

## **EXAMEN ESPECIAL**

**AL SEÑOR MINISTRO DE RELACIONES  
EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL  
Y CULTO**

**Dr. Jorge TAIANA**

En uso de las facultades conferidas por el artículo 118 de la Ley 24.156, la AUDITORIA GENERAL DE LA NACION procedió a efectuar un examen en el ámbito de las áreas de la jurisdicción nacional y de la Sección Nacional de la estructura Mercosur que dependen del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, con el objeto que se detalla en el apartado 1.

### **1- OBJETO DE AUDITORIA**

Análisis de la eficiencia, eficacia y economía con que las Secciones Nacionales de las estructuras del Mercosur resuelven los conflictos que se plantean en el marco de lo establecido por el Protocolo de Brasilia, el Protocolo de Olivos y el anexo al Protocolo de Ouro Preto para las relaciones entre los países miembros del Mercosur y el Acuerdo sobre Arbitraje Internacional Comercial entre los países miembros del Mercosur, Bolivia y Chile. Se hará énfasis en la totalidad de los conflictos planteados en el marco de los Protocolos de Brasilia y Olivos, y en lo atinente a los productos cárnicos y frutas en relación con el Protocolo de Ouro Preto y el Acuerdo sobre Arbitraje Internacional Comercial entre los países miembros del Mercosur, Bolivia y Chile.

### **2- ALCANCE DEL EXAMEN**

En cumplimiento de la decisión conjunta de la Organización de las EFS de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile, conforme lo acordado por la Comisión Mixta en su reunión del 23 de octubre de 2003, en los términos del Acta de Buenos Aires, se procedió al examen de la eficiencia, eficacia y economía de las actividades llevadas a cabo por las áreas del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y del Ministerio de Economía y Producción relacionadas con la resolución de conflictos en el ámbito del Mercosur, suscitados entre los Estados miembros del sistema de integración y éstos con Bolivia y Chile en los que la República Argentina haya resultado parte reclamante o reclamada. Con relación a las controversias planteadas con los países de Bolivia y Chile se han analizado exclusivamente, las suscitadas entre Estados tramitadas bajo los regímenes de solución de controversias relacionadas con los Acuerdos de Complementación Económica N° 35 y N° 36 y el Entendimiento relativo a las normas de procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio y no entre particulares, por lo que no se incluyeron en el análisis las tramitadas en virtud del Acuerdo sobre Arbitraje Internacional Comercial entre los países miembros del Mercosur, Bolivia y Chile, que es aplicable a cuestiones surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado.

Los procedimientos utilizados en el presente examen se ajustan a lo indicado en la matriz aprobada en la precitada reunión habiéndose realizado los siguientes análisis y practicado los procedimientos indicados.

1– Análisis normativo de la estructura orgánico funcional de la jurisdicción nacional interviniente en la operatoria a fin de verificar:

- la determinación de áreas específicas relacionadas con la defensa de la República Argentina frente a conflictos jurisdiccionales o no, suscitados con los países del Mercosur y con Bolivia y Chile.
- la existencia de normas de procedimientos que regulen la actividad auditada: secuencias, plazos, competencia, interrelacionamiento, registro y archivo.

2- Análisis diacrónico de la normativa en el ámbito del Mercosur, Bolivia y Chile en materia de solución de controversias.

- la recopilación de las fuentes generales de derecho internacional que regulan la materia de solución de controversias entre Estados y de las fuentes particulares de derecho internacional que regulan en este aspecto a las relaciones de los Estados miembros del Mercosur y con Bolivia y con Chile.

3- Análisis de los conflictos planteados entre los Estados Parte del Mercosur y con Bolivia y con Chile, en los que la República Argentina se encuentra involucrada a fin de realizar:

- el relevamiento y seguimiento de la totalidad de los conflictos suscitados durante la vigencia del Protocolo de Brasilia y el Protocolo de Olivos que regulan el procedimiento relativo a la solución de controversias entre los países del Mercosur.
- el relevamiento y seguimiento de los conflictos planteados entre los Países del Mercosur, con Bolivia y con Chile durante la vigencia de los Acuerdos de Complementación Económica –ACE 36 respecto de Bolivia y el ACE 35 respecto de Chile- y sus Protocolos sobre Régimen de Solución de Controversias.
- el relevamiento y seguimiento de la totalidad de las controversias planteadas entre los Países del Mercosur y entre éstos con Chile y con Bolivia durante la vigencia del Entendimiento de Solución de Diferencias –ESD- de la OMC.

- el relevamiento de la totalidad de las reclamaciones en el ámbito del Mercosur sometidas a instancias no jurisdiccionales en los términos del Anexo al Protocolo de Ouro Preto “Procedimiento General para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur”.

De los relevamientos y seguimientos efectuados se analizó la existencia y el cumplimiento de los principios atinentes al debido proceso en las normas y durante la sustanciación de los procedimientos. En este sentido se han tenido en cuenta para ello el derecho de ser oído de las partes, la posibilidad de ofrecer prueba a los efectos de hacer valer sus derechos, la existencia de una instancia recursiva, como así también se tuvieron en cuenta los tiempos promedio de trámite y el nivel de cumplimiento de los laudos.

A continuación se detallan los procedimientos utilizados:

- Entrevistas semiestructuradas en las áreas encargadas del desarrollo de las actividades auditadas.
- Relevamiento de las actividades desarrolladas por las áreas auditadas relacionadas con la tramitación de las controversias.
- Relevamiento de conflictos.
- Relevamiento y compulsas de normas internacionales, comunitarias y nacionales.
- Relevamiento de actas de los órganos del Mercosur y de documentación emanada de la OMC disponibles en los sitios oficiales de Internet.
- Cotejo de documentación respaldatoria de la gestión comunitaria y gubernamental.

Para ello se examinaron las actividades llevadas a cabo por las siguientes áreas:

-Dirección Mercosur interviene en las controversias tramitadas en el ámbito del Protocolo de Brasilia, del Protocolo de Olivos y del Anexo al Protocolo de Ouro Preto.

-Dirección de Integración Económica Latinoamericana -DIELA- interviene en las controversias tramitadas en virtud de los acuerdos internacionales protocolizados en ALADI, en este caso los Protocolos y Anexos de Solución de Controversias de los Acuerdos de Complementación Económica -ACE- 35 y 36, entre el Mercosur con Chile y con Bolivia respectivamente.

-Dirección de Solución de Controversias Económicas Internacionales –DISCO-, cuya competencia es llevar adelante el procedimiento ante la OMC.

-Dirección Mercosur e Integración –Subsecretaría de Política y Gestión Comercial de Ministerio de Economía-, interviene en las controversias tramitadas en el ámbito del PB y P O.

Las tareas propias del examen han sido ejecutadas en el período comprendido entre el mes de octubre de 2004 y el mes de mayo de 2005.

### **3- ACLARACIONES PREVIAS**

Resulta del caso poner de relieve ciertas características del circuito bajo análisis por su marcada incidencia en la definición de las áreas, objeto y alcance de la labor encomendada.

Corresponde tener presente que el circuito analizado se nutre de tareas desarrolladas en el ámbito nacional de cada uno de los Estados Partes como asimismo de aquellas realizadas dentro del ámbito comunitario. Debido a esto el expediente original que se constituye en el sustento documental de este accionar se encuentra físicamente ubicado en la Secretaría Mercosur, por lo tanto el equipo de auditoría ha desarrollado su labor compulsando copia de la documentación archivada en cada una de las áreas relevadas.

#### **4- COMENTARIOS Y OBSERVACIONES**

El análisis de las cuestiones de auditoría contempladas en la matriz de planeamiento permitió obtener las apreciaciones que a continuación se detallan en función de los problemas enunciados en aquel documento. Estos problemas y las premisas detalladas acerca de lo que el análisis permitiría decir se transcriben para facilitar la exposición del informe.

- **En relación con el Problema 1:** “En qué medida la aplicación del régimen soluciona efectiva y oportunamente las cuestiones planteadas.”

