgarse ciertas concesiones y libertades pero carecen de una *affectio societatis* profunda. Con ese telón de fondo, la posibilidad que tiene un Estado de aplicar a otras medidas comerciales de retorsión opera como una suerte de garantía del equilibrio de las concesiones que recíprocamente se efectuaran.

Ahora bien, como hemos sostenido precedentemente, una vez concluida la transición y conformado el Mercosur como Unión Aduanera, las responsabilidades de los Estados Partes frente a los demás y al emprendimiento común han sufrido una alteración cualitativa. Los intereses concertados y las libertades mutuamente brindadas al interior del territorio de la Unión Aduanera imponían -a nuestro criterio- que el Protocolo de Ouro Preto previera, frente a un eventual incumplimiento de un laudo, soluciones adicionales más acordes con la envergadura del proceso de integración que lo que son las medidas compensatorias u otras retorsivas.

Creemos que la conclusión del período de transición era un momento oportuno para superar, aunque fuera en parte, la inspiración NAFTA-GATT del mecanismo de solución de controversias y recoger algo de la experiencia de la Comunidad Europea.

En este plano de ideas, no hay que olvidar que en el Mercosur se está conformando un complejo entramado de intereses comunes, de emprendimientos empresariales, de proyectos de inversión, de establecimiento de empresas en el territorio de los otros Estados Parte y otras iniciativas, que inevitablemente traen aparejado el desarrollo de formas especialmente elaboradas para resolver tensiones o conflictos que el mecanismo de solución de controversias no ha podido superar. Ello no necesariamente implica la adopción de medidas procesales alambicadas, sino más bien el diseño de instancias especiales para tratar estas cuestiones, que por su naturaleza dejan de ser jurídicas y pasan al plano de la política de la integración. Como sostuviéramos anteriormente, el incumplimiento de un laudo arbitral implica una crisis en el sistema que debe ser enfrentada por los responsables de velar políticamente por la buena marcha de los asuntos del Mercosur.

Entendemos, en consecuencia, que el Consejo del Mercado Común debería ser convocado de manera inmediata una vez verificado el incumplimiento del laudo o, conforme sugiriéramos, una vez transcurrido el "plazo prudencial" que las partes en la disputa tenían para acordar el cumplimiento del fallo arbitral. En esta instancia, el CMC acordaría las obligaciones -y eventualmente las medidas- que las partes deberían asumir, sean éstas para dar cumplimiento al laudo o fueren para encontrar modos de compensación -por ejemplo a través de concesiones adicionales- que restablezcan el equilibrio global del proceso.

Sin perjuicio de las profundas diferencias que se ponen de manifiesto entre las soluciones seguidas por la Comunidad Europea y el Mercosur creemos interesante mencionar que en el Viejo Continente, si un fallo del Tribunal de Justicia no es seguido de la aplicación de las medidas que impone, incumbe a la Comisión determinar las eventuales medidas concretas que debe de adoptar el Estado demandado²⁶, de tal manera que la comprobación del Tribunal en cuanto a un incumplimiento tiene por efecto que dicho Estado adopte las medidas que en consecuencia se determinen. Vale decir, el fallo jurisdiccional finalmente se ejecuta apelando no a una instancia judicial sino por las disposiciones que adopta el órgano político, en la especie, la Comisión europea²⁷.

Cabe por último señalar que cada Estado afrontará los gastos que demande la participación del árbitro designado por él. Los gastos que implique la actuación del Tribunal, así como la retribución pecuniaria a que tiene derecho el presidente del mismo, serán atendidos en partes iguales por los Estados intervinientes en la controversia -Art.24-.

F.- Reclamos de particulares.

El Protocolo incluyó en el Capítulo V -"Reclamos de Particulares"- el procedimiento que las personas físicas o jurídicas pueden seguir 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, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común -Art.25-.

A las fuentes normativas pasibles de violación se suman, con la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, las Directivas de la Comisión de Comercio -según resulta de la incorporación expresa del Art.43 y las disposiciones del Art.21-

El Protocolo de Ouro Preto ha dispuesto en el último artículo citado, y en el Anexo al Protocolo, un procedimiento que avanza en algo respecto del Protocolo de Brasilia en lo referente a los reclamos de los particulares ya que, como se verá, atento a las amplias competencias reconocidas en el primero para la Comisión de Comercio del Mercosur, la casi totalidad de esas reclamaciones se canalizarán por este órgano. Sin embargo, en nuestra opinión, ello no implica dejar sin efecto el Cap. V del Protocolo de Brasilia, si bien reconocemos que se reducen sensiblemente las posibilidades que tienen los particulares de acudir a este procedimiento.

En consecuencia, dado que se mantiene la vigencia del Protocolo de Brasilia en cuanto a los particulares, procederemos en primer lugar a hacer una somera descripción de las normas aplicables y posteriormente abordaremos, con un mayor grado de detalle, el procedimiento consagrado en el Protocolo de Ouro Preto.

Según nos señala un comentarista²⁸, el procedimiento de reclamo de particulares del Mercosur está inspirado en disposiciones del acuerdo de libre comercio suscripto por Canadá y Estados Unidos si bien existen diferencias importantes entre ambos acuerdos. En efecto, en tanto en el Mercosur el derecho del particular para reclamar resulta de todo tipo de norma comunitaria, en el acuerdo comercial canadiense-norteamericano se restringe esa participación al caso de actos administrativos de carácter definitivo relativos a la aplicación de derechos antidumping o derechos compensatorios y cuando esos actos administrativos contravengan otras regulaciones de derecho interno del mismo país, productor de dichos actos²⁹.

En lo que hace a la formalización del reclamo, los particulares deberán presentar su queja ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios. Conjuntamente con el reclamo, deberán aportar todos los elementos de juicio que permitan al GMC -Sección Nacional- comprobar la verosimilitud de la violación así como la existencia o amenaza de perjuicio.

A menos que la reclamación hubiera dado lugar a una negociación directa o arbitraje entre dos o más partes, la Sección Nacional del GMC podrá, en consulta con el particular interesado:

-entablar contactos directos con la Sección Nacional del GMC de la parte a la que se atribuye la violación a fin de buscar, mediante consultas, una solución al problema o,

-elevar la cuestión sin más trámite al GMC cuatripartito -Art.27-

Esta alternativa de alguna forma plantea un dilema, ya que la experiencia indica que en numerosas ocasiones el contacto informal establecido entre las Secciones Nacionales de los GMC ha sido de enorme utilidad para que el Estado supuestamente infractor se informe de alguna inconsistencia normativa que él mismo no ha detectado, dándole así oportunidad de corregir el rumbo. En la práctica este tipo de acciones han sido muy eficaces y creemos valioso que el Protocolo de Brasilia haya previsto esta situación. Sin perjuicio de lo dicho, es dable pensar que la seriedad del caso de que se trate hace aconsejable remitir directamente el asunto al GMC cuatripartito. Ello debe de ser evaluado en cada caso en particular, por lo que nos parece feliz que se haya contemplado la faceta consultiva entre el particular y la Sección Nacional del GMC.

