

# **LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL MERCOSUR: ANÁLISIS CRÍTICO A DIEZ AÑOS DEL TRATADO DE ASUNCIÓN**

**JUAN CARLOS VEIGA  
MARTA ALICIA TOLEDO**

## **INTRODUCCIÓN**

Los albores del siglo XXI nos enfrenta a una América Latina inmersa en el accionar de fuerzas suprarregionales de cambio, envuelta en procesos de globalización de la economía, frente a los cuales los países de Argentina, Paraguay, Uruguay y Brasil no permanecieron como anónimos espectadores. Por ello se pretendió la incorporación a esta fenomenología mediante la gestación del MERCOSUR.

El Tratado de Asunción firmado el 26 de marzo de 1991 entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República del Uruguay, aprobado mediante ley 23.961 da un paso importante hacia la integración latinoamericana al constituir el Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR) cuyo objetivo es crear un mercado común con características propias que lo distinguen de otras formas de organización del comercio internacional

como las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras.

El objetivo era lograr el establecimiento del Mercado Común el 31 de diciembre de 1.994 contemplando un período de transición hasta dicha fecha con una determinada organización institucional.

A diez años de la suscripción del Tratado de Asunción, se ha llegado a tan ansiada meta? Evidentemente nos falta mucho camino por delante. Ya habíamos señalado en trabajos anteriores que "la tarea de integración no es fácil dadas las asimetrías existentes entre los cuatro países soberanos". Si bien existen semejanzas y paralelismos en la respectivas historias, las lenguas y hasta los sistemas jurídicos que reconocen la misma fuente romanogermánica, no puede desconocerse los puntos de divergencia económicos, como por ejemplo la composición de salarios, el tipo de cambio y la estabilidad monetaria; y jurídicos. Estas asimetrías irán desapareciendo paulatinamente mediante la negociación de los Estados partes, quienes para lograr avances en la integración en el primer caso deben abordar la armonización de políticas macroeconómicas de comercio exterior, fiscales, monetarias, cambiarias mientras que en el segundo la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes (art. 1, Tr. Asunción). Por esta difícil etapa transitamos en la actualidad.-

De esa manera, al 31 de diciembre de 1.994, puede decirse que la libre circulación intrazona es sobre un 80% del universo arancelario aproximadamente, habiéndose acordado en la reunión de Buenos Aires del 05-08-94 que el arancel externo común se alcanzará el 01-01-2.006. Lo que nos lleva a sostener que en el estado actual se ha alcanzado una zona de libre comercio imperfecta y una unión aduanera también imperfecta.

Recientemente se ha convenido la suba del arancel externo común hasta un 35%, lo que permitirá que textiles, zapatillas, indumentaria, electrodomésticos y alimentos tengan menos competencia en el mercado interno.

## **LOS LAUDOS ARBITRALES DICTADOS EN EL MARCO DEL MERCOSUR.**

En el transcurso de estos diez años desde la suscripción del Tratado de Asunción, se han generado conflictos en las relaciones comerciales de los estados miembros en especial entre Argentina y Brasil y si bien en algunos casos se han solucionado por medio de

negociaciones, tres casos han cumplido todas las etapas del procedimiento previsto en el Protocolo de Brasilia culminando con el dictado del laudo arbitral.

Así tenemos por ejemplo el reclamo de la República Argentina contra Uruguay por la aplicación del IMESI (Impuesto específico interno) a los cigarrillos argentinos que culminó con las negociaciones bilaterales. El planteo de nuestro país a la República Federativa del Brasil, por la interpretación del art. 2 de la decisión nro. 18/96 del Consejo de Mercado Común sobre el Protocolo de Defensa de la competencia del Mercosur, que culminó con la conformidad de los estados partes.

Por otra parte, más allá de las críticas que puedan hacerse a las decisiones tomadas en dichos casos, no puede desconocerse la importancia que tiene la puesta en funcionamiento del sistema de arbitraje. Constituye sin duda un paso más en el proceso de integración, a través del cual se afianza el derecho comunitario que supone no sólo la existencia de un ordenamiento jurídico sino también de jurisprudencia que se forma con motivo de su interpretación.