##### **A- La pertinencia del régimen para dirimir los conflictos.**

El esquema bajo el cual funciona el sistema de solución de controversias entre los países del Mercosur se compone de diferentes etapas, en caso de no arribar a una solución. La primera la constituyen las negociaciones directas entre los Estados, posteriormente una etapa en el Grupo Mercado Común, que puede estar asistido por el asesoramiento de expertos previo a la formulación de su recomendación y por último la etapa jurisdiccional arbitral que consta de una o dos instancias a elección de las partes, cuyos laudos o sentencias firmes tienen carácter inapelable y obligatorio para los Estados involucrados en la controversia.

A los efectos de determinar la pertinencia del régimen para dirimir los conflictos se discriminan los planteados con los Estados Parte del Mercosur y con Bolivia y con Chile, en los que República Argentina se encuentra involucrada en el trámite. Asimismo el análisis se ha efectuado teniendo en cuenta las instancias Mercosur en las que se ha desarrollado la tramitación y el logro alcanzado. También se ponderó el tiempo promedio que insumió el desarrollo de las tramitaciones.

## **1-Conflictos entre países del Mercosur**

### **1.a. Ambito Mercosur (POP, PB, PO)**

Los comentarios que se expondrán a continuación resultan del análisis de la totalidad de las controversias a la luz de los distintos sistemas vigentes durante su sustanciación, en función de los antecedentes hallados en las áreas nacionales encargadas de su tramitación, que componen un universo de 24 causas en virtud del objeto del proceso.

1.a.1- De la totalidad de las controversias en que la República Argentina ha sido parte, tramitadas bajo los regímenes de los Protocolos de Ouro Preto –Anexo sobre Procedimiento General de reclamaciones ante la CCM- y de Brasilia -que constituyen un universo de 25 controversias en virtud de las partes involucradas- corresponde señalar que, se encuentran concluidas a la fecha el 56% de las controversias, no habiendo sido aún resueltas el 44%.

En relación con los conflictos resueltos (56%) corresponde señalar que:

- el 20% concluyó en la etapa de negociación directa en la instancia del GMC.
- el 8% concluyó por negociación durante la sustanciación del procedimiento arbitral.
- el 28% se resolvió en la última instancia del sistema mediante el dictado de laudo arbitral.

De los aún no resueltos (44%):

- el 32% se encuentra habilitado para ser sometido a la instancia arbitral. De los cuales en el 16% la República Argentina interviene como parte reclamante y en el 16% restante interviene como parte reclamada.

-el 12% se encuentra en proceso arbitral suspendido. De los cuales en el 8% la República Argentina interviene como parte reclamante y en el 4% restante interviene como parte reclamada.

Si bien lo expuesto evidencia la pertinencia de la etapa jurisdiccional, teniendo en cuenta que sólo el 20% de los conflictos obtuvo resolución en la etapa no jurisdiccional de negociación directa, resulta significativo que el 44% de la totalidad de los conflictos no se hayan resuelto por falta de impulso de las partes o por suspensión de la instancia arbitral. Asimismo de las constancias relevadas no surge la existencia de información relacionada con el estado de estos conflictos aún no resueltos.

Cabe destacar que la negociación directa en el GMC constituía una instancia obligatoria para los Estados en el marco del sistema implementado por el Protocolo de Brasilia, siendo optativa a partir del Protocolo de Olivos, intentando de este modo acelerar la resolución jurisdiccional del conflicto. Si bien en principio el PO superaría la obligatoriedad de recurrir a la instancia de negociación directa, y garantizaría a las partes la revisión y ejecución de los laudos por una instancia de revisión en relación con lo resuelto por el Tribunal Arbitral Ad hoc, el mismo no ha podido ser evaluado aún, pues la única causa en la que la Argentina es parte se encuentra en etapa inicial.

1.a.2- De las controversias sometidas a procedimiento arbitral, el 16% culminó por acuerdo de partes durante su sustanciación, el 25% se encuentra suspendido - con un promedio de tiempo de 2 años- por ausencia de impulso de las partes debido a la falta de nombramiento de árbitros para constituir el tribunal.

De la totalidad de las controversias sometidas ante un Tribunal Arbitral en 10 casos se dictaron laudos, 7 de los cuales recayeron en controversias en las que

la República Argentina ha sido parte de acuerdo se expone en el siguiente cuadro:

Reclamante	Reclamada				
	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay	Total
Argentina		3	----	1	4
Brasil	2		-----	----	2
Uruguay	1	2 <sup>(1)</sup>	-----		3
Paraguay	----	-----	-----	1	1
<b>Total</b>	<b>3</b>	5	----	2	<b>10</b>

1.a.3- De la totalidad de las siete causas en las que se dictaron laudos en las que Argentina intervino, 4 resultaron favorables, interviniendo en 3 de ellas como parte reclamante y en la causa restante, donde obtuvo laudo favorable como parte reclamada, no se ha podido ejecutar lo decidido en el laudo del órgano Jurisdiccional del Mercosur, puesto que Brasil, a pesar del carácter definitivo de los laudos, posteriormente volvió a demandar a la Argentina, por la misma causa ante el procedimiento de solución de controversias de la OMC, donde obtuvo resolución contrapuesta a la del Tribunal Arbitral constituido en virtud del Protocolo de Brasilia, cuestión que se desarrolla en punto c- " Identificar la existencia de mecanismos que salvaguarden la seguridad jurídica / derecho al debido proceso".

---

(<sup>1</sup>) Controversia sobre medidas restrictivas al comercio del tabaco y sus derivados- Laudo 5-8-05, dictado con posterioridad a la finalización de las tareas de campo.

1.a.4- Con respecto a Brasil de las cuatro controversias en que ha sido parte, dos laudos le resultaron favorables, interviniendo en uno de ellos como parte reclamante.

Respecto a Uruguay, en las cuatro causas en que ha intervenido, en tres obtuvo resultado favorable, actuando en las mismas como parte reclamante.

En la única causa que participó Paraguay como parte reclamante ha obtenido sentencia favorable.

En las controversias en las que recayeron los laudos que se encuentran incumplidos por parte de Brasil y por parte de Uruguay, corresponde señalar que la Argentina resultó vencedera, y no se han detectado constancias de que se hayan adoptado medidas compensatorias temporales, tendientes a obtener su cumplimiento en la forma que lo contempla el Protocolo de Brasilia.

De lo expuesto resulta que en el 80% de los casos la vencedora fue la parte reclamante, pudiéndose determinar que este procedimiento resultaría efectivo atento que se ha terminado dando la razón al país que reclama.

En relación con el grado de cumplimiento de los laudos arbitrales firmes a la fecha de la ejecución de las tareas de campo, corresponde señalar que en el:

- 11 % de los casos el tribunal resolvió no hacer lugar al reclamo.
- 56 % de los casos el laudo fue cumplido.
- 11% de los casos el laudo fue cumplido parcialmente.
- 22% de los casos el laudo fue incumplido.

1.a.5-Por otra parte este grupo de auditoría ha podido determinar en 25 meses el tiempo promedio que insumió la tramitación de una controversia hasta su conclusión mediante el dictado del laudo arbitral, incluyendo la etapa de la reclamación ante la Comisión de Comercio bajo el régimen del Anexo al Protocolo

de Ouro Preto en aquellos casos en los que se haya recurrido a esta instancia. Este plazo excede cinco veces el previsto en los Protocolos aplicables, que determinan como plazo máximo de trámite hasta el dictado del laudo 5 meses. No obstante cabe aclarar que del análisis de las constancias relevadas se ha detectado, en la mayoría de los casos que exceden el plazo estipulado, la existencia de prórrogas acordadas por los Estados partes del conflicto o por la inacción de la parte reclamante.

Efectuado el mismo análisis en relación con el dictado de los laudos computando el plazo insumido por el Tribunal Arbitral desde que la parte reclamante formaliza su decisión de someterlo a esta instancia jurisdiccional, ascendió a 7 meses, excediendo 2 veces el plazo previsto en el Protocolo de Brasilia que establece como máximo 3 meses. En la mayoría de los casos que se exceden en el plazo esto obedecería al tiempo insumido en la elección de árbitros. Asimismo se ha constatado que existen pedidos de prórroga por parte de los árbitros excediendo el plazo de 30 días que habilita el Protocolo de Brasilia.