Esto se explica en el hecho que el particular es el principal interesado en las gestiones que tengan lugar y quien, en tanto afectado directo, está en condición inmejorable para evaluar la conveniencia o no de seguir adelante con el procedimiento.

Recibido el reclamo por cualquiera de las vías indicadas, el GMC lo examinará en la primera reunión, y si concluyere que no están reunidos los requisitos para darle curso, lo rechazará sin más trámite -Art.29-. Llama la atención lo estipulado en la norma que se comenta ya que sería por demás singular e infrecuente que un Estado Parte eleve al GMC cuatripartito un reclamo que esté tan débilmente fundado que admita un rechazo inmediato. La rigidez de la disposición nos hace pensar que se trata, antes bien, de una suerte de recomendación especial para que las partes operen con moderación y sólo accedan a la instancia del GMC aquellas reclamaciones que gocen de un sólido sustento.

Si el GMC no rechaza el reclamo, convocará de inmediato a un grupo de tres expertos para que emita un dictamen sobre su procedencia en el plazo de treinta días no prorrogables. Los expertos serán designados por el GMC, y a falta de acuerdo para la designación de uno o más de ellos, la elección se hará por votación de una lista de veinticuatro expertos registrados en la Secretaría Administrativa. Con tal propósito, cada Estado Parte designará seis expertos "de reconocida competencia en las cuestiones que puedan ser objeto de controversia".

Dadas las múltiples cuestiones que pueden dar lugar a reclamaciones, sería prudente designar para este nuevo grupo de expertos, personas con una acabada formación en cuestiones de comercio internacional. En nuestra opinión, sin embargo, no era imprescindible crear un grupo de expertos adicional -el tercero- dentro del sistema de solución de controversias. Como se recordará, ya hemos considerado el cuerpo de cuarenta juristas de donde se eligen los árbitros así como el cuerpo de veinticuatro expertos a los que se puede recurrir para designar el presidente del Tribunal Arbitral. No dudamos que de entre todos ellos podrían seleccionarse tres personas idóneas para abordar la procedencia del reclamo de un particular.

Si del dictamen de estos tres expertos se concluye la procedencia del reclamo contra un Estado Parte, cualquiera de los otros tres miembros del Mercosur podrá solicitarle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si no se hiciera lugar a esta solicitud en el plazo de quince días, el Estado Parte que la formuló podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral que ya hemos estudiado -Art.32-.

Caben formular algunas consideraciones sobre la utilidad y alcances de este capítulo. En primer lugar queremos dar la bienvenida a que el Mercosur haya consagrado el concepto de que los particulares deben de disponer de vías para formular reclamos cuando entienden vulnerados los derechos acordados por las normas fundamentales. Entendemos asimismo que, en tanto son los ciudadanos y empresas del Mercosur los beneficiarios o afectados directos de la integración, el mecanismo a su disposición para canalizar inquietudes debería ser expeditivo y ágil, sujeto sólo a las formalidades necesarias que permitan apreciar, *prima facie*, el sustento de la queja. Una vez corroborada ésta, debería habilitarse la vía de pronunciamiento definitiva, con igual valor al de un laudo arbitral.

Por nuestra parte, creemos que los particulares carecen de verdadera legitimación activa para reclamar por las violaciones en que incurren los miembros del Mercosur, ya que sus presentaciones deben necesariamente ser acogidas, en primer término, por la Sección Nacional del GMC de un Estado. En caso de no admisibilidad por éste -y ante el silencio del Protocolo de Brasilia- se abren severos interrogantes sobre cómo podría el particular solicitar la revisión del caso o insistir en su reclamo. Sobre este aspecto, compartimos la opinión expresada en el sentido que la carencia de una norma de derecho internacional en nada restringiría la facultad que tiene dicho particular de encaminar sus acciones por vía del derecho administrativo local 30.

Que se haya superado la etapa nacional, por así llamarla, tampoco garantiza el tratamiento de la cuestión a nivel cuatripartito porque el GMC puede rechazarla sin más trámite, aun cuando este extremo, se ha dicho, se considere excepcional. Incluso en el caso que el GMC encuentre fundamento a la presentación, este órgano directivo sólo cumple en remitirlo a un grupo de expertos.

Este paso lo consideramos innecesario y dilatorio: ya se han efectuado diversos análisis de la cuestión -primero a nivel interno y luego a nivel cuatripartito- y es claro que la admisibilidad en ésta última instancia del reclamo le otorga un grado de verosimilitud suficiente como para que el Estado infractor adopte las medidas correctivas pertinentes.

No es ocioso recordar que los órganos del Mercosur adoptan sus decisiones por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes (Art.16 del Tratado de Asunción, consagrado como Art.37 en el Protocolo de Ouro Preto) con lo que si en el GMC se considera que el reclamo tiene fundamento, el propio Estado infractor admite su conducta³¹.

A las críticas realizadas cabe agregar una adicional, que también es de fondo, ya que en el supuesto que el GMC cuatripartito girara el asunto a un grupo de expertos, el pronunciamiento de éste se ve desprovisto de fuerza

efectiva para perseguir su cumplimiento pues no exige del Estado infractor la adopción de medidas correctivas sino que se limita a habilitar a otro Estado a requerirle que actúe de esa manera. De ese modo, el dictamen del grupo de expertos sería una suerte de declaración de carácter indicativo acerca de la existencia de una infracción -con algún peso moral, es cierto- antes que un parecer cuyo desacato genera responsabilidades frente a las demás partes. Las limitaciones de esta etapa del procedimiento se ven agravadas por el hecho que si el Estado incumplidor desoye el requerimiento que se le efectúa, el Estado reclamante debe recorrer el largo procedimiento arbitral antes de que el infractor -que sabe que lo es desde que admitió en el GMC el reclamo y porque además los expertos así lo manifestaron- tenga la obligación jurídica de remover las medidas dañosas.

Es por ello que, en nuestra opinión, este Capítulo no tiene un andamio real para resolver los problemas de los particulares, salvo en cuanto estipula la apertura de contactos entre las Secciones Nacionales del GMC y, a lo sumo, hasta la instancia del GMC. A partir de ese punto, se trata de una construcción procesal alambicada carente de sentido práctico cierto.

G.- Reclamos ante la Comisión de Comercio del Mercosur.

