

CUMPLIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE LOS LAUDOS EN EL MERCOSUR

Luciana B. Scotti*

Publicado en: NEGRO, Sandra (coord.), *Número especial sobre solución de diferencias e implementación en procesos de integración regional de Jurisprudencia Argentina (JA)*, tomo IV, fascículo 9, ISBN 978-950-20-2548-3, Ed. Abeledo Perrot, noviembre de 2013. Disponible también en versión digital en *Especial de doctrina de Jurisprudencia Argentina*, de fecha 27/11/13, pp. 6 - 22. 112 páginas.

“(…) la falta de observancia de una decisión del Tribunal (...) pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del Mercosur, provocando, asimismo, una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación al proceso en su conjunto” (párrafo 8.2 Laudo TPR 01/2007).

I. Introducción

Si bien, en el Mercosur, las controversias se deciden en última instancia a través de un laudo arbitral obligatorio que impone una solución a los Estados parte de la disputa, la ejecución y cumplimiento o incumplimiento de tales laudos presenta una serie de dificultades.

Sabido es que la ejecución de las decisiones tanto judiciales como arbitrales en el ámbito internacional, respecto de un Estado soberano es un problema del que se ha ocupado ampliamente el Derecho Internacional Público.

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Doctora en Derecho y Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Posdoctorado en curso (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora de la Maestría en Derecho internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja".

En efecto, en la comunidad internacional no existe una suerte de órgano supranacional a cargo de la ejecución de las decisiones de los órganos jurisdiccionales ante los cuales los Estados han llevado voluntariamente sus controversias.

Esta dificultad se traslada a los procesos de integración regional, en particular a aquellos de carácter intergubernamental, como es el Mercosur, del que nos ocuparemos en esta oportunidad.

En primer lugar, realizaremos un recorrido descriptivo de sistema de solución de controversias en nuestro bloque, para luego ocuparnos de los mecanismos implementados para alcanzar el cumplimiento de un laudo y las medidas que se pueden adoptar en caso contrario.

II. El sistema de solución de controversias en el Mercosur

1. Antecedentes

El Tratado de Asunción, en su Anexo III, instituyó un mecanismo de resolución de controversias entre los Estados parte, de carácter precario y transitorio. De hecho, el artículo 2° de dicho anexo disponía que dentro de los “ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de sistema de solución de controversias que regirá durante el período de transición”.

El artículo 1° establecía que las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes serían resueltas mediante negociaciones directas. En caso de no lograr una solución, dichos Estados podían someter la controversia a consideración del Grupo Mercado Común, el que luego de evaluar la situación formularía en el lapso de sesenta (60) días las recomendaciones pertinentes a las Partes para la solución del diferendo. Por último, si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanzaba una solución, se elevaría la controversia al Consejo del Mercado Común, para que adoptara las recomendaciones pertinentes.

En cumplimiento del compromiso asumido en el artículo 2°, los Estados adoptaron un sistema de solución de controversias a través del Protocolo de Brasilia en diciembre de 1991.

Sin embargo, debemos advertir que los mecanismos instituidos fueron concebidos nuevamente para ser utilizados durante un periodo de transición. El Protocolo de Ouro Preto de 1994 prorrogó su vigencia hasta el año 2006.

Una primera etapa se llevaba a cabo a través de negociaciones durante un breve periodo. Si las mismas fracasaban, el Grupo Mercado Común formularía recomendaciones, asesorado por expertos, en su caso. Asimismo se podía optar por iniciar el procedimiento ante la Comisión de Comercio. Esta elección no eliminaba la posibilidad de reclamo posterior ante el Grupo Mercado Común. Si la controversia aún no hubiera encontrado solución, se iniciaba la instancia arbitral, a través de la conformación de un tribunal ad hoc, compuesto por tres árbitros.¹ El laudo era vinculante para las partes y no podía ser apelado (ante la inexistencia de un Órgano de Apelación, hasta la entrada en vigor del Protocolo de Olivos) salvo la solicitud de su aclaración (art. 21 Protocolo de Brasilia).

Cabe destacar que los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, no podían acceder a la instancia arbitral. Sus reclamos contra medidas legales o administrativas restrictivas, discriminatorias o de competencia desleal violatorias de normas del Mercosur, sólo podían ser canalizadas a través de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado parte donde el particular tuviera su residencia habitual o la sede de sus negocios. Ésta podía negociar con la Sección Nacional del Estado parte al que se le atribuía la violación o podía elevar la reclamación ante el Grupo Mercado Común.

