

PRIMER LAUDO ARBITRAL DEL MERCOSUR

por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini.

Doctor en Ciencias Jurídicas. Académico de Paestum, Salerno, Italia (1989). Miembro del Comité Académico de Posgrado del C.A.L.Z. Arbitro de la Sala de Derecho Comunitario del Tribunal de Arbitraje Institucional del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

El 28 de Abril de 1999 se dicta en Montevideo el primer fallo arbitral del Mercosur que condena la aplicación por parte del Brasil de licencias previas no automáticas de importación.

El esquema de resolución de conflictos que utiliza el MERCOSUR, sigue reglado por el “Protocolo para la solución de Controversias, apéndice III del Tratado de Asunción” firmado en la Ciudad de Brasilia, el 17 de Diciembre de 1991 conocido con el nombre de “Protocolo de Brasilia”.

En dicho protocolo se establece que los Estados Partes de una controversia que los tenga como sujetos intentaran, ante todo, la solución por medio de *negociaciones directas* “que no podrán exceder de un plazo de quince días salvo acuerdo entre las partes”.

Si la controversia no logra, siquiera en parte una solución directa, cualquiera de los Estados Partes involucrado en las negociaciones “podrá someterla a la consideración del Grupo Mercado Común” (art. 4° item 1 del Protocolo).

El Grupo Mercado Común “evaluará la situación”, y convocará si es necesario a los expertos que integran la respectiva lista para que le den su dictamen y en un plazo máximo de treinta días concluirá “las propuestas y recomendaciones a los Estados Partes de la controversia, buscando la solución del problema” (arts. 5° y 6° del Protocolo).

Si no hubiera sido posible solucionar la controversia en las condiciones antes citadas, cualquiera de los Estados Partes podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral.

El Grupo Mercado Común que cumple una función clave en el trámite para la solución de controversias, está definido en el Tratado de Asunción, suscripto el 26 de Marzo de 1991, constitutivo de la tetralogía integrante de esta unión aduanera, como órgano ejecutivo del Mercado Común. Es esto una distorsión ya que un órgano ejecutivo no debe ejercer funciones jurisdiccionales.

Asímismo el “Protocolo del Ouro Preto” suscripto en esa ciudad Brasileña el 17 de Diciembre de 1994 entre los Estados Partes que integran el MERCOSUR, establece que las controversias sobre interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia.

Dentro de este marco legislativo se constituyó el primer tribunal “ad hoc” integrado por tres árbitros, uno por cada uno de los Estados Partes, es decir, Argentina y Brasil, y otro uruguayo que actuó como presidente.

El Tribunal Arbitral, fue convocado por la Argentina y se pronunció sobre el caso el 28 de Abril de 1999 mediante un fallo, que como dijimos al comienzo, condena la aplicación por parte del Brasil de licencias previas no automáticas de importación.

Se trata de un fallo trascendente no solo porque elimina la mencionada restricción que fuera establecida unilateralmente por el gobierno brasileño, sino porque significa la puesta en ejecución de una instancia institucional que hasta ahora no había sido utilizada, a pesar de los ocho años de vigencia del Tratado de Asunción y los casi cinco del Protocolo de Ouro Preto.

En el seno del Mercosur convivían dos concepciones opuestas; una de ellas estimaba que la aplicación de la vía de solución de diferencias pondría de manifiesto la existencia de discrepancias en la integración con lo cual se brindaría una imagen poco propicia para propios y extraños, consideraba esta tendencia que lo aconsejable era tratar de solucionar cada problema mediante la negociación; la otra concepción, por el contrario, insistía en que recorrer el camino de la solución de controversias fortalecería la integración, ya que dejaría poco margen para las políticas fácticas y desalentarían la consabida táctica de poner a la otra parte ante los hechos consumados para que solo pueda apelar a la queja y a la negociación, vías en las que suele triunfar quien exhibe mayor poder dentro de la integración.(1)

Lo trascendental de éste fallo es el hecho de que por primera vez se haya recurrido al Procolo de Brasilia, mecanismo jamás usado desde su creación en 1991 ya que todos los problemas contenciosos que se suscitaron entre los socios del Mercosur se resolvieron recurriendo a la diplomacia y a la negociación en el ámbito del “Grupo Mercado Común”, en lugar de acudir a una instancia arbitral.