Como hemos dicho anteriormente, el Protocolo de Ouro Preto modifica y amplía en parte el régimen que venimos analizando pues dispone³² que es principalmente la Comisión de Comercio el órgano competente para considerar las reclamaciones originadas tanto por los Estados como por los particulares, fundadas en los artículos 1 o 25 del Protocolo de Brasilia ³³.

Aclara la nueva disposición, que el examen de esas reclamaciones en el ámbito de la CCM no restringe la acción del Estado Parte reclamante al amparo del Protocolo de Brasilia. Con ello se quiere dejar sentado que las competencias atribuidas a la Comisión de Comercio en materia de solución de disputas, no erosionan ni limitan los derechos de las partes resultantes del mecanismo general de resolución de controversias, que continúa siendo el Protocolo de Brasilia.

Debemos subrayar, empero, que atento las amplias facultades otorgadas a la CCM en la aplicación de los instrumentos de política comercial común, no tenemos dudas que es en este ámbito donde se sustanciarán la mayor parte de los reclamos tanto formulados por los Estados Partes como de los que efectúen los particulares.

El Protocolo de Ouro Preto precisa, en su Anexo, el procedimiento general a observarse para las reclamaciones ante la CCM, dejando de lado el distingo entre reclamaciones originadas en los Estados Partes o en reclamaciones de particulares. Vale decir, a partir del momento en que la Sección Nacional de la CCM presenta su reclamo ante la Presidencia Pro-Tempore, el mismo pasa a ser del Estado reclamante, vale y se tramita en tanto tal, siendo irrelevante si se origina en la propia Administración o en la presentación de un ente privado.

El Estado reclamante, realiza su presentación ante la Presidencia Pro-Tempore de la CCM, incorporándolo a la agenda de la primera reunión siguiente de la Comisión. Dado que ésta se reúne por lo menos una vez por mes - Art.18 Protocolo de Ouro Preto- se garantiza un rápido tratamiento de la cuestión. En caso que en ese encuentro no se adoptare una decisión sobre el asunto, se remiten los antecedentes, sin más trámite, a un Comité Técnico -Art.2 del Anexo-.

Esto muestra un progreso respecto de la solución prevista en el Art.29 del Protocolo de Brasilia, ya que en esa etapa el procedimiento estaba prácticamente condenado a bloquearse. En el Anexo, por el contrario, o bien se encuentra una solución satisfactoria al asunto, o bien se da traslado de los antecedentes, de manera automática, a un comité técnico. Si bien no lo dice de manera expresa, entendemos que el grupo técnico que se menciona es de los que la CCM ha establecido de conformidad con el Art.19.IX del Protocolo de Ouro Preto 34.

El comité técnico tiene un plazo máximo de treinta días corridos para expedirse y puede producir, tanto un informe conjunto -en cuyo caso se presume que todos los miembros coinciden en las apreciaciones- o bien cada experto eleva sus opiniones de manera independiente.

Si bien tales juicios no obligan a la CCM -ya que serán "tomados en consideración" al decidir la reclamación (Art.3), es claro que a estas opiniones técnicas se les puede atribuir un valor no desdeñable. En efecto, con estos dictámenes se podría generar de manera progresiva una suerte de jurisprudencia especializada para resolver las reclamaciones y, con ello, poner más luz y objetividad a las causales de disputa. La recopilación de opiniones podría tener un efecto adicional docente, pues las evaluaciones técnicas podrían ser tomadas en cuenta por los Estados Partes cuando se dispongan a adoptar medidas cuya consistencia con el ordenamiento general del Mercosur resulte dudosa.

Recibido el parecer de los expertos, la CCM decidirá sobre la cuestión en su primera reunión ordinaria o, en casos especiales, en una reunión extraordinaria que se convoque con esa finalidad -Art.4 del Anexo-. Si en esa oportunidad no se alcanzara consenso, la CCM elevará al Grupo Mercado Común las distintas alternativas propuestas así como las conclusiones de los expertos a fin de que se adopte una decisión. El GMC, para pronunciarse, tendrá treinta días corridos contados desde la recepción por la Presidencia Pro-Tempore de las propuestas elevadas por la CCM -Art.5-.

Si con estos antecedentes, se alcanzara en el GMC consenso sobre la procedencia de la reclamación, se abriría la etapa de implementar las medidas que correspondieren. Si, por el contrario, en el GMC no se logra consenso sobre la procedencia de la reclamación, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral del Protocolo de Brasilia -Art.7-.

En nuestra opinión, el esquema intenta evitar -aunque no lo logra plenamente- la sucesiva acumulación de etapas sin que se alcancen soluciones definitivas. En efecto, el tratamiento CCM-GMC-Tribunal Arbitral que estipula el Anexo de Ouro Preto guarda similitudes con el esquema GMC-grupo de expertos-Tribunal Arbitral del Cap.V -Reclamos de particulares- del Protocolo de Brasilia.

En ese orden de ideas, las críticas que entonces formuláramos son aplicables en este contexto. En particular, no comprendemos la necesidad de que el GMC intervenga en esta etapa como requisito ineludible para habilitar, en caso de necesidad, la vía arbitral³⁵. Creemos que, con ello, se ha intentado introducir en la disputa una suerte de instancia de contralor político, el que tendría como resultado garantizar la adecuada consideración del conflicto. Según nuestro criterio, ello denota algún grado de inercia conceptual -respecto de la capacidad directiva del Grupo Mercado Común -pre-Ouro Preto diríamos- y una modesta consideración de las facultades de la Comisión de Comercio.

Sin embargo, a poco que se analicen las atribuciones reconocidas en el Protocolo de Ouro Preto a la CCM, forzoso es concluir que no se trata de un órgano menor y, por lo tanto, inhábil para evaluar la importancia de las reclamaciones. Por el contrario, consideramos la CCM como un órgano que reúne en sí competencias de indiscutible jerarquía política con la ventaja de estar dotado de instrumentos técnicos -los comités- que le

pueden aportar elementos de juicio de sumo valor. En efecto, un órgano que tiene, entre otras, competencia para hacer el seguimiento y velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial así como tomar decisiones relacionadas con la administración del arancel externo común, pone en evidencia que se trata de un órgano principal en el esquema institucional del Mercosur. En tal carácter, debería estar en condiciones de ser la última instancia de negociación política antes de abrir la etapa arbitral. Por ello, reiteramos, que a nuestro criterio resulta injustificado el requisito de elevar la cuestión al GMC para poder con posterioridad recurrir al procedimiento arbitral.