Durante la vigencia del Protocolo de Brasilia, se dictaron diez laudos arbitrales. Sin embargo, se pueden computar veintiuna disputas en total, dieciocho de las cuales provinieron de la voluntad directa de los Estados, mientras que tres fueron generadas a través de la iniciativa de los particulares. Varios de estos conflictos se resolvieron gracias a la participación de los gobiernos o de líderes empresariales.²

¹ El art. 8º del Protocolo de Brasilia disponía: "Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria *ipso facto* 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 presente Protocolo". Y el art. 21 disponía: "Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ella fuerza de cosa juzgada". Estas disposiciones han sido consideradas como el gran logro del mecanismo instaurado por dicho protocolo.

² Cfr. AMARAL JÚNIOR, Alberto do, "Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul", en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 1, Nº 1, 2013, p. 19.

2. Encuadre normativo en vigor

Con el fin de perfeccionar el sistema de solución de controversias existente, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur fue adoptado y aprobado por el Consejo Mercado Común en la III Reunión Extraordinaria del CMC celebrada en esa ciudad el 18 de febrero de 2002, tras dos años de negociaciones. Entró en vigor el 1 de enero de 2004.

En este sentido, en su preámbulo, expresamente se reconoce que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias.

El Protocolo de Olivos sustituye al sistema establecido en el Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias y deroga su Reglamento (art. 55.1), e introduce una serie de modificaciones en el mecanismo vigente desde 1993, aún cuando la idea fue mejorar el sistema existente como recurso necesario y transitorio hacia la instauración en el año 2006 de un mecanismo que importe mayores compromisos por parte del Estados miembros, lo cual todavía no ha sucedido.

En tal sentido, podemos afirmar que muchas disposiciones no han sido objeto de modificación. En efecto, no se reformó sustancialmente el ámbito de aplicación, se mantienen tanto la primera fase de negociaciones directas entre las partes y la instancia jurisdiccional, conformada por tribunales ad hoc y su procedimiento, como los plazos establecidos en el Protocolo de Brasilia, y el acceso limitado de los particulares mediante el reclamo ante la Sección Nacional del GMC, entre otras cuestiones. Sin embargo, en otros aspectos se realizan innovaciones importantes.

El 15 de diciembre de 2003, en Montevideo, el Consejo del Mercado Común por Decisión 37/03 aprobó como Anexo el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, que contiene una reglamentación detallada, en especial de los procedimientos establecidos en el Protocolo.

Asimismo, complementan al Protocolo de Olivos, las siguientes normas:

- Decisión CMC N° 23/04, que aprueba el Procedimiento sobre Medidas Excepcionales y de Urgencia ante el Tribunal Permanente de Revisión.
- Decisión CMC N° 17/04, que aprueba el Fondo Especial para Controversias.

- Decisión CMC N° 26/04, que designa los Árbitros del Tribunal Permanente de Revisión.
- Decisión CMC N° 30/04, que aprueba las Reglas Modelo de Procedimiento de los Tribunales ad hoc del Mercosur.
- Decisión CMC 30/05, que aprueba las Reglas de procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión.
- Decisión CMC 26/05, que establece el Procedimiento especial para la solución de controversias originadas en Acuerdos emanados de Reuniones de Ministros.
- Decisión CMC 02/07 del 18 de enero de 2007, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del Mercosur.
- Protocolo modificador del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur, firmado el 19 de enero de 2007: modifica los artículos 18, 20 y 43 a fin de adecuarlo a las futuras alteraciones en el número de los Estados Partes del Mercosur y para efectuar la transferencia a la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión (ST) de las tareas referentes a la solución de controversias en el ámbito del Mercosur atribuidas a la Secretaría Administrativa del Mercosur por el Protocolo de Olivos. Aun no se encuentra en vigor.
- Decisión CMC N° 15/10, que modifica los plazos para la emisión de Opiniones Consultivas.
- Decisión CMC N° 49/10, que aprueba la propuesta Mercosur de régimen de solución de controversias para los acuerdos celebrados entre el Mercosur y los Estados Asociados en el ámbito del Mercosur.
- Decisión CMC N° 31/11 que aprueba el Código de Conducta para los Árbitros, Expertos y Funcionarios del Mercosur que actúen en el marco del Protocolo de Olivos.
- La Decisión CMC N° 02/12 (Mendoza, 29/VI/12) aprobó las “Normas de Procedimiento para la actuación del Mercosur en controversias derivadas de Acuerdos Comerciales con terceros países o grupos de países”.

3. Características principales del mecanismo instituido por el Protocolo de Olivos

a) Opción de foro

El Protocolo de Olivos concede la prerrogativa al Estado demandante para elegir un mecanismo de solución de controversias diferente al establecido para el ámbito regional; pudiendo optarse por el régimen de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o por cualquier otro establecido en el marco de acuerdos comerciales que vinculen a las partes en el diferendo (art. 1º)³. Cabe señalar que una vez elegido un foro queda excluido el otro.