El primer laudo se dicta en fecha 28/04/99 y surge con motivo de la reclamación efectuada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil por haber adoptado unas medidas (circulares sobre licenciamiento para importaciones) que en su opinión constituirían restricciones no arancelarias a la libre circulación de mercaderías. Concretamente la reclamación de nuestro país se refería a la aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco en virtud de las disposiciones contenidas en los Comunicados nro. 37/97 de diciembre de 1.997 y nro. 7/98 del 20 de febrero de 1.998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) del Brasil referente a la aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco. Desde el punto de vista procesal, se desarrollan todos los estadios formales (constitución del tribunal, designación del presidente, adopción de reglas de procedimiento). Desde el punto de vista de los principios sustanciales que se consagran en el laudo, se sienta expresa que las normas del MERCOSUR tanto originarias como derivadas constituyen un conjunto normativo. Reconoce que los estados han asumido la consecución de objetivos y fines no sólo expresos sino también implícitos. Se resaltan los principios de Pacta sunt servanda y de buena fe en el cumplimiento de los Tratados. Este principio es de gran relevancia sobretodo teniendo presente que a

la fecha sólo la República Argentina ha conferido carácter constitucional a los Tratados celebrados con otros estados. Expresamente el Tribunal arbitral sostiene que “el T.A. va más allá de un tratado marco, constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un derecho directivo sobre bases jurídicas generales y un derecho operativo constituido sobre compromisos concretos”. Se declaran incompatibles con el ordenamiento jurídico del Tratado de Asunción “las medidas unilaterales de los estados partes en las materias en las que la normativa requiera procedimientos multilaterales. En la tarea de interpretación se utilizan principios como los del enfoque teleológico o finalista a partir de los fines y objetivos del Tratado, que son construcciones de raíz comunitaria europea. Sin embargo se reconoce que nuestro sistema de integración tiene aún parámetros todavía tenues de supranacionalidad, tal y como se concibe en el sistema europeo. También se utiliza la doctrina del “efecto útil” según la cual las disposiciones del derecho comunitario son mandatos en algunos casos con efecto inmediato es decir inmediatamente operativas, autoejecutables en palabras del Tribunal, que tienen como finalidad la concreción del mercado común debiendo toda interpretación dirigirse a tal cometido.

El segundo laudo se dicta el 27 de setiembre de 1.999. El tribunal ad-hoc estaba compuesto por los Dres. Atilio Alterini (Argentina), Luis Olavo Baptista (Brasil) bajo la presidencia de Jorge Peirano Basso (Uruguay). El reclamo fue efectuado por la República Argentina al Brasil sobre la violación de la obligación de garantizar las condiciones equitativas emergentes de las normas comunitarias. Concretamente se solicitaba la corrección de los subsidios brasileños a la exportación de carne de cerdo invocando la dec. CMC Nro. 10/94 (sobre armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por los países integrantes del Mercosur) y las normas de la OMC. Así se planteó: 1) Los beneficios de la CONAB sobre la venta a pérdida de los granos de maíz a los productores de carne porcina: Según nuestro país este sistema de Stocks público de maíz (almacenamiento) permite neutralizar en el mercado interno, los períodos de aumento del precio internacional del cereal a través de la liberalización de la producción acopiada por lo que se trataría en realidad de una transferencia de fondos públicos al sector exportador. 2) Las ventajas del PROEX a los exportadores brasileños: consistente en una intervención financiera directa del Gobierno brasileño a través del pago a los bancos que financian la venta externa, del diferencial entre

la tasa libor (interés internacional) y un índice fijado por el Banco Central con fondos del Tesoro Nacional. 3) el provecho financiero obtenido mediante el uso de anticipos de contrato de cambio (ACC) y anticipos de contratos de exportación (ACE), que si bien responden se refieren a operaciones entre bancos y exportadores reciben el incentivo del estado mediante la reducción de cargas fiscales a la banca y la eliminación del encaje bancario. En segunda instancia la Argentina agregó nuevos argumentos referidos al ACE e introdujo nuevo reclamo referido al IPI (crédito presunto del impuesto a los productos industrializados) a través del cual el Gobierno brasileño restituye a los exportadores el pago de ciertas contribuciones de seguridad social que por ser cargas sociales no pueden ser objeto de devolución, según lo establecido por las normas del Mercosur (CMC dec. nro. 10/94).

Estos últimos temas no fueron tratados por el tribunal atento a que se consideró que el objeto de la controversia se determina al comienzo del proceso con las negociaciones diplomáticas.