En lo que concierne a este último camino, tampoco nos parece apropiado que simplemente se estipule la habilitación de recurrir a él. Creemos que debería haberse dispuesto que, una vez conformado el Tribunal Arbitral, éste debería emitir directamente su laudo, sin necesidad de abrir la instancia de presentación del caso - Arts.15 y 16 del Protocolo de Brasilia- que sólo dilataría su pronunciamiento y poco agregaría a lo ya recopilado. Consideramos que los árbitros contarán a esa altura, con numerosos antecedentes, opiniones de los Estados partes y dictámenes técnicos, de modo que podrían expedirse sin más trámite.

La experiencia en el Mercosur: algunas conclusiones

1.- El funcionamiento de la Comisión de Comercio.

A pesar de que han existido disputas muy intensas en el Mercosur -baste señalar las producidas por la modificación unilateral del régimen automotriz por parte del gobierno brasileño o, más recientemente, los estímulos a las inversiones ligadas con el sector dentro de ciertas porciones del territorio de ese país- los Estados Partes no han recurrido aún a las instancias propiamente jurisdiccionales del Protocolo de Brasilia -me refiero en lo esencial al procedimiento arbitral-, si bien es dable observar una práctica bastante intensa de consultas y reclamaciones en el ámbito de la CCM.

Como hemos indicado precedentemente, la CCM es la caja de resonancia primaria de la marcha del proceso de integración y es el ámbito donde repercuten de manera directa las conductas o inconductas de los Estados Partes respecto de la normativa común. Como tal, es el "administrador" inicial del mecanismo de solución de controversias.

La experiencia acumulada en poco más de dos años de funcionamiento del Mercosur 36, pone en evidencia el acierto que ha significado el diseño de la CCM como receptor inmediato de las dificultades o incertidumbres resultantes del día a día de la integración, las que se manifiestan principalmente a través de las "consultas" que se realizan los Estados Partes entre sí en las reuniones mensuales de la CCM 37.

Según datos provisionales que han podido recopilarse, se han realizado hasta el presente algo más de 225 consultas, y es la Argentina el socio que más veces recurrió a este procedimiento (lo hizo en aproximadamente 145 ocasiones). Naturalmente los países que tienen corrientes comerciales más intensas, la Argentina y Brasil, son quienes más frecuentemente recurren a las consultas en la CCM, como lo demuestra el hecho que en 1996

entre ambos presentaron solicitudes de consultas en una proporción cercana al 88% del total de las consultas.

En cuanto a los temas objeto de consulta creemos interesante señalar que durante 1996 los temas que concitaron el mayor interés por parte de nuestro país se centraron en cuestiones relacionadas -o percibidas- como tratamiento impositivo discriminatorio, dudas o planteos relativos a la calidad e identidad de productos, a clarificaciones resultantes de la aplicación del Régimen de Adecuación y la incorporación de la normativa Mercosur a las legislaciones nacionales de los países socios.

Para concluir este somero repaso de la práctica de la CCM quizás valga la pena agregar que casi el 50% de las consultas realizadas por nuestro país han sido concluidas de manera satisfactoria (se brindó información solicitada o se eliminaron dificultades resultantes de aplicación de normas, etc.) quedando un parte significativa -15%- pronta a ser resueltas de la misma manera. El remanente se encuentra, mayoritariamente, en trámite normal de recopilación e intercambio informativo

2.- El no uso del procedimiento arbitral del Protocolo de Brasilia: La preferencia de lo político por sobre lo jurídico..

Sin perjuicio de la promisoriosa tarea desarrollada por la CCM, y ante la existencia visible de disputas serias entre los socios, cabe preguntarse porqué los miembros del Mercosur, teniendo las normas del Protocolo de Brasilia a su disposición, no recurren de manera sistemática y completa a ellas y han preferido los contactos y negociaciones directas antes que las soluciones jurídicas.

Según nuestro criterio, la explicación del fenómeno se encuentra esencialmente en la base misma del nacimiento y conformación del Mercosur, que ha llevado a que sea el emprendimiento más logrado hasta el presente en América Latina.

En efecto, si algo ha caracterizado al Mercosur -y así fue percibido nítidamente por los más variados observadores- es la formidable voluntad política de alcanzar, en plazos extreme-mente breves, el establecimiento de una Zona de Libre Comercio y la conformación de una Unión Aduanera. No interesa para nuestro análisis que las mismas sean imperfectas y requieran profundizarse, sino que lo que importa resaltar es el espíritu cooperativo y la fuerza de voluntad puestas de manifiesto en incontables ocasiones para resolver la dificultades que ine-vitablemente se habrían de presentar.

En este orden de ideas, debe tenerse presente que para hacer técnicamente posible la decisión política fueron necesarios realizar de manera casi ininterrumpida encuentros de todo tipo y nivel, donde se verificaban de continuo tanto coincidencias como desaveniencias. Esto último resulta sencillo de comprender, porque la tarea de determinar y acordar las políticas que adoptaría el Mercosur³⁸, importó necesariamente, como contrapartida, redefinir los alcances de las políticas, hasta entonces autónomas, de los Estados Partes.

La resignación de espacios de libertad, aun cuando sea en aras de obtener beneficios mayores, no se realiza sin resistencias o irritaciones. Es que resulta arduo gerenciar la tarea cotidiana de lidiar con los "costos" de la integración, que se visualizan casi de inmediato, frente al más lejano e hipotético elemento "beneficio" de la ecuación.

Ello dio lugar a un continuo ejercicio de aproximación de posiciones y de evaluación de los resultados que se iban obteniendo y una frecuente exposición y consideración de las dificultades que enfrentaron los socios en la ruta del Mercosur.

Este ejercicio de superación de dificultades y tensiones no se realizó a través del apego a procedimientos estrictos. Resultó una consecuencia natural de la interacción política de los negociadores que encontraron, en las concesiones y reconocimientos mutuos, una vía para salir adelante de los tropiezos o conflictos de intereses.

Creemos conveniente también mencionar, como factor influyente para que siempre se prefiriera negociar sobre los conflictos, una cierta desconfianza y escepticismo en cuanto a la eficacia de recurrir a mecanismos jurisdiccionales, a lo que se sumaba que las dificultades en sí mismas eran concebidas como de naturaleza política y no la resultante de obligaciones exigibles. Nos parece razonable que, en tanto está sujeta a negociación la propia definición de la intensidad de los vínculos que unirán a los socios, resulta prematuro -y hasta voluntarista- confiar en que por vía jurisdiccional se superarán las dificultades ante apartamientos de las disciplinas acordadas o interpretaciones divergentes de las reglas convenidas.