1.a.6- En relación con las reclamaciones dirimidas bajo el régimen instituido por el POP, que corresponde al 64% del universo de conflictos, en las que Argentina ha sido parte, corresponde señalar que en dicha instancia sólo el 12,5% de los casos alcanzó una solución por negociación directa.

### **1.b.-Ambito de la OMC**

1.b.1- En este ámbito se han planteado dos controversias en las cuales Brasil actuó como parte reclamante. Habiéndose desarrollado el procedimiento dentro del plazo de tiempo máximo previsto en el ESD. En una de ellas obtuvo decisión jurisdiccional del OSD. Y en la otra ha sido suspendida por acuerdo de partes puesto que la controversia se solucionó sobrevinientemente en el ámbito regional (Protocolo de Brasilia), este aspecto se desarrolla en el punto c.- " Identificar la

existencia de mecanismos que salvaguarden la seguridad jurídica / derecho al debido proceso".

Se ha constatado que durante la sustanciación del procedimiento de solución de controversias en este ámbito, se han cumplido los plazos establecidos en el ordenamiento.

En cuanto al cumplimiento de los laudos no se ha podido evaluar el comportamiento de las partes en cuanto a su acatamiento, atento que respecto del único laudo producido resultó de ejecución imposible, ya que recomendaba la derogación de una norma de derecho interno, y la misma expiraba al momento del dictado de la recomendación.

## **2.- Conflictos con Chile y con Bolivia en el ámbito de los ACE N° 35 y 36 y de la OMC**

### **2.1.-Ambito Mercosur (ACE)**

De las 7 controversias suscitadas entre Argentina y Chile, sólo una ha sido sometida a la instancia regional del ACE N° 35, el resto fue dirimido en el ámbito de la OMC.

Dicha controversia se ha solucionado en la instancia no jurisdiccional establecida en el Anexo 14 del ACE N° 35 – Régimen de solución de controversias -, mediante la intervención de la Comisión Administradora con la colaboración del Grupo de Expertos, habiendo Chile dado cumplimiento a las recomendaciones elaboradas.

El tiempo insumido en la tramitación hasta el cumplimiento por parte de Chile fue de 15 meses. Corresponde señalar que el tiempo promedio de trámite establecido en el Anexo 14 es de 4 meses y medio.

2.1.1-En este caso la República Argentina no actuó como parte reclamante, sino el Mercosur en virtud de lo establecido en el art. 1° del citado Anexo, puesto que las partes signatarias no contaban en ese momento con legitimación procesal activa, este aspecto se desarrolla en el punto c.- " Identificar la existencia de mecanismos que salvaguarden la seguridad jurídica / derecho al debido proceso".

## **2.2.- Ambito OMC**

En el ámbito de la OMC se han planteado 7 causas ante la OSD, actuando en 6 de ellas la Argentina como parte reclamante. En relación con el estado procesal de las mismas cabe señalar lo siguiente:

- 1 se encuentra en trámite
- 5 concluidas de las cuales:
  - 1 (16,6%) obtuvo laudo favorable, encontrándose en trámite de negociación implementación desde el 23-10-02.
  - 4 (66,6%) concluyeron por acuerdo de partes.

En la única planteada por Chile, éste obtuvo resultado favorable en el ámbito del grupo de expertos, habiendo la república Argentina cumplido lo resuelto y en consecuencia dejada sin efecto una medida de salvaguardia.

2.2.1-En cuanto al tiempo insumido en el trámite cabe consignar que el 28,57 % de las consultas se excedió en tres meses promedio del plazo estipulado normativamente para el desarrollo de la tramitación.

**B- Determinar el grado y la naturaleza del impacto de los conflictos planteados en relación con la circulación de bienes.**

1-Corresponde señalar que esta cuestión de auditoria no ha podido ser evaluada teniendo en cuenta que la información disponible da cuenta del perjuicio que el conflicto provoca al momento de interposición del reclamo – en aquellos casos que se encuentra ponderada –. Con posterioridad a esa etapa no se cuenta con mediciones que permitan abordar la cuestión planteada.

### **C- Identificar la existencia de mecanismos que salvaguarden la seguridad jurídica / derecho al debido proceso.**

Las fuentes de derecho internacional que surgen de la costumbre y de los principios generales de derecho en la materia se contemplan a nivel general en los Protocolos de Brasilia y Olivos y sus respectivos reglamentos como así también en los sistemas de solución de controversias de la OMC y de los ACEs N° 35 y 36.

En rasgos generales tales reglas y lineamientos garantizan que cada una de las partes tenga plena oportunidad de ser escuchada y de presentar sus pruebas y argumentos y tienden a asegurar que los procesos se realicen en forma expedita a instancia de las partes.

Teniendo en cuenta el derecho de inmunidad de ejecución de sentencia que tienen los Estados Partes de los sistemas auditados, ante el incumplimiento voluntario del fallo, los regímenes habilitan un sistema de ejecución coactivo mediante la implementación de contramedidas basadas en la compensación y suspensión de concesiones u otras obligaciones.

### **1- Conflictos entre países del Mercosur**

En relación con la existencia de seguridad jurídica y el derecho al debido proceso se ha detectado en la práctica un hecho significativo, atento que se han sometido

en forma simultánea o sucesiva, causas con objeto idéntico, a dos instancias institucionales de solución de controversias. Este hecho es contrario a los principios de derecho aplicables en el ámbito internacional a nivel procedimental de litispendencia y cosa juzgada (res judicata y non bis in idem), contemplado en los Protocolos de Solución de Controversias del Mercosur (Brasilia y Olivos) en tanto disponen que los laudos son obligatorios para los países involucrados.

Es así que el 100% de las causas que Brasil ha incoado contra la República Argentina, han sido sometidas simultánea o sucesivamente a las instancias de solución de controversias dispuestas por el Protocolo de Brasilia en el ámbito regional y a la dispuesta en el ESD de la OMC en el ámbito multilateral, desactivando el segundo una vez que en el primero se fallara favorable para el país demandante.

1.1- En el 50% de estas causas Brasil demandó a la República Argentina jurisdiccionalmente ante dos instancias internacionales diferentes, a pesar del principio general de derecho que determina que la opción de un foro invalida la posibilidad de recurrir a otro por idéntica causa. En este sentido Brasil inició paralelamente dos reclamos con el mismo objeto ante dos instancias jurisdiccionales diferentes. Al obtener un laudo favorable en el ámbito del Mercosur, desactivó el proceso ante la OMC que aún no se había expedido.

En el otro 50%, Brasil presentó (25/2/02) contra la República Argentina, por el sistema de solución de controversias ante la OMC una reclamación cuyo objeto era idéntico al resuelto previamente por el Tribunal Arbitral del Mercosur.

Durante la sustanciación de esta reclamación se ha evidenciado el criterio coincidente de Argentina, como parte demandada, y de Paraguay como tercero interviniente, en el sentido que el sometimiento de un caso resuelto en el ámbito jurisdiccional del Mercosur no podía, en virtud de las normas y principios de

derecho internacional público aplicables, como el de estoppel y de cosa juzgada o res judicata, ser resuelto por otra instancia de solución de controversias internacional.

En este sentido: “Paraguay considera que de conformidad con los principios generales de Derecho Internacional Público, el caso en autos tiene carácter de “cosa juzgada”, al haber sido sometido con anterioridad al procedimiento de solución de diferencias establecido en el marco del Mercosur, en particular al desarrollado en el Protocolo de Brasilia...y que deben prevalecer en el tratamiento del caso en cuestión” (WT/DS241/R Pág. C-22). Y junto a la Argentina, que no invoca en su defensa el principio res judicata, consideran que “resulta aplicable el art. 18 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969”, que establece el principio del estoppel, al disponer que “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) Si ha firmado el tratado...a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su voluntad de no ser parte en el tratado...”. Teniendo en cuenta que dicha presentación se realizó con posterioridad a la firma el Protocolo de Olivos el 18-2-02 que contempla expresamente el principio de opción de foro.