El hecho de recurrir a mecanismos técnico políticos para solucionar las controversias, llegando incluso a la intervención de los presidentes, no es intrínsecamente malo o erróneo, sino que es legítimo y eficaz, pero el abuso de esas vías en detrimento de las específicamente creadas para la resolución de conflictos, como es el *arbitraje*, es perjudicial para el proceso de integración porque lo priva de un elemento vivificador por excelencia.(2)

Este fallo que nos ocupa es importante para la integración de ésta *unión aduanera* no solo porque utiliza el mecanismo de solución de controversias pactado, sino porque en sus fundamentos se determina la incompatibilidad de las licencias no automáticas impuestas por Brasil con el sistema normativo del Mercosur, al calificarlas como barreras no arancelarias al comercio intrazona.

El fallo reivindica y acrecienta la obligatoriedad para los contratantes de los compromisos asumidos en el Tratado de Asunción y sus normas derivadas llegando a la conclusión que es obligación de los cuatro países signatarios eliminar las barreras arancelarias y no arancelarias para asegurar el libre comercio, elemento ineludible de una *unión aduanera* y garantizar además la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas para constituir un verdadero mercado común.

En los fundamentos dados por los árbitros se perfila la vía jurisdiccional en la solución de controversias entre los países miembros, ya que el mismo es obligatorio e inapelable para las partes y además reafirma los compromisos del Tratado marco, o sea el de Asunción, incluso el objetivo de llegar en el proceso de integración a grados superiores como es el Mercado Común para lo cual se requiere que el imperativo de la integración rija como meta de los Estados contratantes con la eliminación de la totalidad de las barreras arancelarias y no arancelarias al 31 de diciembre de 1999, con excepción de las autorizadas por el Tratado de Montevideo de 1980, en miras a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

Este fallo ha sido calificado por Félix Peña (3), *como inteligente y oportuno*. Es *inteligente* porque *primero* privilegia el consenso, regla de oro del Mercosur; *segundo* aborda la cuestión específica con un criterio general acertado; y, *tercero* construye una

interpretación de la normativa aplicable que aprovecha al máximo los límites de lo jurídicamente aceptable conciliándolos con realidades complejas y cambiantes. Es *oportuno* también por tres razones; *primero* porque pone en evidencia que el Mercosur dispone de mecanismos institucionales que permiten responder a cuestiones específicas relacionadas con el alcance de los compromisos asumidos; *segundo* porque el hecho que una controversia fuera resuelta por una vía jurisdiccional arbitral, refuerza la imagen de un Mercosur orientado por reglas y no por la discrecionalidad de sus socios; *tercero*, porque el hecho que considera que las restricciones no arancelarias deben estar plenamente eliminadas al completarse el régimen de adecuación el 31 de Diciembre de 1999, abre un margen de razonable flexibilidad para administrar hasta esa fecha consecuencias negativas de los desequilibrios específicos producidos a partir de la devaluación del real.

Este fallo constituye un avance en el proceso de integración del Mercosur. El arbitraje permite la compatibilización de la flexibilidad y la legalidad. Tres árbitros en forma unánime han coincidido en la necesidad de cumplir con lo pactado en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Brasilia por parte de dos países miembros de la unión aduanera e imponerles la obligación de asegurar el libre comercio intrazona debiendo los gobiernos obedecer lo laudado, fortaleciéndose así la integración regional.

En el Mercosur debe “elaborarse una Ley Uniforme o Protocolo en Materia de Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos”. (4)

El 12 de Junio de 1998 se celebró la “IX Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR” en donde se trata el procedimiento arbitral institucional para la solución de conflictos en el área. Lamentablemente en su artículo 16 cuando legisla sobre los Arbitros dice que “podrá ser árbitro cualquier persona legalmente capaz y que goce de la confianza de las partes”. Es inconcebible que a esta altura de las circunstancias no se haya exigido que los Arbitros sean abogados, pues es indispensable el conocimiento legal, más la especialización en el derecho de la integración, para dirimir conflictos que se plantean entre Estados, entre un Estado y un particular y entre particulares integrantes de la unión aduanera.