Ahora bien, logrado ya un cuerpo normativo que precisa numerosas conductas de los Estados Partes, comienza a hacerse más visible la conveniencia de intentar el uso de procedimientos predeterminados para resolver las diferencias. Esto es, definidos los rasgos esenciales de la política comercial y los instrumentos dentro de los cuales los Estados operarán, será más necesario confiar en otros instrumentos -y no sólo en la voluntad política- en cuanto a la observancia de las reglas por los socios.

En síntesis, así como resulta comprensible la negociación como recurso casi excluyente cuando se establecen las obligaciones generales, no es por el contrario sostenible continuar en esa vía cuando hay que administrar su observancia práctica una vez definidas las mismas.

El hecho que se siguieran utilizando los recursos de orden político aún después de la puesta en marcha de la Unión Aduanera ¿indica el fracaso del Protocolo de Brasilia?

3.- Una evaluación del Protocolo de Brasilia.

Se ha dicho, y a nuestro criterio con argumentos sólidos, que el mecanismo de solución de controversias que se ha delineado es insuficiente para resolver los conflictos que tienen lugar en el seno de la Unión Aduanera ³⁹. Así, por ejemplo, se ha expresado ⁴⁰ que para que el marco de relaciones elaborado tenga caracteres de estabilidad y permita su evolución será necesario enfrentar el dilema planteado por:

- a.- el control de legalidad de las disposiciones nacionales vis-a-vis las normas Mercosur;
- b.- la interpretación uniforme de la normativa comunitaria;
- c.- la eficacia de las decisiones y su operatividad

También se ha sostenido⁴¹ que el ámbito de aplicación del Protocolo de Brasilia es muy limitado puesto que sólo abarca algunas de las cuestiones que podrían ser objeto de reclamación dejando afuera otras, a lo que se

suma una insuficiente protección de los particulares.

Ahora bien, aún cuando compartamos en buena medida las observaciones formuladas ¿es ello suficiente para considerar que el Protocolo de Brasilia no cumple ni puede cumplir con su propósito?

En nuestra opinión, sin embargo, el problema central no se encuentra allí, sino en las expectativas que se han depositado en dicho instrumento para resolver las cuestiones controversiales del Mercosur. Consideramos que lo que debe ser objeto de análisis no es tanto -o no exclusivamente- si el Protocolo de Brasilia ofrece debilidades sino si dicho instrumento es funcional y útil para preservar y afirmar el proceso de integración.

Adelantamos nuestra opinión que, aún cuando aceptamos las limitaciones y críticas que se le formularon, el Protocolo de Brasilia -complementado con las disposiciones de Ouro Preto- constituye un valioso recurso, tanto respecto del procedimiento arbitral como del mecanismo regulador de la CCM. Por ese mismo motivo, entendemos que debe acudir a él cuando se verifiquen determinadas disputas, no todas.

Afirmamos esto porque no debemos olvidar que estamos atravesando una etapa de aprendizaje y de ajuste de conductas. En estas condiciones, el resguardo de los intereses de los Estados Partes deberá tener una precisa correspondencia con los instrumentos de que se pueden valer para articularlos. Como los conflictos se manifiestan con distintos grados de intensidad, ello debería permitir identificar el recurso más idóneo para administrarlos y resolverlos. En ocasiones será la CCM, en otras el Tribunal Arbitral del Protocolo de Brasilia, en otras podrán ser otros instrumentos -algunos de los cuales existen, algunos nuevos podrían elaborarse- y en otras circunstancias será la negociación política, realizada fuera del ámbito del Protocolo de Brasilia.

Lo antedicho nos lleva a señalar que el hecho de que no se haya recurrido al Protocolo de Brasilia, marca más bien su éxito antes que su fracaso⁴². Es muy probable que, a la luz de la experiencia vivida por el Mercosur desde que se adoptó el Tratado de Asunción, recurrir a la solución jurisdiccional hubiera implicado reconocer el cierre de otros caminos de resolución y, en esa instancia, tener un triunfador y un perdedor en un juego de suma cero⁴³. Tal situación habría conllevado una suerte de ofensa ante la derrota, y contaminado así el espíritu cooperativo con que los Estados tenían que delinear las políticas del Mercosur.

Por otra parte, no tenemos que perder de vista lo positivo que ha sido, por sí mismo, el hecho de acordar un mecanismo arbitral en una región del mundo poco apegada a ellos para resolver conflictos comerciales⁴⁴. A ello se suma un embrión de supranacionalidad que merece ser consignado, pues un Tribunal Arbitral podría expedirse por mayoría -y no por unanimidad- lo que constituiría el único caso en que una decisión no consensuada por los cuatro socios puede hacerse obligatoria para uno de ellos.

Luego de las explicaciones precedentes creemos oportuno hacer una mención, aunque breve, respecto de la creación de un Tribunal de Justicia del Mercosur.

4.- El Tribunal de Justicia del Mercosur.

La idea de crear un Tribunal Superior, de índole supranacional, encuentra numerosos impulsores. Prácticamente todos los autores consultados que se expiden sobre la cuestión lo hacen en términos favorables a su constitución⁴⁵.

Nosotros nos sumamos a esas opiniones, aunque entendemos prudente formular algunas consideraciones previas. El Mercosur, está visto, ha adoptado criterios intergubernamentales para conformarse y probablemente seguirá este camino durante un cierto tiempo. Instalar un Tribunal supranacional implica una transferencia de potestades que requiere un avanzado grado de maduración política que, a nuestro criterio, no se ha alcanzado todavía. Es muy probable que el Mercosur dé lugar a un avance de tipo cualitativo en esa dirección y es positivo que así sea, pero ello supone una interacción más intensa, una confrontación cotidiana con problemas comunes y una evidenciada disponibilidad a superarlos. Estos elementos se están desarrollando en la actualidad y deberán fortalecerse en el futuro cercano y confiamos en que así se hará. Llegará el momento en que la idea de un Tribunal del Mercosur resultará atractiva por su propio valor y practicidad y será entonces, y no antes, cuando esta sugerencia será viable.