Por ello, más allá de lo establecido por el Protocolo de Brasilia en relación a que los laudos dictados son inapelables, obligatorios y tendrán fuerza de cosa juzgada (art. 21), el Protocolo de Olivos - firmado al momento de la interposición de la demanda por Brasil ante la OMC - aunque no vigente - establece expresamente “ Que una vez iniciado un procedimiento de Solución de Controversias...ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en otros foros respecto al mismo objeto...” (WT/DS241/R Pág. C-23).

En consecuencia el doble sometimiento de una causa a dos foros distintos, evidencia la no aceptación por parte de los Estados del Mercosur del mecanismo establecido, ni de sus normas y principios y un incumplimiento de los mandatos de las instituciones del Mercosur, en este caso, el Laudo de un Tribunal Ad Hoc

constituido en virtud de lo establecido en el Protocolo de Brasilia del 21 de mayo de 2001.

Como resultado de lo expuesto, los órganos jurisdiccionales del Mercosur con fecha 21/5/01 y el de la OMC con fecha 22/4/03, se expidieron mediante resoluciones que resultaron contradictorias.

Ante la OMC, el Mercosur y su sistema regional no sólo no ha sido reconocido como una instancia jurisdiccional con autoridad de cosa juzgada, sino que tampoco sus laudos como precedente, a pesar de que el art. 3 párrafo 2 del ESD establece que este sistema de solución de controversias debe resolver “de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”. Siendo en este sentido, las normas del Mercosur, parte del marco normativo que debería haber aplicado el Grupo Especial en el ámbito del ESD, como resultado de lo establecido en párrafo 3 c) del art. 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en virtud del cual habrá de tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho aplicable al caso”.

Corresponde tener presente que el grave conflicto que se hubiera planteado al momento de la ejecución de la segunda resolución alcanzada en el ámbito de la OMC, contraria a la previamente dictada por el Tribunal arbitral del Mercosur, quedó paliado atento que devino en abstracta su ejecución puesto que el plazo de vigencia de la medida cuestionada había expirado. De lo contrario contaríamos con dos resoluciones ejecutables en virtud del mismo objeto resultando por una de ellas absuelta la República Argentina y por la otra condenada. Si bien en este caso el perjuicio jurídico fue potencial, lo expuesto evidencia un precedente grave en relación con la eficiencia y eficacia del sistema de solución de controversias del Mercosur, al no ser considerados en la práctica sus laudos inapelables y obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de

la respectiva notificación y con fuerza de cosa juzgada según lo establecen los arts. 21 y 26 de los Protocolos de Brasilia y Olivos respectivamente.

La falta de seguridad jurídica que esta práctica origina, además resulta dilatoria en la resolución del conflicto que por las características de las cuestiones que se dirimen revisten el carácter de urgentes.

La práctica expuesta y su falta de tratamiento en el ámbito institucional del Mercosur de las conductas observadas que atentan contra la efectividad del sistema, sobre todo teniendo en cuenta que el 50% de los estados miembros (Paraguay y Brasil) intervinieron en la reclamación ante la OMC en la que se puso de relieve el problema, no existiendo constancia en la documentación relevada que los estados partes del Mercosur hayan planteado el problema a nivel cuatripartito.

## **2.- Conflictos con Bolivia y con Chile**

2.1- La única controversia a la fecha suscitada en este ámbito, lo ha sido bajo el régimen provisorio de solución de controversias, establecido en el Anexo 14 del ACE N° 35.

En este sentido, en el caso de que un estado parte “signatario” miembro del Mercosur sea reclamado o reclamante en el ámbito regional del ACE, quedaba procesalmente supeditado a la obtención de consenso con de los demás estados miembros del Mercosur, por ser éste la única parte con legitimación procesal al efecto, no existiendo reglamentación intramercosur que contemple pautas a los fines de garantizar los derechos de los Estados Partes en forma individual.

Este inconveniente ha sido parcialmente superado por los sistemas definitivos, en tanto establecen dos opciones relacionadas con la legitimación procesal. En la

primera los Estados Partes del Mercosur que actúen como reclamante pueden hacerlo en nombre propio, en ejercicio de su legitimación procesal activa.

La segunda sigue constituyendo una renuncia individual en cabeza del Mercosur del Estado a su legitimación procesal activa, quedando legitimado en el proceso para constituirse en parte reclamante el Mercosur.

En el caso que los estados del Mercosur resulten demandados, la opción de demandar al Mercosur o uno de sus estados miembros a nivel individual es ejercida por el estado reclamante.

En este sentido cuando ante el foro quede instituido como parte el Mercosur y no un Estado del Mercosur en forma individual, éste queda supeditado procesalmente al consenso de la totalidad de los estados miembros, particularmente cuando resulta reclamado o condenado el Mercosur, por un hecho atribuible a uno de sus estados miembros. En este caso la falta de consenso, sumado a la ausencia de reglamentación intramercosur, provocaría un menoscabo en la defensa de los intereses del estado sobre el cual se solicite aplicar la condena.

2.2- Asimismo ante el incumplimiento de sentencia y la aplicación de medidas compensatorias, teniendo en cuenta que los protocolos transitorios y definitivos disponen que las mismas deben ser ejercidas en los mismos sectores afectados de la otra parte, sin indicar que en el caso que la parte condenada sea el Mercosur, la medida deberá ejercerse en un estado determinado, y al no existir una reglamentación intramercosur, posibilita que tanto Chile como Bolivia puedan ejercer dichas medidas en el sector afectado en cualquiera de los estados miembros del Mercosur, hayan o no dado lugar al hecho condenado.

### **3.- En cuanto a la estructura orgánico funcional**

3.1- El análisis normativo de la estructura orgánico funcional no permite determinar las áreas intervinientes en la sustanciación de las causas. Esta dificultad se ve paliada por la existencia de un área cuya responsabilidad primaria es exclusivamente Mercosur que operó como fuente de información para determinar el resto de las áreas abocadas al tratamiento de los conflictos.

Es de destacar la ausencia de coordinación e interrelación dentro de las áreas y entre las distintas áreas a cuyo cargo se encuentra el desarrollo de tareas relacionadas con los conflictos en trámite en los que específicamente intervienen los países del Mercosur, Bolivia y Chile. Esto imposibilita la obtención rápida y oportuna de los antecedentes de las causas en trámite y en algunos casos podría llegar a afectar la estrategia a adoptar en la defensa de la causa.

El tratamiento de los casos en las áreas auditadas es llevado en forma personal e individual por el funcionario designado que tiene a su cargo la responsabilidad del seguimiento de la causa. En la Dirección Mercosur el seguimiento de la tramitación se realiza a través de Secretaría Administrativa –SECAD- y el tratamiento del fondo de la causa es asignado teniendo en cuenta la especialidad que cada funcionario desarrolla. Esta concentración de la tarea afecta la funcionalidad del trabajo en relación con el tratamiento del fondo de la causa en la medida que los funcionarios del área a cargo de las mismas, desarrollan distintas labores tales como la preparación y participación en las reuniones tanto bilaterales como comunitarias. También influye la rotación de funciones a la que están sometidos.

3.2- El archivo de la documentación respaldatoria relativa la trámite de las causas está a cargo de cada una de las áreas. Es de destacar que las mismas archivan la documentación correspondiente a la actividad nacional, no pudiéndose constatar si las mismas responden a la totalidad emitida, como así tampoco de la recepcionada.

Su archivo no responde a un orden secuencial y lógico que permita el acceso rápido a la totalidad de los antecedentes para proceder a su análisis. No se ha constatado la existencia de registros.

**-En relación con el Problema 2:** “En qué medida los regímenes impulsan la revisión de la normativa cuestionada.”

**A- Establecer si la actualización normativa implicó la remoción de los obstáculos que generaban conflicto.**

**En lo atinente al análisis diacrónico de la normativa en el ámbito del Mercosur, Bolivia y Chile**

Los métodos de solución de controversias admitidos por la Carta de las Naciones Unidas, se clasifican en diplomáticos, como la negociación directa, la mediación, la investigación y la conciliación y en jurisdiccionales, a través de la intervención de una Corte Internacional o de un Tribunal Internacional, cuyas soluciones se diferencian de las diplomáticas por su obligatoriedad.