En el marco del Protocolo de Brasilia, que no contenía una norma similar, se suscitó un escándalo jurídico ante decisiones contradictorias ante un mismo conflicto. En efecto, en el caso “pollos eviscerados”, el Tribunal Arbitral Ad Hoc de MERCOSUR emitió un laudo favorable a posición Argentina⁴, ante lo cual, Brasil sometió nuevamente la controversia a examen ante el sistema de la OMC, obteniendo satisfacción a sus requerimientos originarios.

Sin embargo, la posibilidad abierta para la elección del foro ha sido criticada por considerarse que contribuye al debilitamiento del sistema y por dar oportunidad al *forum shopping*.⁵

Aún cuando no podemos negar que ésta es la tendencia de los acuerdos regionales más modernos. En efecto, el NAFTA, el XXI Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 35 MERCOSUR-Chile sobre régimen de solución de controversias, el ACE 33 Colombia, México y Venezuela (Grupo de los Tres), el Acuerdo

³ Téngase presente que si se acude al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación sólo se pronunciarán sobre la legalidad o no de una medida respecto a las disciplinas multilaterales y no sobre la legalidad de la misma en relación con las disciplinas vigentes en el propio esquema de integración.

⁴ Laudo 04, “Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para decidir sobre controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre ‘Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, (res. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina’”, del 21/05/2001.

⁵ DREYZIN de KLOR, Adriana, “El Protocolo de Olivos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-2, p. 595. También puede verse una posición crítica de la “opción de foro” en BARREIRA, Enrique, “Algunas dificultades que presenta el marco jurídico del MERCOSUR”, en LEITA, Francisco y NEGRO, Sandra C. (coordinadores), *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la forma de los Tratados de Roma*, Facultad de Derecho UBA – La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 47 y 48.

de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y Chile, entre otros, contienen cláusulas semejantes.

A su turno, el art. 1° del Capítulo I del Reglamento del Protocolo de Olivos, en lo principal dispone que " si un Estado Parte decidiera someter una controversia a un sistema de solución de controversias distinto al establecido en el Protocolo de Olivos, deberá informar al otro Estado Parte el foro elegido. Si en el plazo de quince días, contados a partir de dicha notificación, las partes no acordaran someter la controversia a otro foro, la parte demandante podrá ejercer su opción, comunicando esa decisión a la parte demandada y al Grupo Mercado Común".

b) Legitimados activos en el sistema de solución de controversias

En el Mercosur, solamente los Estados partes pueden intervenir en un procedimiento de solución de controversias (arts. 1 PO y 43 POP).

Los particulares - personas físicas o jurídicas- pueden intervenir o iniciar una reclamación conforme al sistema de solución de controversias instituido por el Protocolo de Olivos, únicamente cuando sus intereses se vean afectados como consecuencia de decisiones adoptadas por los Estados Partes, contrarias a normativa emanada de los órganos Mercosur (art. 39 PO) y por medio de la respectiva sección nacional GMC.

c) Etapas del procedimiento

En una primera etapa, de índole pre - contenciosa, los conflictos procuran resolverse mediante negociaciones directas (arts. 4 y 5 PO). Vencidos los plazos para ello sin que la controversia obtenga solución, cualquiera de los Estados Partes podrá iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto o, de común acuerdo entre ambos, someter la controversia a consideración del GMC (art.6 P.O).

En consecuencia, el Protocolo de Olivos eliminó la intervención del Grupo Mercado Común como etapa obligatoria. Esto permite, evidentemente, acelerar la solución del diferendo. Con esta reforma se intentó despolitizar las controversias entre los Estados partes, atento al carácter netamente intergubernamental de este órgano.

El GMC evaluará la situación denunciada, dará oportunidad a las partes para que expongan sus posiciones, y requerirá el asesoramiento de expertos cuando lo estime

necesario. Al término de esta fase el GMC formulará las recomendaciones que considere oportunas a los Estados Partes en la controversia tendientes a la resolución del conflicto (arts. 6, 7 y 8 PO). Concluida esa etapa sin que la controversia haya encontrado solución, comienza la fase jurisdiccional.

Cualquiera de los Estados Partes podrá comunicar a la Secretaría del Mercosur su voluntad de recurrir al procedimiento arbitral con intervención de un Tribunal Arbitral Ad Hoc (TAH), o podrán también acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) (arts. 9 y 23 PO).

En caso de recurrir al Tribunal Arbitral Ad Hoc, integrado por tres árbitros, aquél dictará el laudo en un plazo de sesenta (60) días, prorrogables por decisión del propio Tribunal por un plazo máximo de treinta (30) días, contado a partir de la comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur a las partes y a los demás árbitros, informando la aceptación por el árbitro Presidente de su designación.

Las partes de la controversia podrán presentar un recurso de revisión ante el Tribunal Permanente de Revisión⁶ contra el laudo del tribunal ad hoc dentro del plazo de 15 días de notificado, el que se limitará a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo de dicho tribunal. Por ende, su competencia se limita a confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos, sin poder juzgar sobre cuestiones de hecho⁷. En tales casos, entonces, los tribunales arbitrales ad hoc funcionarán como primera instancia.