Bibliografía

- BASTIEN, Frédéric (1995), «L'élaboration et le fonctionnement des mécanismes d'arbitrage au sein de l'Ale et de l'Alena, du Gatt et de l'OMC» en *Revue Etudes Internationales*, volumen XXVI, No 3.
- BERCUN, Horacio (1995), "Asimetrías, supranacionalidad de normas, solución de controversias", en *Seminario sobre Solución de Controversias*, MRECI y C.
- BOLDORINI, Cristina (1994), "Protocolo de Brasilia para la solución de controversias», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, N° 7.
- CZAR de ZALDUENDO, Susana (1995), "Interpretación uniforme de la normativa de integración al Mercosur" en *Seminario sobre Solución de Controversias*, MRECI y C.
- DAVEREDE, Alberto Luis (1992), «El sistema de Solución de controversias en el Mercosur» en *La Ley*, Carlos J. Colombo, Buenos Aires, miércoles 29 de abril de 1992.
- DAVEREDE, Alberto Luis (1995), "Solución de controversias a nivel jurisdiccional", en *Seminario sobre Solución de Controversias*, MRECI y C.
- HALPERIN, Marcelo (1992), "Los particulares y el Mercosur: el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias", en *Revista de Integración Latinoamericana*, n° 178.
- HALPERIN, Marcelo (1995), "Comercio en el Mercosur y Seguridad Jurídica", en *Seminario sobre Solución de Controversias*, MRECI y C.
- MASNATTA, Héctor (1995): "Función del derecho y sus operadores en el proceso de integración económica", en *Seminario sobre Solución de Controversias*, MRECI y C.
- OPERTTI, Didier (1995), "Revisión del sistema de soluciones de controversias del Mercosur", en *Seminario sobre Solución de Controversias*, MRECI y C.
- PIAGGI, Ana (1995), "Solución de controversias en el Mercosur" en *Seminario sobre Solución de Controversias*, MRECI y C.

- SABSAY, Fernando L. y Roberto D. Bloch (1995), «Solución de Controversias en el Mercosur», en *Archivos del Presente*, Foro del Sur.
- SOLA, Juan (1995), "Solución de controversias en el Mercosur y los Tribunales Nacionales", en *Seminario sobre Solución de Controversias*, MRECI y C.
- VERA VILLALOBOS, Enrique (1995), «Mercosur: estructura institucional, resolución de controversias, apreciación estratégica y recomendaciones», CEPPA.

1 Frédéric BASTIEN, "L'éla-boration...", pág.462.

2 *La interdependencia no implica similaridad de fuerza entre los actores. Consideremos la existencia de una disputa comercial entre un Estado poderoso, con un volumen de importaciones y exportaciones de varios miles de millones de dólares, frente a un pequeño exportador de un sólo o pocos productos. En tal caso, no es la vulnerabilidad relativa de uno u otro lo que los hace interdependientes sino el hecho que ambos crean opinión, respecto de los demás socios comerciales, con sus conductas o inconductas. Si miramos con profundidad, es muy probable que sea en interés directo del poderoso que exista un sistema de reglas que le permita operar con todos los demás actores con significativos grados de certidumbre. En esa perspectiva, una disputa con un socio menor, sin influencia real para su economía, puede constituir un caso que impulse al respeto de las normas o a encontrar soluciones negociadas equitativas, pues de otro modo su inconducta o su pre-potencia podrían tener un efecto negativo mayor que lo que dio origen a la disputa.*

3 *Podría darse, empero, una situación extraordinaria, que tendría lugar cuando los beneficios de apartarse de las reglas de juego convenidas fueran superiores a los costos que se pagan por respetarlas. En tal caso se pondría de manifiesto una situación de inter-dependencia atenuada o baja, que por otra parte sería de excepción a la luz de los fenómenos comerciales, científicos y técnicos que tienden a fortalecerla.*

4 *Este Tratado fue ratificado por ley 23.981 de agosto de 1991, entrando en vigor el 30 de noviembre de 1991.*

5 *Con ello culminó una etapa de progresivo acercamiento impulsado esencialmente por la Argentina y Brasil que se inició con la Declaración de Iguazú en noviembre de 1985. En esa ocasión, los dos países expresaron su "firme voluntad política de acelerar el proceso de integración bilateral". Al año siguiente, en 1986, ambos acuerdan el Programa de Integración y Cooperación Económica dentro del cual se firmaron 24 Protocolos que se basaban en mecanismos de desgravación arancelaria y eliminación de medidas no arancelarias. Tiempo después, en 1988, la Argentina y Brasil suscriben el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo cuyo objetivo es el establecimiento de "un espacio económico común" y en él se preveían principios -gradualidad, simetría- orientados a permitir la adaptación progresiva a las nuevas condiciones de competencia. Gran parte de estas orientaciones fueron recogidas en el Acta de Buenos Aires -julio de 1990- en que Brasil y Argentina decidieron establecer un mercado común para el 31 de diciembre de 1994. Inmediatamente, ante la velocidad y fuerza de los*

acontecimientos, Paraguay y Uruguay manifestaron su voluntad de sumarse al proceso, acordándose entonces firmar un convenio que contemplara la creación de un mercado común cuatripartito, el Tratado de Asunción.

6 El Protocolo de Brasilia entró en vigor el 24 de abril de 1993. La Argentina lo aprobó por ley 24.102 del 16 de junio de 1992, depositando su instrumento de ratificación el 28 de diciembre de 1992.

7 Se denominó así al lapso comprendido entre la firma del Tratado de Asunción hasta la conformación efectiva del Mercosur -esto es, el 31/12/94- período en el cual debían acordarse los puntos principales del emprendimiento, como la eliminación de trabas a la libre circulación de mercancías en el territorio comunitario, la definición del arancel externo común, la adopción de una política comercial externa común etc.

8 Nos parece importante mencionar que en dicho acuerdo se definieron las funciones y atribuciones de los órganos permanentes del Mercosur. Dada su relevancia dentro sistema de solución de controversias haremos una síntesis de los mismos. Ellos son

a.-Consejo del Mercado Común -CMC- es el órgano superior responsable de la conducción política, decisorio, integrado a nivel ministerial, que tiene, entre sus funciones principales -Art.8, Protocolo de Ouro Preto-las siguientes:

i.-velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmado en su marco.

ii.- formular las políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común, lo cual le otorga un amplio poder decisorio y normativo. Se trata de un órgano intergubernamental, sin atribuciones exclusivas delegadas por los Estados.

iii.- ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur. Esto entraña una innovación significativa, ya que hasta Ouro Preto el Mercosur carecía del atributo de la personalidad jurídica de derecho internacional consagrada en el Art.34.

iv.- negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países o grupos de países. Es otra disposición novedosa ya que no se previó en el Tratado de Asunción las negociaciones con terceros países, las que, sin embargo, eran frecuentes -por ejemplo en el seno de ALADI- pero siempre bajo el formato "4 + 1" o cuantas partes fueren como contrapartes en cada ocasión. Con esta norma, las negociaciones se harán bajo el formato "1+1"

v.- pronunciarse sobre las propuestas que le sean elevadas por el Grupo Mercado Común.

b.-Grupo Mercado Común -GMC- tiene como principales funciones las siguientes -Art.14-:

i.- velar, dentro de los límites de su competencia, por el cumplimiento del Tratado de Asunción, Protocolos y acuerdos firmados en su marco. Esta disposición es similar a la atribución brindada al CMC aunque el agregado "dentro de los límites de su competencia" tiende a clarificar el carácter inferior de este órgano respecto del CMC, quien carece de dicha limitación.