Hay una realidad cierta y es que el MERCOSUR ya tiene su primer fallo arbitral que “deja una lección clara: la construcción de la unión aduanera requiere una inteligente combinación de reglas de juego efectivas con cambiantes realidades económicas y políticas. Demuestra que flexibilidad y legalidad son nociones compatibles. Abre la puerta a soluciones creativas para un problema del MERCOSUR: la falta de instrumentos para encarar desequilibrios comerciales precisos originados en pronunciadas disparidades macroeconómicas”. (5)

Este fallo arbitral que resuelve un conflicto entre dos estados integrantes del MERCOSUR abrirá paso para que en el futuro se resuelvan conflictos que se susciten entre particulares o entre un particular y un estado miembro del Mercosur pues el “Protocolo de Buenos Aires” (CMC Decisión 1/94) aprobado por Argentina (Ley 24.669 - B.O. 2/8/96); Brasil (Dec. Ley 129 del 5/10/95); y Paraguay (Ley 597/95 publicada 15/6/95) posibilita que los agentes económicos y empresas en sus negociaciones y contrataciones en el ámbito del MERCOSUR, puedan prorrogar la jurisdicción a favor de Tribunales Arbitrales como son el “Tribunal de Arbitraje Institucional” de nuestro Colegio de Abogados de Lomas de Zamora que tiene una “Sala de Derecho Comunitario, Mercosur”, o el Tribunal Permanente Institucional de Conciliación y Arbitraje del C.O.A.D.E.M. (Consejo de Colegios y Ordenes de Abogados del Mercosur) que nuclea a la abogacía organizada en el Mercosur, realizando una tarea fundamental en la construcción de la integración regional, no solo difundiendo la

conciliación y el arbitraje como medios para la solución de conflictos entre los estados miembros, entre los particulares y un estado o entre los particulares residentes en distintos estados que contratan entre sí; sino también, “resaltando el papel fundamental del abogado y con él la necesidad de elaborar e interpretar la norma jurídica, sin cuya existencia no es posible construir la integración”. (6)

Es necesario crear y fortalecer la seguridad jurídica de todos los que negocian con la zona e intrazona mientras que el MERCOSUR no esté institucionalizado y a ello contribuyeron los Acuerdos gestados en el ámbito de la “IX Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR” designados con los números 1/98 (Proyecto de Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur) y N° 2/98 (Proyecto de Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile) que fueron aprobados en la “XIV REUNION CUMBRE DEL MERCOSUR”, celebrada en Ushuaia, Argentina, los días 23 y 24 de Julio de 1998 mediante Decisiones N° 3/98 y 4/98 respectivamente.

En conclusión, el MERCOSUR es una unión aduanera imperfecta que avanza hacia un área de libre comercio con aspiraciones de convertirse en un Mercado Común que podrá culminar en una Unión Americana, que requiere inexorablemente institucionalizarse y asegurar la administración de Justicia con órganos supranacionales cuyas decisiones sean de cumplimiento obligatorio para los estados miembros y los ciudadanos de dichos estados, siendo las sentencias y/o laudos de esos órganos supranacionales ejecutados por los organismos jurisdiccionales estatales para crear así la atmósfera de confianza que se requiere a fin de asegurar el libre tránsito de capitales, bienes, servicios y personas en el área regional y en las negociaciones interregionales en que se desenvolverá el mundo globalizado del próximo milenio. (7)

La seguridad jurídica es un pilar básico en el cual debe de asentarse la integración y el cumplimiento del fallo del Tribunal Arbitral por parte de los estados miembros contribuirá al fortalecimiento y el avance del proceso de integración.

Notas

- 1.- “Primer fallo arbitral del Mercosur” editorial de “La Nación” del 21 de Mayo de 1999, pág. 12.
- 2.- LIPOVETZKY; Daniel Andrés: “Un fallo en favor del Mercosur” en Comercio Exterior, sección 5º de La Nación del 22 de Junio de 1999, pág. 4.
- 3.- PEÑA; Félix: “Un fallo inteligente y oportuno” en Comercio Exterior, sección 5º de La Nación del 25 de Mayo de 1999, pág. 3.
- 4.- ZAPIOLA PEREZ; Horacio: “Arbitraje en el Mercosur” en “Revista de Derecho del Mercosur” Doctrina Febrero de 1998, pág. 40, La Ley Bs. As. 1998.
- 5.- PEÑA; Félix: ob. cit. en 3.
- 6.- DE PAULA; José Carlos Gustavo: “La contratación comercial en el MERCOSUR: Necesidad y dificultades de su armonización” en Ponencias del XXIX. Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Pcia. de Bs. As., celebrado en el C.A.L.Z. el 13 y 14 de Mayo de 1999, pág. 131, Ed. Nemesis, Bs. As., 1999.
- 7.- MARTIN-MARCHESINI; Gualtiero: “El Derecho de la integración y la libre circulación de la mano de obra en la futura comunidad económica latinoamericana”. Ed. Astrea, Bs. As., 1973; “Libre circulación de la mano de obra en el Mercosur” en Revista de Derecho del Mercosur, año 3, N° 3, Junio de 1999, pag. 20, Edit. La Ley.