El Tribunal Arbitral de Revisión es también competente para entender en las medidas provisionales que no hubieran quedado sin efecto antes de dictarse el laudo y en las

⁶ El Protocolo de Olivos creó un Tribunal Arbitral de Revisión, con sede en la ciudad de Asunción, al que se le asigna el carácter de permanente. No obstante ello, tal como lo ha destacado la doctrina más autorizada, se trata más bien de un "tribunal disponible". En efecto, el art. 19 establece que: "Los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque". Por ello también se lo ha definido como un tribunal de "convocatoria" permanente

Este Tribunal está integrado, hasta el momento, por cinco árbitros, cuatro de los cuales son nacionales de cada uno de los Estados partes y durarán dos años en sus funciones, renovables por dos períodos. El quinto integrante debe ser elegido por unanimidad y durará tres años en su cargo. Ante el ingreso de nuevos miembros al bloque, dicha composición necesariamente deberá sufrir cambios.

⁷ Un sector de la doctrina ha señalado que el Tribunal de Revisión instaurado no es un tribunal de apelación sino que se asemeja más a un tribunal de casación puesto que los motivos de impugnación se limitan a las cuestiones de derecho. Sólo al Tribunal ad hoc le compete la determinación y apreciación de los hechos. Cfr. MASNATTA, Héctor, "Perspectivas para el sistema definitivo de solución de controversias en el Mercosur", en *Revista de Derecho del Mercosur*, N° 5, Ed. La Ley, Buenos Aires, octubre de 2002, p. 254.

medidas compensatorias tendientes a obtener su cumplimiento, tal como veremos con más detalle.

Cuando se trata de un arbitraje ad hoc de equidad, no podrá interponerse ningún recurso ante el TPR contra la decisión arbitral.

Los laudos de este Tribunal de Alzada son inapelables, contra ellos sólo procede el recurso de aclaratoria, que debe interponerse dentro de los quince días de su notificación.

El TPR tiene además competencia *per saltum* puesto que se admite el acceso directo de las partes una vez fracasadas las negociaciones directas. En este supuesto, su laudo es irrecurrible. Sobre este aspecto, la doctrina ha manifestado su descontento por considerar que esta competencia desvirtúa la importancia y trascendencia que debe tener un tribunal de revisión.⁸ Desde otro punto de vista, se puede sostener que esta posibilidad acelera el proceso y evita los gastos que insume la primera instancia arbitral.

En cuanto al derecho aplicable, el Protocolo de Olivos menciona al Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los Protocolos y acuerdos consecuentes, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC, las Directivas de la CCM y los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables⁹. Por su parte, si el tribunal funciona como única instancia (competencia *per saltum*) puede *decidir ex aequo et bono*, previo acuerdo de las partes.

c) Mecanismos expeditos

El art. 2° del Protocolo de Olivos establece que cuando se considere necesario, se podrán establecer mecanismos expeditos para resolver divergencias entre Estados partes sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes.

d) Opiniones consultivas

⁸ Cfr. GRANILLO FERNÁNDEZ, Marcelo H., "El sistema de solución de controversias en el MERCOSUR. Protocolo de Olivos", en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Año 7, N° 5, Ed. La Ley, Buenos Aires, octubre de 2003, p. 58.

⁹ El Protocolo de Brasilia contenía en el art. 19 una disposición semejante. No contenía las directivas de la CCM pues este órgano fue incorporado en el Protocolo de Ouro Preto.

El art. 3° establece que el Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión, definiendo su alcance y contenidos.

El Reglamento del Protocolo de Olivos en su capítulo II (arts. 2 a 13) establece la legitimación para solicitar opiniones consultivas, los alcances y efectos de las mismas y el procedimiento ante el Tribunal de Revisión. Podrán solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión todos los Estados Partes del Mercosur actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del Mercosur, el Parlasur, y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional, en las condiciones que se establecen para cada caso (arts. 2, 3 y 4 Reglamento PO, CMC/DEC N°2/07 y art. 13 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur). Por su parte, el art. 11 establece el efecto de las opiniones consultivas, estipulando que no serán vinculantes ni obligatorias.

Finalmente, cabe recordar que la Decisión CMC 02/07 del 18 de enero de 2007 aprobó el Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del Mercosur.

En efecto, cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, estableció las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas:

Argentina: Acordada N° 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - 18 de junio de 2008.¹⁰

Brasil: Emenda Regimental N° 48 de 03 de abril de 2012.¹¹

¹⁰ Establece que todos los jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur —de carácter no vinculante ni obligatorio—, sobre la interpretación jurídica de las normas del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio. Las solicitudes de opiniones consultivas serán elevadas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por intermedio del superior tribunal de la causa, según la jurisdicción ante la cual tramite el expediente en el que sean formuladas.