Dentro de este marco el Anexo III del Tratado de Asunción contempló como instancias diplomáticas, la negociación directa entre las partes, la conciliación, en principio a través de la intervención del GMC, con posibilidad de investigación a través de grupos de expertos y luego con la intervención del CMC, pudiendo los órganos de la estructura del Mercosur intervinientes efectuar recomendaciones a las partes de la controversia. Dichas instancias son recogidas por los Protocolos de Ouro Preto, Brasilia y Olivos sucesivamente.

En relación con la existencia de un régimen jurisdiccional obligatorio dentro del Mercosur, el Tratado de Asunción determina la creación de un sistema que regirá durante el período de transición para la formación del Mercado Común y la

creación de un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común (que en un principio debía ser adoptado antes del 31 de diciembre de 1994), y establece una instancia jurisdiccional vinculante para las partes. Esto significa que un Estado Parte demandado ante el Tribunal Arbitral no puede oponerse a ser juzgado por el mismo, por haber renunciado a su inmunidad de jurisdicción mediante la firma de los citados Protocolos.

En este sentido el sistema vigente, para el período de transición, se encuentra reglado en el Protocolo de Olivos, para los conflictos suscitados a partir de su vigencia desde el 1° de enero de 2005, que deroga el anterior instaurado por el Protocolo de Brasilia.

Las modificaciones que introduce resultan fundamentales y mejoran sustancialmente el Protocolo de Brasilia, tales son:

- la inclusión expresa de la cláusula de opción de foro del principio general de derecho non bis in idem, que tiende a evitar que una misma controversia pueda ser sustanciada en dos ámbitos (por ejemplo MERCOSUR y OMC).

- la adopción de un sistema de revisión de los laudos arbitrales emitidos por los Tribunales Ad Hoc realizada por un Tribunal de Revisión que tiene carácter permanente. Este Tribunal Permanente de Revisión constituye la mayor innovación del nuevo sistema que consagra una doble instancia, la primera constituida por los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y la segunda por el Tribunal Permanente de Revisión, sin perjuicio de que las partes sometan la cuestión directamente ante el mismo como única instancia. Lo relevante de su existencia estaría dado por la necesidad de:

- unificar la calidad de los laudos.
- generar jurisprudencia Mercosur uniforme, lo que impediría que se susciten interpretaciones contradictorias.

- la regulación de la etapa “post-laudo”, es decir el cumplimiento del laudo y los efectos de su eventual incumplimiento (medidas compensatorias), se incluyeron varios artículos que regulan los casos de incumplimiento del laudo arbitral; cumplimiento considerado insuficiente; adopción de medidas compensatorias y facultad de cuestionar dichas medidas compensatorias cuando sean consideradas excesivas. El sistema anterior facultaba al Estado Parte que resultaba beneficiado por el laudo, y frente al incumplimiento de la otra parte, sólo a adoptar medidas compensatorias, sin regulación ni limitación alguna. En cambio el Protocolo de Olivos consagra expresamente los principios esenciales de proporcionalidad o equivalencia que deben existir entre la medida compensatoria adoptada y el perjuicio ocasionado por el incumplimiento del laudo, o la obligación de intentar que la suspensión de concesiones se efectúe de ser posible en el mismo sector o sectores afectados en la controversia.

Los particulares (personas físicas o jurídicas nacionales de los Estados Partes) no poseen legitimación activa jurisdiccional, el sistema de solución de controversias en el Mercosur contempla la posibilidad de que éstos efectúen sus reclamos ante la Sección Nacional, aportando elementos que permitan aseverar la verosimilitud de la violación o la existencia o amenaza de un perjuicio. Es entonces que el Estado, de considerarlo pertinente, asume la cuestión en nombre propio formulando el reclamo ante el GMC.

En los ACEs la instauración del sistema definitivo de solución de controversias implicó la remoción del problema que suscitaba el condicionamiento a la obtención de consenso entre los Estados Partes del Mercosur, en el caso de que uno de ellos decidiera someter un reclamo ante ese ámbito, todo ello teniendo en cuenta que el Mercosur poseía legitimación procesal activa y no sus Estados Partes individualmente. No habiendo sido aún superado el conflicto en caso de que el Mercosur sea reclamado por un hecho atribuible individualmente a un

Estado Parte o se ejecute una medida compensatoria que afecta a un Estado Parte distinto al que dio origen a la medida condenada.

## **5. – RECOMENDACIONES**

- **En relación con el Problema 1:** “En qué medida la aplicación del régimen soluciona efectiva y oportunamente las cuestiones planteadas.”

### **A- La pertinencia del régimen para dirimir los conflictos.**

#### **1-Conflictos entre países del Mercosur**

##### **1.a-Ambito Mercosur (POP, PB, PO)**

1.a.1- Incorporar documentación que permita relacionar el estado de trámite de cada una de las actuaciones, a fin de posibilitar la toma de conocimiento en forma oportuna de los motivos que impiden la prosecución de su trámite, todo ello sin que implique meritar las razones oportunidad, mérito o conveniencia que el Estado argentino pueda sostener.

1.a.2- Este comentario no es susceptible de recomendación por considerar que el mismo involucra cuestiones de orden discrecional del poder administrador en las relaciones internacionales.

1.a.3- Impulsar el tratamiento a nivel cuatripartito en relación con el incumplimiento de la normativa Mercosur, de los principios procesales aplicables a la opción de foro, de litispendencia y de cosa juzgada, como así también de los laudos arbitrales a fin de evitar el sometimiento simultáneo o sucesivo de una causa a instancias distintas y asegurar la eficacia y efectividad del sistema.

1.a.4- Realizar el seguimiento de la ejecución de los laudos teniendo en cuenta los costos y resultados favorables del procedimiento arbitral, a fin de que los mismos se cumplan en tiempo oportuno.

Evaluar técnicamente –en caso de mora- la posibilidad de habilitar el sistema de ejecución coactivo mediante la implementación de medidas compensatorias para el cumplimiento de los laudos a fin de lograr la eficacia del sistema.

1.a.5- Este comentario no es susceptible de recomendación por considerar que el mismo involucra cuestiones de orden discrecional del poder administrador en las relaciones internacionales.

1.a.6-Evaluar la pertinencia de someter las causas al régimen instituido por el POP teniendo en cuenta el escaso grado de efectividad alcanzado en la solución de las cuestiones a él sometidas.

## **1.b-Ambito OMC**

1.b.1- Impulsar el tratamiento a nivel cuatripartito en relación con el incumplimiento de la normativa Mercosur, de los principios procesales aplicables a la opción de foro, de litispendencia y de cosa juzgada, como así también de los laudos arbitrales a fin de evitar el sometimiento simultáneo o sucesivo de una causa a instancias distintas y asegurar la eficacia y efectividad del sistema.

## **2.-Conflictos con Chile y con Bolivia en el ámbito de los ACE N° 35 y 36**

### **2.1.-Ambito Mercosur (ACE)**

2.1.1- Impulsar en el ámbito comunitario el tratamiento de una reglamentación interna referida a la actuación procesal del Mercosur, en aquellos casos en que éste sea demandado por Bolivia o por Chile en relación con el aseguramiento de las garantías de una debida defensa al Estado o estados directamente involucrados.

- Proponer en el ámbito comunitario el tratamiento por vía reglamentaria, en aquellos conflictos en que haya obtenido resultado desfavorable el Mercosur, para aquellos casos que en virtud de lo dispuesto en los artículos 34 de los Protocolos de solución de controversias en el ámbito de los ACEs N° 35 y 36, Chile o Bolivia

ejercen medidas compensatorias afectando a un Estado distinto de aquel que dio motivo al dictado del laudo desfavorable, estableciendo al efecto un régimen intramercosur tendiente a compensar a dicho Estado Parte.

## **2.2.-Ambito OMC**

2.2.1- Este comentario no es susceptible de recomendación por considerar que el mismo involucra cuestiones de orden discrecional del poder administrador en las relaciones internacionales.

### **B- Determinar el grado y la naturaleza del impacto de los conflictos planteados en relación con la circulación de bienes.**

1-Este comentario no es susceptible de recomendación atento que la determinación del grado y naturaleza del impacto de los conflictos en relación con la circulación de bienes involucra una cuestión discrecional de orden administrativo.