Se decidió por mayoría no hacer lugar al reclamo presentado por la República Argentina relativo a la aplicación del CONAB por el Brasil.- Por unanimidad declarar procedente la reclamación de la República Argentina con relación a la utilización del Programa de Financiamiento para Exportadores (PROEX). Por unanimidad no hacer lugar al reclamo de la Argentina con relación a los mecanismos del ACC y ACE aplicados por el Brasil.

En los considerandos del laudo se trataron aspectos de procedimiento en los cuales se pone énfasis en que el mismo se compone de tres etapas necesarias y sucesivas. Se señala que se aplican las reglas y principios generales en materia jurisdiccional, razón por la cual cuando el reclamo proviene de un particular, las partes deberán probar sus afirmaciones no bastando se alegue la sanción o aplicación de una medida legal o administrativa de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal por cualquiera de los Estados partes sino que además debe probarse la existencia o amenaza de un perjuicio derivado de la violación. En el primer laudo en cambio, el Tribunal admitió la posibilidad de admitir un reclamo sin necesidad de acreditar la existencia o amenaza de daño, por lo que bastaría la sólo existencia de normas nacionales incompatibles con el sistema jurídico del Mercosur.

Con respecto al marco normativo se recuerda que las fuentes normativas del Mercosur derivan tanto de los Tratados constitutivos

como del derecho privado. Así se cita el art. 19 P.O.P. señalándose que la aplicación del Tratado de Asunción debe realizarse integrándose con normas y principios de derecho internacional.

Se fijan las pautas que determinan el objeto de la litis remitiéndose al primer laudo arbitral (18/04/99, nro. 53): "...no puede añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y contestación ante el Tribunal deben ajustarse a esa regla". Se expresa que si se admitiera en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior se violentaría la letra y el espíritu del procedimiento de solución de controversias del MERCOSUR.

Se determina el marco jurídico aplicable para luego entrar a efectuar consideraciones técnicas sobre los subsidios y analizar los reclamos concretos.

El tercer laudo se dicta el 10/03/00 integrándose el tribunal arbitral ad-hoc por los árbitros Gary N. Horlick de los Estados Unidos como presidente, Dr. José Carlos de Magalhaes de la República Federativa del Brasil Dr. Raúl E. Vinuesa de la República Argentina. El reclamo es efectuado por el Brasil que afirma que la resolución nro. 861/99 de la Argentina que establece cupos anuales sobre textiles de algodón de Brasil es una medida contraria e incompatible con el libre comercio, que la medida tiene carácter discriminatorio porque favorece a otros países fuera de la unión aduanera en detrimento de Brasil siendo incompatible con las condiciones establecidas en el Acuerdo sobre Textiles y Vestidos (ATV) de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Frente a esta posición la República Argentina sostuvo el argumento de que aún después del régimen de adecuación final alcanzado al 01 de enero de 1.999, la integración de los productos del sector textil es solamente parcial y por lo tanto no existe una política interna común sobre el comercio de textiles, en suma esta situación crea un vacío jurídico. La fundamentación del Tribunal ad-hoc se construye sobre la premisa de que el Tratado de Asunción en su anexo IV art. 5 excluyó el uso de salvaguardias en el Mercosur, a partir de la finalización del período de transición 31 de diciembre de 1.994. Salvo que hubiere una decisión en contrario adoptada por consenso de todos los estados miembros.

En los considerandos, el tribunal arbitral entra a examinar: brevemente el procedimiento seguido en etapas anteriores, el objeto de la controversia, marco normativo y objetivos del MERCOSUR para lue-

go tratar el reclamo específico. En la determinación de las fuentes de derecho aplicables se remite a lo establecido en el art. 10 párr. 1 del Protocolo de Brasilia, en especial los principios de derecho internacional. En el presente caso el Tribunal utilizó los principios establecidos en la Convención de Viena de 1.969 que refiere principios de costumbre de derecho internacional. Asimismo se hace referencia al método teleológico: "...el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las partes..." Finalmente se adoptó como decisión: a. Por unanimidad el tribunal decide que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de controversia. B. Por unanimidad que la resolución nro. 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina, los actos administrativos que en su consecuencia fueron implementados no son compatibles con el Anexo IV del Tratado de Asunción ni con la normativa MERCOSUR en vigor y por lo tanto deben ser revocados.