La Corte Suprema, previa verificación del cumplimiento de los recaudos exigidos, remitirá las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión, a través de su Secretaría, enviando copia a la Secretaría del Mercosur y a los demás Tribunales Superiores de los Estados Parte.

¹¹ La solicitud de una opinión consultiva necesariamente debe surgir en un proceso en curso ante el Poder Judicial brasileño y restringido exclusivamente a la validez o la interpretación del Tratado de Asunción, el

Paraguay: Acordada N° 549 de la Corte Suprema de Justicia - 11 de noviembre de 2008.¹²

Uruguay: Acordada N° 7604 de la Suprema Corte de Justicia - 24 de agosto de 2007.¹³

Hasta la fecha, el TPR ha emitido tres opiniones consultivas¹⁴ y se encuentra en trámite una solicitud de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde mayo de 2013, para que aquél dictamine si el Tratado de Asunción impone a los países de la región

Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos en virtud del Tratado de Asunción de las Decisiones del Consejo del Mercado Común - CMC, las Resoluciones del Grupo Mercado Común – GMC, Directrices de la Comisión de Comercio del Mercosur y - CCM.

Tienen legitimidad para pedir una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, el juez de la causa o alguna de las partes.

¹² Si en una causa en trámite ante cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial se suscitare una duda acerca de la validez o interpretación jurídica de los siguientes instrumentos normativos del Mercosur: a) El Tratado de Asunción; b) El Protocolo de Ouro Preto; c) Los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción; d) Las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC); e) Las resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC); y f) Las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), dicho órgano podrá incoar una solicitud de opinión consultiva ante la Corte Suprema de Justicia, a fin de que esta decida plantear la consulta ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR).

La Corte Suprema de Justicia decidirá sobre la pertinencia del pedido y remitirá directamente al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) la solicitud de opinión consultiva, adjuntando todos los antecedentes y documentación correspondientes.

Una vez evacuada la consulta por el TPR, y remitida la misma y sus antecedentes al órgano jurisdiccional solicitante, este procederá a continuar la causa según su estado.

¹³ Si en una causa en trámite ante cualquier órgano del Poder Judicial se suscitare una duda acerca de la validez o interpretación jurídica de la siguiente normativa del Mercosur: el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las Decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC), las Resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), dicho órgano podrá requerir una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

A tales efectos, el órgano del Poder Judicial en cuya jurisdicción resida el conflicto, deberá elevar a la Suprema Corte de Justicia la solicitud de opinión consultiva.

En caso de cumplir con los requisitos exigidos, la Suprema Corte de Justicia remitirá directamente al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) las solicitudes de opiniones consultivas, adjuntando todos los antecedentes y documentación correspondientes, el que se expedirá por escrito y dispondrá para ello de cuarenta y cinco días contados a partir de la recepción de la solicitud de la opinión consultiva.

Una vez evacuada la consulta por el TPR, la Suprema Corte de Justicia la remitirá al tribunal de origen a efectos de que éste continúe con los procedimientos.

¹⁴ Opinión Consultiva N° 01/2007: "Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante", solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay con relación a los autos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción.

Opinión Consultiva N° 01/2008: "Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos", solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1° turno IUE 2-32247/07.

Opinión Consultiva N° 01/2009: "Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto", solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° Turno.

abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros estados miembro de ese mercado común.¹⁵

e) Medidas excepcionales y de urgencia

El Protocolo de Olivos en su art. 24 delega al Consejo del Mercado Común el establecimiento de procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las partes. La Decisión CMC N° 23/04 aprueba el Procedimiento sobre Medidas Excepcionales y de Urgencia ante el Tribunal Permanente de Revisión. En este marco, Paraguay presentó una demanda arbitral ante el TPR contra Argentina, Brasil y Uruguay con motivo de su suspensión en la participación en los Órganos del Mercado Común del Sur y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno. En el Laudo N° 01/2012, sin embargo, por unanimidad, el Tribunal Permanente de Revisión decidió que no estaban presentes los requisitos para la admisibilidad del procedimiento excepcional de urgencia reglado en la mencionada Decisión 23/04.¹⁶

III. Medidas para el cumplimiento e implementación de los laudos

En el ámbito del Mercosur, el artículo 26 del Protocolo de Olivos establece que los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada si no se interpusiere recurso de revisión.

¹⁵ La solicitud de opinión consultiva por parte de nuestra CSJN se genera a partir de una causa promovida por la empresa Bio Sidus, que efectuó diversas exportaciones a Brasil en los años 2002 y 2003, en las que se liquidaron derechos de exportación (retenciones) a la alícuota del 5%, según lo establecido por la resolución 11/2002 del Ministerio de Economía.