### **C- Identificar la existencia de mecanismos que salvaguarden la seguridad jurídica/ derecho al debido proceso.**

#### **1-Conflictos entre países del Mercosur**

1.1- Impulsar el tratamiento a nivel cuatripartito en relación con el incumplimiento de la normativa Mercosur, de los principios procesales aplicables a la opción de foro, de litispendencia y de cosa juzgada, como así también de los laudos arbitrales a fin de evitar el sometimiento simultáneo o sucesivo de una causa a instancias distintas y asegurar la eficacia y efectividad del sistema.

#### **2- Conflictos con Bolivia y con Chile**

2.1-Impulsar en el ámbito comunitario el tratamiento de una reglamentación interna referida a la actuación procesal del Mercosur, en aquellos casos en que éste sea demandado por Bolivia o por Chile en relación con el aseguramiento de las garantías de una debida defensa al Estado o Estados directamente involucrados.

2.2-Proponer en el ámbito comunitario el tratamiento por vía reglamentaria, en aquellos conflictos en que haya obtenido resultado desfavorable el Mercosur, para aquellos casos que en virtud de lo dispuesto en los artículos 34 de los Protocolos de solución de controversias en el ámbito de los ACEs N° 35 y 36, Chile o Bolivia ejerzan medidas compensatorias afectando a un Estado distinto de aquel que dio motivo al dictado del laudo desfavorable, estableciendo al efecto un régimen intramercosur tendiente a compensar a dicho Estado Parte.

### **3-En cuanto a la estructura orgánico funcional**

3.1-Establecer mecanismos que permitan la coordinación e interrelación dentro de las áreas y entre éstas.

-Adoptar para el tratamiento y seguimiento de las causas la formación de grupos de trabajo o mecanismos que permitan, en forma permanente que tanto el área como los terceros legitimados accedan a la totalidad de la información relacionada con cada una de las controversias.

3.2-Adecuar los archivo existentes a un orden lógico, secuencial asegurando contar con la totalidad de los antecedentes e información relativa al estado procesal de cada una de las controversias.

-Implementar un sistema de registros que permita la obtención de información esquematizada.

**-En relación con el Problema 2:** “En que medida los regímenes impulsan la revisión de la normativa cuestionada.”

**A- Establecer si la actualización normativa implicó la remoción de los obstáculos que generaban conflicto.**

En lo atinente al análisis diacrónico de la normativa en el ámbito del Mercosur Bolivia y Chile

1-Las recomendaciones a este ítem se encuentran desarrolladas precedentemente.

## **6- CONCLUSIONES**

La resolución de controversias en el Mercosur y de éste con Bolivia y con Chile, se desarrollan bajo sistemas coexistentes, regionales, universales y bilaterales que poseen jurisdicción obligatoria en razón de la materia. Los mismos incorporan la tendencia más moderna con la que cuenta el derecho internacional en relación con la solución de controversias, a través de procedimientos de negociaciones directas no vinculantes y de procedimientos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales basados en el arbitraje y en el cumplimiento coactivo de laudos o resoluciones a través de la aplicación de medidas compensatorias

Estos sistemas a lo largo del período auditado se han ido superando normativamente en base a experiencias suscitadas en la práctica alcanzándose en este sentido un sistema de solución de controversias regional definitivo en el ámbito de los ACE, Mercosur con Bolivia y con Chile, en la forma dispuesta por los mismos. En el caso del Mercosur, si bien los Tratados constitutivos preveían la instauración de un sistema permanente antes del 31-12-94, los implementados y vigentes al momento aún son de transición.

Estos sistemas, poseen un rasgo común, ofrecen a las partes instancias directas y jurisdiccionales por lo que se asemejan a un proceso de derecho interno debido a que intervienen en la decisión del conflicto órganos imparciales y sus decisiones deben ser acatadas.

En estos sistemas internacionales los países conservan margen para negociar, durante los procedimientos. A diferencia del Mercosur, en la OMC esta posibilidad de resolución extrajudicial se mantiene aún después de dictada la resolución final para tratar de hallar una solución mutuamente satisfactoria y poner fin al procedimiento, dando posibilidad a las partes de decidir como implementar el fallo y en qué plazo.

Los sistemas del Mercosur y de la OMC contemplan la existencia de un órgano de revisión o apelación permanente, que en el caso del Mercosur posee competencia originaria de instancia única.

Los sistemas habilitan un procedimiento de ejecución coactivo de laudos mediante el establecimiento de medidas compensatorias temporales tales como la suspensión de las concesiones u otras obligaciones. No siempre se ha observado su implementación por la parte vencedora ante los incumplimientos de la condenada.

En cuanto al cumplimiento de las garantías del debido proceso existe dicotomía entre lo axiológico y la práctica.

En este sentido, axiológicamente los sistemas de solución de controversias regionales establecen en sus reglamentos, normas generales acordes a los principios generales de derecho en materia procesal y normas de procedimiento especiales fijadas por los árbitros para cada controversia, que no difieren de las establecidas por los usos.

Si bien los Estados cuentan con una multiplicidad de opciones jurisdiccionales, regionales, bilaterales o multilaterales, para resolver sus controversias, de común acuerdo o a opción de la parte reclamante, por aplicación de los principios generales de derecho aplicables a la opción de foro, de cosa juzgada y de litispendencia, tienen la obligación de optar por uno de los foros disponibles antes de activar un procedimiento. En la práctica, si bien un alto porcentaje de los laudos ha sido cumplido satisfactoriamente por los países condenados y un bajo porcentaje lo ha sido con una demora razonable y diferencias en el modo; los incumplidos por inobservancia de los premencionados principios en el orden regional, la aquiescencia de los Estados Parte del Mercosur y la consecuente falta de tratamiento en las instancias Mercosur evidenciaría una falta de reconocimiento y efectividad del sistema.

Constituye una falta grave al debido proceso el no acatamiento o ejecución de los laudos, a través del doble sometimiento institucional de las controversias bajo dos sistemas no relacionadas.

Cabe mencionar que los Estados del Mercosur, han preferido en la opción activar el procedimiento regional, en la totalidad de las causas, ante el multilateral de la OMC que en las dos únicas oportunidades en que se acudió a este foro no fue con exclusividad del mismo. A diferencia de lo que sucede entre los Estados del Mercosur en relación con Chile, donde se ha preferido la vía jurisdiccional de la OMC a la regional prevista en el ACE nro.35, esto teniendo en cuenta que no existieron casos con Bolivia.

## **7.- LUGAR Y FECHA**

## **8.- FIRMA**

## ANEXO

### **REGIMEN DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL AMBITO DEL MERCOSUR Y CON BOLIVIA Y CHILE**

El marco regulatorio relacionado con la solución de los conflictos que se planteen en el ámbito de Mercosur entre los Estados Parte y los particulares con uno o más de los Estados Parte en relación con la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, se encuentra circunscripto a lo dispuesto en el Anexo al POP en cuanto a las reclamaciones y al Protocolo de Brasilia actualmente derogado por el Protocolo de Olivos en relación con las controversias.

#### 1. REGIMEN DE LAS RECLAMACIONES

##### ANEXO AL PROTOCOLO DE OURO PRETO

Según los arts. 1 y 2 las reclamaciones deben ser planteadas por los Estados Parte o particulares (personas físicas o jurídicas) ante la Sección Nacional de la Comisión de Comercio que ejerce la PPT, la que tomará las providencias necesarias para la incorporación del tema en agenda de la próxima reunión de la CCM. Ante la ausencia de decisiones al respecto la CCM remitirá los antecedentes sin más trámite a un Comité Técnico. Dicho Comité deberá expedirse mediante un dictamen conjunto sobre la materia objeto de reclamo el que servirá de base para la decisión que adopte la CCM.

En el caso de que la CCM no decida sobre la cuestión, elevará al GMC las distintas alternativas propuestas, como así también el dictamen conjunto o las conclusiones de los expertos del Comité Técnico a fin de que este resuelva la cuestión.