ii.- proponer proyectos de Decisión al CMC. Refleja la capacidad de iniciativa del GMC, que se

com-plementa con la facultad de fijar programas de tra-bajo para avanzar en el establecimiento del mer-cado común.

iii.- Tomar las medidas ne-cesarias para el cumpli-miento de las Decisiones del CMC, disposición que resalta el carácter ejecutivo del GMC.

iv.- Manifestarse sobre las propuestas o recomen-daciones que le fueren sometidas por los demás órganos.

v.- Negociar acuerdos con terceros países, por dele-gación expresa del CMC y dentro de los límites de los mandatos específicos que reciba. Esta función también recuerda, por su semejanza, a la que ejerce la Comisión en el ámbito de la CE.

c.-En lo que atañe a la Comi-sión de Comercio del Mer-cosur -CCM- debemos seña-lar que, en nuestra opinión, constituye el "centro ner-vioso" del Mercosur. Esta característica responde a la importancia de las funciones que se le atribuyeron, de las que mencionaremos sólo algunas:

i.- velar por la aplicación y efectuar el seguimiento de los instrumentos comunes de política comercial y efectuar el seguimiento. Analiza la evolución de estos instrumentos y for-mula propuestas al GMC.

ii.- Tomar decisiones en relación con la adminis-tración y aplicación del arancel externo común, pudiendo proponer la revi-sión de alícuotas y pronun-ciándose sobre las soli-citudes que presenten los Estados Partes sobre su aplicación y cumpli-miento.

iii.- proponer al GMC nuevas normas o modificaciones.

iv.- establecer comités téc-nicos. Como veremos más adelante, estos grupos técnicos pueden jugar un papel importante dentro del esquema de solución de controversias.

Para concluir señalemos que el Protocolo de Ouro Preto dispone la creación de otros órganos, carentes de facul-tades decisorias, poder que recae en el CMC, GMC y CCM -Art.2-. Estos Organos son la Comisión Parlamentaria Con-junta, quien puede jugar un importante papel impulsor y de convergencia legislativa; el Foro Consultivo Económico-Social y la Secretaría Ad-ministrativa, quien archivará los documentos, publicará el Boletín Oficial del Mercosur y brindará apoyo logístico a las reuniones del CMC, GMC y CCM.

9 También Ouro Preto estable-ce que se deberá revisar el sistema del Protocolo de Bra-silia, el que deberá efectuarse "antes de culminar el proceso de convergencia al Arancel Externo Común", esto es, antes del 1.1.2006.

10 Alberto DAVEREDE, "El Sistema de Solución...".

11 María Cristina BOLDORINI, "Protocolo de Brasilia...", pág. 476

12 Entre los que se pueden mencionar el Protocolo de Brasilia para la solución de las controversias, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y adminis-trativa del 27.6.92; Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el

Mercosur del 17.1.94; el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual del 5.8.94; el Protocolo de Integración Educativa de la misma fecha, el Protocolo de Medidas Cautelares de diciembre de 1994, el propio Protocolo de Ouro Preto etc. Todos estos instrumentos se consideran como parte del Tratado de Asunción.

13 Ellas son:

- El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios.

- Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción

- Las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

14 Conforme Enrique VERA VILLALOBOS, "Mercosur: estructura institucional...", 1995. Los Protocolos a los que se alude son el "Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia Contractual", aprobado por Decisión 1/94 y el "Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa" Dec 5/92 y el "Protocolo de Medidas Cautelares" aprobado por la Decisión 27/94.

15 Los gastos que demandara el asesoramiento técnico serían soportados, en principio, por partes iguales por los Estados en controversia, pudiendo el GMC determinar otra proporción. -Art.4 párr.2-

16 El extremo de esta función política antes que procesal o cuasi-jurisdiccional de resolución de conflictos, podría visualizarse en el caso que la controversia involucrara a los cuatro países. En tal situación, por la propia naturaleza de la conciliación de intereses de todo tipo que implica conformar una Unión Aduanera, resultaría poco realista suponer que recurrir al Cap.III -Intervención del GMC- con las características y plazos en él contemplados permitiría desbaratar un conflicto de tal envergadura, y mucho menos aún si se lo utilizara como paso previo formal a recurrir al Procedimiento Arbitral del Cap. IV.

17 Existe, empero, una situación particular contemplada en el Art.6 del Anexo de Ouro Preto, en que se admite recurrir directamente al Tribunal Arbitral si una parte, ante una reclamación no contradicha, no diera cumplimiento a las medidas aprobadas por la CCM o por el GMC.

18 Sin embargo, la Dec. 28/94 estipula que el Tribunal tendrá su sede en Asunción del Paraguay. Creemos que esta norma carece de efectos prácticos ya que una disposición de un tratado, como es el Protocolo de Brasilia, no puede ser modificada por vía decisoria del CMC.

19 Cap.XIX, Anexo 1901.2 (1), relativo a la Resolución de Controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios, se incluye la siguiente frase: "...La lista incluirá, en lo posible, individuos que sean jueces o lo hayan sido..."

20 Cabe en este sentido agregar que el NAFTA sólo indica una preferencia que está lejos del carácter excluyente que tiene la norma del Protocolo de Brasilia. A mayor abundamiento, debe señalarse que en el sistema general de solución de controversias -Cap.XX del NAFTA-, que podría equipararse al régimen de Brasilia, no tiene disposición similar, sólo requiriendo "...conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional u otros asuntos cubiertos por el Acuerdo, y debe ser elegido

estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio" -Art.2009 (2)-

21 Véase el Art.21 del "Enten-dimiento...". Si bien no existe una definición de lo que debe entenderse por "prudencial", su determinación puede quedar sujeta al criterio del Organo de Solución de Diferencias ante una propuesta de la parte afectada, o bien al período que las partes acuerden entre sí. De todos modos, el "Enten-dimiento..." indica que, nor-malmente, el plazo de imple-mentación no debe exceder los 15 meses desde el estable-cimiento del grupo especial -Art.21.4-

22 Naturalmente esta hipótesis genera otras dificultades, ya que si las partes convinieran un plazo relativamente extenso, la verificación del cumplimiento debería quedar en manos del CMC o del GMC, con lo cual la solución jurisdiccional del Tribunal Arbitral podría retro-ceder a la etapa "política" del mecanismo de solución de controversias. A pesar de esta objetiva limitación, nos parece igualmente conveniente con-templar, para casos excep-cionales, la posibilidad de que las partes directamente intere-sadas en la disputa puedan convenir plazos y modos de cumplimiento progresivo del laudo. Por otra parte, no debe perderse de vista que si el Tribunal fijara un plazo de cumplimiento imposible o que, lisa y llanamente el mismo no se observara, se reabrirla inevitablemente una instancia política de naturaleza e in-tensidad indiscutiblemente más graves que la anterior.