La empresa se había opuesto al pago de tales derechos, por considerar que son inaplicables en exportaciones a otros países del Mercosur porque, en su criterio, se encontrarían en pugna con el Tratado de Asunción.

¹⁶ El TPR concluyó que los requisitos indicados por la Decisión 23/04 deben estar presentes, de forma acumulativa, para que el Tribunal pueda entender en un caso excepcional de urgencia. En este sentido, se evidencia que esta “controversia no trata de ‘bienes perecederos, estacionales, retenidos injustificadamente en el territorio del país demandado’, ni de ‘bienes destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado Parte importador’. Ese requisito es insalvable en la configuración de la competencia originaria del TPR, en materia de medidas excepcionales de urgencia.”

A su turno, los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada.

El artículo 29 estipula que los laudos de los Tribunales Ad Hoc y los del Tribunal Permanente de Revisión deberán ser cumplidos en el plazo que los respectivos tribunales establezcan, y si no se determinara un plazo, deberán ser cumplidos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su notificación.

Asimismo, prevé que en caso que un Estado parte interponga el recurso de revisión el cumplimiento del laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc será suspendido durante la sustanciación del mismo.

Por su parte, el Estado parte obligado a cumplir el laudo deberá informar a la otra parte en la controversia así como al Grupo Mercado Común, por intermedio de la Secretaría, sobre las medidas que adoptará para cumplir el laudo, dentro de los quince (15) días contados desde su notificación.

Sin embargo, ante la inobservancia parcial o total del laudo definitivo, ya el Protocolo de Brasilia de 1991 establecía en el artículo 23, simplemente, que si un Estado Parte no cumplía el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc en el plazo de treinta (30) días, los otros Estados partes en la controversia podían adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento.

A su turno, el Protocolo de Olivos introdujo procedimientos más detallados a seguir en caso de incumplimiento del laudo.

Vale mencionar que se prevén dos alternativas, no excluyentes e independientes entre sí:

- 1) A tenor del artículo 30 (Divergencias sobre el cumplimiento del laudo) en caso de que el Estado beneficiado por el laudo entienda que las medidas adoptadas no dan cumplimiento al mismo, tendrá un plazo de treinta (30) días desde la adopción de aquéllas, para llevar la situación a la consideración del Tribunal Ad Hoc o del Tribunal Permanente de Revisión, según corresponda. El Tribunal respectivo tendrá un plazo de treinta (30) días desde la fecha que tomó conocimiento de la situación, para dirimir tales cuestiones. El procedimiento del artículo 30 no se podría aplicar

“a los casos de inacción completa del Estado obligado sino solo a los casos en que se ha adoptado una medida concreta por parte de dicho Estado con la intención manifiesta de ejecutar el Laudo y que la misma no es evaluada como suficiente o correcta, por parte del Estado beneficiado. Si no hay acción alguna del Estado obligado tendiente a ejecutar el Laudo no podría haber divergencias sobre su cumplimiento.”¹⁷

- 2) Por otro lado, el Capítulo IX del Protocolo de Olivos regula las llamadas medidas compensatorias.¹⁸ Al respecto, el artículo 31 dispone que si un Estado parte en la controversia no cumpliera total o parcialmente el laudo del Tribunal Arbitral, la otra parte en la controversia tendrá la facultad, durante el plazo de un (1) año, contado a partir del día siguiente al que venció el plazo referido en el artículo 29.1¹⁹, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes, tendientes a obtener el cumplimiento del laudo. A fin de evitar la aplicación de medidas compensatorias en áreas diferentes a las del conflicto y desproporcionadas debido a la falta de reglamentación, el Protocolo de Olivos introdujo que el Estado parte beneficiado por el laudo deberá procurar, en primer lugar, suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados, y luego, en caso de que considere impracticable o ineficaz la suspensión en el mismo sector, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, para lo cual deberá indicar las razones que fundamentan tal decisión. Además, tales medidas deberán ser

¹⁷ PASTORI FILLOL, Alejandro, “La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional Análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el Mercosur”, en *Cuadernos de Integración Europea* N° 5 - Junio 2006, p. 81. Disponible en: <http://www.cuadernosie.info>

¹⁸ La doctrina ha destacado que las medidas compensatorias previstas en los artículos 31 y 32 del PO se inscriben en el marco de las contramedidas institucionalizadas, permitiendo al Estado beneficiado por el laudo “retaliar” contra el Estado obligado (esto es contra el Estado que debe cumplirlo), si no ha ejecutado el laudo del Tribunal o lo ha hecho solo parcialmente. Se trata de una forma de castigo, indirecto y regulado, que puede aplicar el Estado perjudicado al Estado obligado, por la no ejecución del laudo. Cfr. PASTORI FILLOL, Alejandro, “La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional Análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el Mercosur”, en *Cuadernos de Integración Europea* N° 5 - Junio 2006, pp 61-93. Disponible en: <http://www.cuadernosie.info>

¹⁹ Artículo 29.1 PO: 1. Los laudos de los Tribunales Ad Hoc o los del Tribunal Permanente de Revisión, según el caso, deberán ser cumplidos en el plazo que los respectivos tribunales establezcan. Si no se determinara un plazo, los laudos deberán ser cumplidos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su notificación.

informadas formalmente, por el Estado Parte que las aplicará, con una anticipación mínima de quince (15) días, al Estado Parte que debe cumplir el laudo.