Existiendo consenso sobre la procedencia de la reclamación el Estado Parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en los plazos determinados por la CCM o el GMC según el caso. Vencido el mismo sin que el Estado reclamado haya cumplido con la decisión adoptada, el Estado reclamante podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral instaurado para la solución de controversias -Protocolo de Brasilia actualmente derogado por el Protocolo de Olivos-.

## 2. REGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

### 2.1. PROTOCOLO DE BRASILIA

Los Estados Parte deberán resolver sus conflictos mediante negociaciones directas que informarán al GMC a través de la SM.

El fracaso de esta instancia o la resolución parcial del conflicto habilita a cualquiera de los Estados Parte someter la cuestión a consideración del GMC. Evaluado el tema por el GMC, las partes pueden exponer sus posiciones. El GMC podrá contar con el asesoramiento de expertos seleccionados de una lista administrada por la SM que verificará la procedencia del reclamo formulado. Al término de este procedimiento el GMC formulará recomendaciones a los Estados Parte tendientes a la solución del conflicto.

Fracasadas estas instancias los Estados Partes pueden someter su diferendo al procedimiento arbitral reconociendo como jurisdicción obligatoria el Tribunal Arbitral que para cada caso se constituya (art. 8°).

La SM notificará a los Estados Partes involucrados, al GMC y tendrá a su cargo el desarrollo de las tramitaciones.

El Tribunal Arbitral Ad Hoc estará constituido por tres árbitros titulares y suplentes, pertenecientes a la lista registrada en la SM y conformada por los candidatos designados por cada Estado Parte. Deberán ser juristas de reconocida trayectoria. Dos de los árbitros serán connacionales de los Estados en conflicto y el tercero será elegido por acuerdo de éstos, caso contrario será elegidos por sorteo en la SM y presidirá el Tribunal.

Los Estados Partes informarán al TA las instancias cumplidas y formularán sus pretensiones basadas en fundamentos de hecho y derecho, pudiendo designar asesores y representantes para la defensa de sus derechos.

El TA podrá hacer lugar a la constitución de medidas provisionales (art. 18) ante la presunción fundada de la existencia de un daño grave e irreparable. Esta deberá cumplirse hasta el momento de dictado del laudo que deberá fundarse en la normativa vigente Mercosur y el derecho internacional, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de laudar fundado en razones de equidad (art. 19). El laudo se adoptará por mayoría fundamentado y suscripto por el Presidente y los demás árbitros siendo inapelables con fuerza de cosa juzgada (art. 21), no pudiendo constar los fundamentos de los votos en disidencia quedando obligados a mantener la confidencialidad (art. 20). Sólo son susceptibles de aclaratoria.

El incumplimiento del Laudo habilita a los otros Estados Partes a adoptar medidas compensatorias temporarias -suspensión de concesiones- (Art. 23).

Los particulares podrán optar por este procedimiento con motivo de la sanción o aplicación de medidas legales o administrativas de efectos restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, acuerdos celebrados en el marco del mismo, Decisiones del CMC, Resoluciones del GMC y Decisiones de la CCM (art. 25).

Los reclamos deberán ser presentados ante la Sección Nacional del GMC del Estado Parte, donde tengan su residencia habitual o sede de los negocios, aportando los elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y existencia o amenaza del perjuicio (art. 26).

La Sección Nacional del GMC ante la cual se interpuso el reclamo podrá entablar contacto directo con la Sección Nacional GMC del Estado al que se le atribuye la violación o elevar el reclamo al GMC sin más trámite. El GMC resolverá acerca de los fundamentos expuestos ante la Sección Nacional, determinará la procedencia del reclamo y convocará a un grupo de expertos que dictaminará sobre el fondo de la cuestión, previa exposición de las partes (particular y Estado reclamado), si consideraron admisible el reclamo, cualquier otro Estado Parte puede requerir la adopción de medidas correctivas o anular las medidas cuestionadas, en caso que este requerimiento no prospere dicho Estado puede recurrir directamente al procedimiento arbitral.

Por último corresponde señalar que este Protocolo establece un sistema de preclusión procesal, unificación de personería en caso que dos o más Estados tengan el mismo interés en la controversia, y faculta al Tribunal Arbitral para dictar sus propias normas de procedimiento que deberán garantizar el derecho de las partes de ser oídas, derecho de defensa en juicio y respetar el principio de economía procesal.

## 2.2. PROTOCOLO DE OLIVOS

Establece como vías de solución de los conflictos en primera instancia las negociaciones directas. Innovando sobre el procedimiento anteriormente vigente establecido por el Protocolo de Brasilia en cuanto a la intervención sucesiva y de agotamiento previo del GMC y el Tribunal Arbitral –en el caso de que optare por esta vía como instancia jurisdiccional-.

Posibilidad de sometimiento al término de las negociaciones directas ante el GMC, por parte de un Estado ajeno a la controversia de la cuestión sometida ante el Tribunal Arbitral por los Estados Parte. En este caso para el GMC es facultativo emitir comentarios o recomendaciones al respecto.

## Procedimiento Arbitral

- Reglamenta en forma más exhaustiva la composición, notificación y procedimiento de elección de la lista de árbitros.

Este Protocolo crea y otorga al Tribunal Permanente de Revisión dos funciones:

-Consultiva

-Jurisdiccional: interviene a opción de las partes mediante el procedimiento de revisión como órgano de segunda instancia y mediante el procedimiento de arbitraje como instancia única.

## Procedimiento de Revisión

Este procedimiento es una de las innovaciones incorporada en este Protocolo.

El laudo dictado podrá ser recurrido por cualquiera de las partes en la controversia, limitándose a las cuestiones de derecho y a la interpretación de las cuestiones jurídicas desarrolladas en el laudo, quedando por lo tanto excluidas las cuestiones de hecho y aquellas que resueltas en base al principio ex aequo et bono (equidad).

El Tribunal estará compuesto por árbitros con disponibilidad permanente designados a razón de un miembro por país y el quinto será elegido por unanimidad o sorteo realizado por la SM y ejercerán la función por períodos determinados y renovables.

Asimismo establece el funcionamiento, las formas de composición del Tribunal, las normas de procedimiento y el alcance del pronunciamiento.

Los laudos dictados por el Tribunal Arbitral Ad Hoc son susceptibles de recurso de revisión ante el TPR, con efecto suspensivo.

El art. 30 contempla la posibilidad de una nueva intervención del Tribunal Ad Hoc o del TPR en aquellos casos en que el Estado beneficiario entienda que las medidas adoptadas no dan cumplimiento con el laudo.

Establece expresamente la facultad de las partes de concluir la controversia por transacción o desistimiento, antes habilitada por la costumbre y los principios generales del derecho.

Asimismo establece el carácter de reservado de todos los documentos presentados en el ámbito de los procedimientos.

#### ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO - TRATADO DE MARRAQUECH 1994 - PROTOCOLO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

El régimen de solución de controversias del Mercosur, dispuesto por el Protocolo de Brasilia y por el Protocolo de Olivos, expresamente reconoce la jurisdicción optativa del Órgano de Solución de Diferendos de la OMC.

Al igual que los protocolos analizados, que se basaron en el sistema innovador de la OMC, en cuanto a la posibilidad de ejecutar los laudos a través de contramedidas o medidas compensatorias, contempla una etapa de negociación directa y una arbitral, que posee herramientas tales como la constitución de grupos especiales, la realización de consultas y un órgano de revisión con funciones similares a las analizadas en los protocolos del Mercosur analizados.

El procedimiento consta de dos etapas diferenciadas: una etapa de consultas formales, en las cuales los países involucrados celebran reuniones en la OMC, tratando de superar el problema; y luego la etapa del procedimiento propiamente dicho (o "procedimiento de panel"), que culmina cuando el Grupo Especial de

Ginebra (o "panel") emite su informe final. El procedimiento total dura aproximadamente un año y medio.

Este procedimiento en principio resultaría ser efectivo atento que el grupo especial casi siempre ha terminado dando la razón al país que reclama. El mero inicio de la primera etapa (las consultas formales) por el país reclamante puede persuadir al otro país (reclamado) a que reconsidere su posición y ofrezca llegar a un entendimiento.