En el análisis crítico formulado a estos laudos se ha sostenido que entre el primer y segundo laudo es palpable la diferencia entre ellos respecto a la naturaleza y características del derecho del Mercosur, el papel pasivo asignado a los particulares cuando el reclamo proviene de este sector, la falta de reglas fijas en cuanto al procedimiento, la validez de los laudos, la inconveniencia de la formación de tribunales ad-hoc.

Frente a estas posturas debemos decir, en primer lugar si bien es cierto debe rescatarse la importancia del primer laudo en tanto y en cuanto en forma extensa determina las fuentes del Derecho del Mercosur e incursiona en el método teleológico al cual acuden los tribunales ad-hoc siguientes. No por ello debe descalificarse el marco normativo del cual parten los laudos siguientes. No hay contradicción alguna pues se recurre en los últimos casos a los principios del derecho internacional fuente expresamente contemplada en el Protocolo de Brasilia (art. 19).

La crítica por la falta de protagonismo de los particulares en los casos en que el reclamo provenga de este sector, es en un todo justificada. Como se ha dicho la suerte de su reclamo queda inexorablemente unida a la actitud del Estado en todas las etapas del P.B. Propiciamos que el particular -persona física o jurídica- participe activamente en todas las fases (negociaciones y procedimiento arbitral) estando facultado para efectuar alegaciones ampliatorias a la del Estado

miembro así como ofrecer pruebas. Utilizando términos procesales, sería una suerte de litisconsorcio facultativo.

Con respecto al tema de la validez de los laudos, debemos recordar que el Juez competente en los conflictos surgidos en el marco de Mercosur, es el Tribunal Arbitral, en base a lo expresamente previsto por el art. 8 del Pr. De Brasilia donde los estados reconocen como obligatoria ipso iure y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el protocolo. En consecuencia los laudos son obligatorios e inapelables para los Estados partes en controversia a partir de la notificación y tienen con respecto a ellos, fuerza de cosa juzgada (art. 21 Pr. De Brasilia).

La falta de reglas fijas de procedimiento así como los conceptos diferentes a que pueden arribarse, son una consecuencia natural de la conformación de tribunales ad-hoc. Hasta tanto no se instituya un tribunal permanente, las interpretaciones sobre el derecho comunitario pueden variar. Basta observar lo que ocurre en el tema de la delimitación del objeto de controversia: En el primer y segundo laudo se fija como regla que el objeto del reclamo debe estar determinado en las primeras fases del procedimiento, concretamente en la etapa de las negociaciones.

Así en el primer laudo se expresa: "Es claro que tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, impone que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y contestación ante el Tribunal, deben ajustarse a esa regla". En el segundo laudo el Tribunal expresaba: "El objeto de las controversias entre Estados...se determina cuando el Estado reclamante presenta su reclamación y el Estado reclamado contesta aceptándola total o parcialmente o rechazándola. Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas...". Como consecuencia de ello, se rechaza el reclamo argentino relativo al IPI (crédito presunto del impuesto a los productos industrializados) mientras que en el tercer laudo ante una consideración de la República Argentina sobre el objeto definido por Brasil como reclamo e inconsistente en las etapas previas, el Tribunal recuerda que el art. 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia dispone: "El objeto de la controversia entre Estados y de los reclamos

iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta no pudiendo ser ampliado posteriormente". Entonces nos preguntamos: ¿el objeto del reclamo debe estar delimitado al comienzo de las negociaciones o al inicio del procedimiento de arbitraje? Dos son las interpretaciones que puede darse a esta norma. En la concepción del Tribunal del segundo laudo, si se admitiera en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la etapa anterior, se estaría aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral, lo cual violentaría la letra y el espíritu del procedimiento de solución de controversias del Mercosur. Más debe tenerse presente que la naturaleza comercial de las controversias que surgen entre los estados miembros, exigen una pronta solución. Que la implementación de las etapas de negociaciones previas y la de intervención del Grupo Mercado Común (Protocolo de Brasilia arts. 2),3),4),5) y 6) tienen por finalidad que las partes negocien, lleguen a un acuerdo lo más rápido posible aún cuando deban desistir de algunos puntos contradichos y aceptar otros. Sin embargo, como ya lo sostuviéramos en trabajos anteriores estas etapas son innecesarias, debiendo el arbitraje caracterizado por la simplicidad en las forma procedimentales, constituir la única instancia de solución de conflictos. Consecuentemente el objeto de controversia podría ser ampliado al llegar a la etapa del arbitraje (equivalente jurisdiccional) y con ello no se afectaría el derecho de defensa de los estados toda vez que el procedimiento de arbitraje debe estar integrado por estadios formales básicos: reclamo, traslado al estado respecto del cual se formula la denuncia, audiencia, período de pruebas, en especial paneles de expertos; uniformados todos ellos por los principios de contradicción y de economía procesal.