23 En sentido similar: Enrique VERA VILLALOBOS, op.cit. pág.13

24 Véase, por ejemplo, el Art.2019 que autoriza a la parte reclamante a "suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte contra la cual se dirigió la reclamación, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la con-troversia"

25 Art.XXIII.2 del Acuerdo General, que admite que en causas graves que lo jus-tifiquen, las "PARTES CON-TRATANTES...podrán autorizar a una o varias partes contra-tantes para que suspendan...la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obli-gación resultante del Acuerdo General..."

26 Excepto en el caso de la CECA donde la Comisión está facultada para suspender el pago de sumas debidas o adoptar o autorizar a otros Estados a adoptar medidas derogatorias de las obliga-ciones emergentes del Tratado -Art.88-

27 Conforme al comentario efectuado por Etienne CE-REXHE, op.cit. pág 198, a un fallo del Tribunal de Justicia Europeo.

28 Marcelo HALPERIN, "Los particulares y el Mercosur:..."-

29 ídem

30 Conforme lo indica Juan SOLA; "Solución de Contro-versias..."

31 Desde el punto de vista del procedimiento, tampoco nos parece apropiada la solución del Art.29 de girar el asunto a un grupo e expertos. Es razo-nable presuponer que en el GMC cuatripartito, el Estado parte presuntamente infractor no dará su consenso para que así se proceda ¿qué ocurre entonces con el reclamo? ¿se pierde o puede insistirse sobre su consideración en la siguiente reunión del GMC? Por otra parte, supongamos que el GMC no admite el reclamo pero tampoco -siguiendo el lenguaje del artículo que se cuestiona- lo rechaza ¿cuál es el status jurídico de esa presentación?. Se verificaría una suerte de impasse ya que el asunto no puede ser girado al grupo de expertos (el supuesto infractor se opondría), ni

tampoco podría "rechazarse el reclamo sin más trámite" (quien presenta el asunto tampoco lo admitiría), cuya salida es de orden político, no jurídico.

32 Art.21: "Además de las funciones establecidas en...el presente Protocolo, corresponderá a la Comisión de Comercio del Mercosur la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la CCM, originadas por los Estados partes o en demandas particulares - personas físicas o jurídicas-, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos 1 o 25 del Protocolo de Brasilia cuando estuvieran dentro de su área de competencia"

33 Recuérdese que el Art.1 de dicho instrumento define el ámbito de aplicación "...controversias que surjan...sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento...del Tratado de Asunción, acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del CMC y de las Resoluciones del GMC". Por su parte el Art.25 se refiere a los reclamos de particulares originados en la "sanción o aplicación de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal" en violación de las normas indicadas en el Art.1

34 Hasta el presente se han creado 10 comités técnicos, que se ocupan de las siguientes cuestiones:

CT.1 Aranceles, Nomenclatura y Clasificación de Mercaderías; CT.2 Asuntos Aduaneros; CT.3 Normas y Disciplinas Comerciales; CT.4 Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad; CT.5 Defensa de la Competencia; CT.6 Prácticas Desleales y Salvaguardias; CT.7 Defensa del Consumidor; CT.8 Restricciones No Arancelarias; CT.9 Sector Automotriz; CT.10 Sector Textil.

35 No desconocemos el carácter de superior jerárquico del GMC, simplemente consideramos innecesario este paso.

36 Tomamos como tal al que se puso en marcha a partir del 1/1/95 ya que, como se recordará, el período previo, que se extendió desde la adopción del Tratado de Asunción -marzo 1991- hasta el 31/12/94, era técnicamente un tiempo de transición en el cual se debían definir los instrumentos principales que conformarían al Mercosur.

37 El procedimiento de realizar consultas nació junto con la CCM a fines de 1994 y surgió como una necesidad natural de los Estados Partes a fin de requerir informaciones adicionales a los socios o encaminar solicitudes de clarificación de ciertas medidas o decisiones individuales. En muchas ocasiones, el hecho de realizar una consulta a un país tuvo como efecto que el propio consultado ajustara procedimientos internos que generaban dificultades a los agentes económicos de los otros países. A la luz del éxito alcanzado en esta función "informativo-clarificadora", los cuatro países decidieron formalizar el procedimiento de consultas entre sí a través de la Directiva 6/96.

38 Piénsese por ejemplo el esfuerzo que requiere elaborar los instrumentos relacionados con el comercio intra y extra-zona de modo de liberalizar la circulación de mercancías entre los socios y buscar una protección uniforme frente a terceros países. O neutralizar los efectos distorsivos de la competencia interna que derivan de medidas nacionales en materia de transporte, los asuntos laborales, o de una alta inestabilidad monetaria como padecía Brasil durante el período de transición. Por otra parte, el establecimiento de una Unión Aduanera implica fuertes reajustes empresariales y el diseño de nuevas estrategias de producción, comercialización e inversiones dentro del territorio aduanero, aparejando necesariamente tensiones y conflictos con los actores económicos nacionales de cada Estado.

39 Véase, por ejemplo, Ana PIAGGI, "Solución de Controversias..."; Didier OPERTTI, "Revisión del sistema..."; Marcelo HALPERIN, "Comercio en el Mercosur...".

40 Ana PIAGGI, exposición citada, pág.48.

41 Didier OPERTTI, exposición citada, pág.72.

42 Alberto DAVEREDE; "Solución de Controversias...", pág. 89.

43 Alberto DAVEREDE, exposición citada, pág.89.

44 Compárese, a este efecto, la frecuencia con que se ha recurrido a los procedimientos del NAFTA -25 ocasiones (ver Cap.III) frente a la ausencia de casos del Mercosur. No debe olvidarse que tanto el NAFTA como el Mercosur entraron en vigor el 1 de enero de 1995.

45 Así se han expresado, entre otros: Héctor MASNATTA "Función del derecho...", Ana PIAGGI, exposición citada precedentemente, Horacio BERCUN, "Asimetrías, supranacionalidad ...", Susana CZAR de ZAL-DUENDO, exposición citada, e incluso, como posibilidad futura, la menciona Alberto DAVEREDE exposición citada.. Surge asimismo la opinión favorable a la constitución del Tribunal de DROMI, EK-MEKDJIAN, RIVERA, op.cit. Del mismo modo, se inclinan en favor de constituir una Corte Suprema Permanente del Mercosur, Fernando SABSAY y Roberto BLOCH; "Solución de Controversias...", pág.126.