Teniendo en cuenta que en este sistema los países conservan margen para negociar durante y luego del procedimiento del grupo de expertos para tratar de hallar una solución y poner fin al panel, para discutir como implementar el fallo o en que plazo implementarlo.

Si un país considera que tiene un interés comercial en una consulta o en una controversia sometida al grupo especial iniciada por otros países, puede pedir intervenir como tercera parte. En tal caso, podrá opinar durante el procedimiento, efectuar y contestar preguntas, a fin de que su punto de vista se vea reflejado en el fallo.

#### REGIMEN DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE LOS PAISES DEL MERCOSUR CON BOLIVIA Y CON CHILE

Se encuentran vigentes el Vigésimo Primer Protocolo adicional al ACE N° 35 Mercosur – Chile, sobre Procedimiento de Solución de Controversias y el Decimoprimer Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica N° 36 -Régimen de Solución de Controversias del Mercosur –Bolivia

Estos regímenes resultan aplicables a los conflictos que pudiesen surgir entre los Estados partes del Mercosur por un lado con la República de Chile –ACE N° 35 y con la República de Bolivia –ACE N° 36, respecto a la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en los Acuerdos de Alcance

Parcial de Complementación Económica N° 35 y 36 vigentes con las Repúblicas de Chile y Bolivia respectivamente.

Las partes, de común acuerdo, durante la etapa de negociación directa cuando se trate de prácticas desleales del comercio, podrán optar por someter la cuestión al procedimiento determinado por este régimen o al previsto en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias que forma parte del Acuerdo sobre la OMC. De no existir acuerdo, la opción del foro estará a cargo de la parte reclamante. Una vez iniciada la acción el foro se constituye en excluyente y definitivo.

En la etapa de negociaciones directas, las mismas serán conducidas, en lo que respecta al Mercosur, por la Presidencia Pro Tempore o las Coordinaciones Nacionales de los distintos GMC, de los estados signatarios y por la República de Chile, la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores (DIRECON). Respecto de la República de Bolivia través del Viceministerio de Relaciones Económicas Internacionales e Integración.

La negociación directa se inicia a solicitud de cualquiera de las partes por escrito en el que deberá expresar los motivos. Estas negociaciones no podrán prolongarse más de 30 días, contados desde la recepción de la solicitud formal pudiendo prorrogarse por 15 días. Durante la tramitación las partes podrán intercambiar información con carácter reservado. Si no se llega a una solución o sólo se resuelve parcialmente, cualquiera de las partes, podrá solicitar por escrito, que se reúna la Comisión Administradora, indicando en forma circunstanciada los hechos y los fundamentos jurídicos relacionados con la controversia.

La Comisión podrá acumular por consenso dos o más procesos cuando por su naturaleza o eventual vinculación temática, considere conveniente examinarlos conjuntamente.

Las partes en esta instancia podrán manifestar sus posiciones y aportar información adicional.

La Comisión Administradora en el marco del ACE N° 36 podrá solicitar en una etapa previa a la convocatoria del Grupo de Expertos, opiniones técnicas a fin de formular sus recomendaciones.

En ambos marcos normativos la Comisión Administradora si lo estimare necesario o a pedido de parte interesada ordenará la conformación de un Grupo de Expertos que se expedirá mediante un informe conjunto o las conclusiones de sus integrantes cuando no exista unanimidad. Este informe sustentará las recomendaciones de la Comisión Administradora. Estas recomendaciones junto con el informe de los expertos será puesto en conocimiento de las partes a los efectos de arribar a un arreglo. En caso contrario se dará por concluida esta etapa.

#### Procedimiento Arbitral

Cuando la controversia no se hubiese solucionado por la vía de negociaciones directas o la intervención de Comisión Administradora, cualquiera de las partes podrá someter la cuestión al procedimiento arbitral, lo que será notificado a la otra parte, a la Comisión Administradora, y a la Secretaria General de la ALADI.

Las partes reconocen como obligatoria la jurisdicción del Tribunal arbitral en cada caso que se constituya. El tribunal se conformará con tres árbitros provenientes de la lista integrada por expertos juristas designados por cada una de las partes signatarias, uno de los cuales presidirá dicho Tribunal no pudiendo ser nacional de las partes signatarias.

En el caso de intervención en la controversia, de otras partes signatarias, éstas deberán unificar su representación ante el Tribunal Arbitral y designarán un solo árbitro de común acuerdo.

El Tribunal Arbitral está facultado para dictar medidas provisionales.

El laudo arbitral se emitirá por escrito fundamentando la decisión tomada, debiendo los árbitros mantener confidencialidad, se adoptará por mayoría,

resultan inapelables y obligatorios, a partir de la notificación respectiva y tendrá fuerza de cosa juzgada. Las partes podrán solicitar aclaración del mismo o una interpretación sobre la forma de cumplimiento.

El incumplimiento del Laudo habilita a los otros Estados Partes a adoptar medidas compensatorias temporarias -suspensión de concesiones- (Art. 23).

El procedimiento arbitral puede concluir por desistimiento o por transacción los que deberían ser comunicados a la Comisión a los efectos de que se adopten las medidas necesarias correspondientes.

La única controversia suscitada entre Argentina y Chile tramitó bajo el procedimiento transitorio que establecía el Anexo 14 del ACE 35, que contemplaba una primera etapa de negociación directa, y en caso de no arribar a un acuerdo se podía convocar a la Comisión Administradora para tratar el asunto. Esta Comisión puede conformar un Grupo de Expertos que formulará las conclusiones que serán consideradas por la Comisión al formular sus recomendaciones. Cabe aclarar que el régimen establecido por el Anexo 14 del ACE 35 disponía en su art. 14 una vigencia de tres años a cuyo vencimiento debía establecerse un nuevo régimen que contemple el procedimiento arbitral o de lo contrario resultaría aplicable el establecido en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia. El vencimiento del plazo de tres años operó el 1 de octubre de 1999, fecha partir de la cual resultó aplicables el Protocolo de Brasilia hasta el 30 de septiembre de 2004 donde quedó finalmente establecido el régimen de solución de controversias propio del ACE 35.

Con respecto a los convenios de solución de diferencias del Mercosur con Chile y con Bolivia, los mismos fueron firmados y protocolizados en el ámbito de la ALADI, reconociendo indirectamente por aquiescencia, esta organización internacional, la personería del Mercosur en esta instancia como parte procesal.

En este sentido cabe aclarar que los convenios mencionados han sido suscritos por los países miembros del Mercosur denominándoselos a cada uno de ellos como parte signataria y al Mercosur como parte contratante. Siendo esta una cuestión sintáctica y no jurídica en la redacción de las normas internacionales en cuestión.

Sobre este aspecto jurídico, en el ámbito internacional, no existe diferencia en cuanto a la responsabilidad de los estados como sujetos de derecho internacional, pues cada uno de ellos se encuentra obligado individualmente por cada una de las normas del tratado. Los estados contratantes, en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, no podrán eximir su responsabilidad individual, ante el incumplimiento del Mercosur como parte contratante, puesto que su personería se encuentra limitada a lo establecido por sus normas constitutivas, en su carácter de organismo internacional.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 (vigor 1980) establece expresamente que “todo acuerdo celebrado por escrito entre estados es un tratado” y que “los estados quedan obligados”.

En este sentido es importante aclarar que al no ser el Mercosur un organismo supranacional con facultades delegadas más amplias que las que figuran en los tratados constitutivos de Asunción y posteriormente por el Protocolo de Ouro Preto, son parte contratante cada uno de los países miembros que responden individualmente, puesto que en este sentido el acuerdo regional para terceros estados, salvo reconocimiento expreso, no es oponible.

Por último si bien existe en el ámbito de la ONU una Convención sobre Derecho de Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones Internacionales, que la República Argentina ha ratificado por Ley 23.782 (1990), la misma no sólo no ha entrado en vigor, por falta de ratificaciones

necesarias, sino que establece especialmente que "Las disposiciones de la presente Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que pueda surgir en relación con la creación de obligaciones y derechos para los Estados miembros de una organización internacional en virtud de un tratado en el que esa organización sea parte" (artículo 74 acápito 3.).