## CONCLUSIÓN

En suma, el funcionamiento de los medios de solución de controversias previstos en el Protocolo de Brasilia está demostrando la voluntad política de los estados miembros en afianzar la unión aduanera imperfecta de suerte de seguir avanzando hacia la constitución del ansiado mercado común, a partir de la formación de una legislación comunitaria (Tratado de Asunción, Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, decisiones del C.M.C., resoluciones del G.M.C.) y de una interpretación de la misma.

Aún así somos conscientes de que la maduración institucional depende en gran medida del grado de homogeneidad política y económica. De ahí que uno de los objetivos que deben cumplirse para la concreción del Mercado Común sea el de “adoptar una política comercial común, armonizar las políticas macroeconómicas y sectoriales de comercio exterior, fiscal, monetaria y cambiaria”.

Por ello si bien con anterioridad nuestra postura fue la de bregar por la implementación de un tribunal permanente para la solución de conflictos, así lo sostuvimos en el despacho en minoría en el seno de la comisión nro. 7 en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, setiembre de 1.993), el cual además fue coincidente con las conclusiones de la comisión nro. 9 de las mismas Jornadas en cuanto proponían: “La creación de un órgano jurisdiccional supranacional que garantice la aplicación del derecho comunitario a través de mecanismos de implementación ágiles y operativos y que asegure la supremacía de la legislación comunitaria sobre la legislación nacional que le sea contraria”(Dres. Felix Trigo Represas y Efraín Hugo Richard). No podemos hoy, reprobar la aplicación del sistema de arbitraje ad-hoc para la solución de controversias, el cual ha demostrado las bondades que tiene el ejercicio de la función jurisdiccional en esta etapa de transición al consagrar en todos sus laudos la supremacía del Derecho Comunitario.

Sí consideramos, que en un largo plazo cuando se arribe a la siguiente etapa de integración, podrá ser factible la constitución de un Tribunal permanente porque sólo entonces MERCOSUR habrá evolucionado hacia una uniformidad política, económica y jurídica que permita la creación de un órgano jurisdiccional supra-nacional que garantice la aplicación de un orden jurídico comunitario y asegure la supremacía de la legislación comunitaria.

## **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

1. FERNÁNDEZ REYES, Jorge: “Evaluación de los mecanismos de solución de controversias”, Revista de Derecho del Mercosur”, nro. 4, agosto 2.000, pág. 139.
2. “Laudo del Tribunal Arbitral ad-hoc del Mercosur, constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo” en Revista de Derecho del Mercosur, nro. 1, febrero de 2.000, pág. 155.

3. Alejandro Daniel PEROTTI: *"El segundo fallo arbitral del Mercosur o el amargo despertar de nuestro sistema de Solución de controversias"*, Revista de Derecho del Mercosur, nro.2, abril de 2.000 pág. 121.
4. DO CARMO PUCCINI CAMINA, María: *"Los laudos arbitrales del Mercosur y la jurisprudencia de las Comunidades Europeas"*, Revista de Derecho del Mercosur, nro5 octubre de 2.000, pág. 168.
5. Gualtiero Martín MARCHESINI: *"El arbitraje como método de solución de controversias en el Mercosur"*, Revista de Derecho del Mercosur, nro.3 junio de 2.000 pág. 107.
6. PEROTTI Alejandro Daniel: *"Breves apuntes sobre el Primer laudo arbitral del Mercosur"*, Revista de Derecho del Mercosur, nro. 3 junio de 2.000, pág. 122.
7. DE MARTINOLI Amalia Uriondo: *"Los laudos arbitrales y sus aportes"*, Revista de Derecho del Mercosur, nro.6 diciembre de 2.000, pág. 161.