Por otro lado, el Estado obligado a cumplir el laudo puede cuestionar las medidas compensatorias aplicadas por el Estado beneficiado, ante el Tribunal Arbitral ad hoc o el Tribunal Permanente de Revisión, según su caso, en un plazo de quince (15) días contados desde la notificación prevista en el artículo 31.3²⁰. El tribunal que resulte competente tendrá un plazo de treinta (30) días desde su constitución para pronunciarse al respecto (artículo 32). A su vez, el Estado Parte que tomó las medidas compensatorias, deberá adecuarlas a la decisión del Tribunal en un plazo máximo de diez (10) días, salvo que el Tribunal estableciere otro plazo.

Cabe señalar que la adopción de medidas compensatorias en los términos del Protocolo de Olivos no exime al Estado parte de su obligación de cumplir el Laudo (artículo 27).

Sin perjuicio de las mencionadas herramientas que tiene a su alcance el Estado beneficiado contra el Estado que omite su cumplimiento en forma total o parcial, coincidimos con Amaral Junior en tanto afirma que “O sistema de solução de controvérsias do Mercosul evidencia a ausência de verificação do efetivo cumprimento das decisões prolatadas pelas instâncias arbitrais. Não há regras que propiciem a plena obediência por parte do Estado condenado em uma disputa (...) A natureza intergovernamental do Mercosul, fundada no consenso entre os membros, repercute no processo decisório dos órgãos institucionais e, obviamente, nas decisões do sistema de solução de controvérsias”.²¹

²⁰ Artículo 31.3 PO: Las medidas compensatorias a ser tomadas deberán ser informadas formalmente, por el Estado Parte que las aplicará, con una anticipación mínima de quince (15) días, al Estado Parte que debe cumplir el laudo.

²¹ “El sistema de solución de controversias del Mercosur evidencia la falta de verificación del cumplimiento efectivo de los laudos dictados por las instancias arbitrales. No hay reglas que propicien el pleno cumplimiento por parte del Estado condenado en una disputa (...) La naturaleza intergubernamental del Mercosur, fundada en el consenso entre los miembros, afecta el proceso de toma de decisiones de las instituciones y, por supuesto, las decisiones del sistema de solución de controversias” (traducción propia). Cfr. AMARAL JÚNIOR, Alberto do, “Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 1, N° 1, 2013, p. 23.

IV. Observancia de los laudos alcanzados en el Mercosur. El caso de los “neumáticos remoldeados”

Hasta el célebre caso entre Uruguay y Argentina sobre "Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay", en el que el primero solicitó un pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias, no se había verificado la aplicación del artículo 30 del Protocolo de Olivos. Nos referimos al Laudo TPR N° 1 /2007²², primera vez en que fueron aplicadas medidas compensatorias en el Mercosur y que llegaron a su evaluación por el TPR.

Sin embargo, con anterioridad se habían presentado algunas dificultades en el cumplimiento de los laudos. Por ejemplo, el Laudo 01²³ y 04²⁴ (en el marco del Protocolo de Brasilia) fueron cumplidos fuera del plazo previsto. Por otro lado, en el caso de las bicicletas entre Argentina y Uruguay (Laudo 05)²⁵ nuestro país, luego de eliminar las trabas al ingreso de bicicletas uruguayas, más adelante adoptó nuevamente otras medidas internas que impedían el ingreso de bicicletas uruguayas.

A continuación, analizaremos entonces el *leading case* que presenta el Mercosur en materia de incumplimiento de laudos y aplicación de medidas compensatorias.

1. Los hechos del caso

La Argentina adoptó la Ley 25.626 prohibiendo la importación de neumáticos incluidos en la Nomenclatura Común del Mercosur con la clasificación 4012.10.00 -neumáticos recauchutados- y 4012.20.00 -neumáticos usados-. La prohibición tenía alcance general, sin discriminación de su origen extra o intra Mercosur, por considerar que la

²² Para ver un detallado y crítico análisis del Laudo 1/2007: PASTORI FILLOL, Alejandro, “Comentarios al primer laudo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur sobre la aplicación en exceso de medidas compensatorias”, en Zlata Drnas de Clément (coord.), Waldemar Hummer (ed.). *MERCOSUR y Unión Europea*, Lerner Publisher, Buenos Aires, 2008.

²³ Laudo 01: Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para la controversia sobre comunicados N° 37, del 17 de diciembre de 1997, y N° 7, del 20 de febrero de 1998 del departamento de operaciones de comercio exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco.

²⁴ Laudo 04: Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para decidir sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil (RES. 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina.

²⁵ Laudo 05: Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo.

importación de los mismos afectaban al medio ambiente argentino y que por tanto era posible adoptar al respecto algún tipo de medidas restrictivas al libre comercio de dicho producto basándose en lo dispuesto por inciso d) del artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (recogido por el Anexo 1 del Tratado de Asunción), que se refiere a la “protección a la vida, salud de las personas, los animales y los vegetales”.

Una empresa con sede en Uruguay dedicada al comercio de dichos productos hacia la Argentina se veía directamente perjudicada.

Las partes intentaron alternativas para poner fin a la controversia. Sin lograr una solución, surgió la necesidad del arbitraje.

En consecuencia, Uruguay reclamó interponiendo una demanda arbitral, en los términos del Protocolo de Olivos, en base en que la normativa argentina era incompatible con el Derecho del Mercosur.²⁶

2. El Laudo del Tribunal Ad Hoc

²⁶ Un caso similar, en el cual también Uruguay inició un reclamo, en el marco del Protocolo de Brasilia, en esa oportunidad contra Brasil fue resuelto por el Laudo 06 del Tribunal Arbitral ad hoc del Mercosur.

El hecho generador de la controversia fue la publicación de la Portaria N° 8/00, de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior del Brasil, que prohibió la concesión de licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados para consumo o uso como materia prima. Esta medida restrictiva generó la reacción del Gobierno uruguayo, que inició el procedimiento arbitral. El Tribunal Arbitral fue constituido el 17 de septiembre de 2001.

Según Uruguay, la prohibición establecida en la mencionada Portaria, al aludir genéricamente a neumáticos “usados” y “reformados”, introdujo una nueva prohibición, de carácter extensivo, ya que la legislación brasileña anterior sobre el tema (Portaria N° 8/91, de 13 de mayo de 1991) alcanzaba únicamente la modalidad de neumáticos “usados”. En este sentido, la Portaria N° 8/00 violaría diversas normas de derecho internacional y del Mercosur, en especial las disposiciones del Tratado de Asunción y su anexo I, y la Decisión CMC N° 22/00 Brasil, como parte reclamada, respondió a la reclamación de Uruguay ante el tribunal, afirmando que la Portaria N° 8/00 disciplina el régimen de importación de bienes usados existente en Brasil, a la luz de lo dispuesto en la Resolución GMC N° 109/94. La nueva Portaria, por lo tanto, estaría amparada por la Resolución del GMC en cuestión y no modificaría la Portaria N° 8/91, pues no agregaría una nueva restricción al comercio intrazona; tendría carácter meramente interpretativo, tratándose de una mera reglamentación, explicitando los tipos de neumáticos usados de importación prohibida, e incluyendo en la categoría de neumáticos “usados” a los “remoldados”.

El Tribunal Arbitral decidió que la Portaria N° 8/00 es incompatible con la normativa del Mercosur, debiendo el Brasil adaptar su legislación interna a fin de permitir la importación de neumáticos remoldados originarios de los países integrantes del bloque.

El Gobierno brasileño acató la Decisión del tribunal, con la expedición de la Portaria SECEX N° 2/02, que habilita la importación de los neumáticos remoldados y del Decreto N° 4.592/03, que agregó un párrafo al art. 47-A del Decreto N° 3.179/99, estableciendo una exención del pago de la multa a que se refiere el aludido artículo para las importaciones de neumáticos remoldados procedentes de los Estados partes del Mercosur.

En primera instancia, el Tribunal Ad Hoc del Mercosur decidió que la norma argentina objetada observaba los principios del derecho mercosureño (laudo del 25 de octubre de 2005).

Para dicho Tribunal los puntos no controvertidos del caso fueron: en primer lugar, la certeza de que la ley argentina interrumpió un flujo comercial de neumáticos remoldeados que había entre Uruguay y Argentina y que tal hecho afectó el libre comercio en el ámbito del Mercosur; y en segundo lugar, la comprobación de que los neumáticos remoldeados son distintos de los neumáticos recapados o recauchutados y que aquellos son razonablemente seguros.

El tribunal determinó que existía un choque entre principios del Mercosur, es decir, entre el principio del libre comercio como establece el artículo 1º del Tratado de Asunción y el principio de protección al medio ambiente, plasmado en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980. El Tribunal ponderó la aplicación de los mencionados principios definiendo la prevalencia de uno sobre el otro, pretendiendo definir si la excepción presentada por Argentina tenía condiciones jurídicas para oponerse al principio de libre comercio. Para ello utilizó el Tratado de Montevideo, la Decisión CMC N° 02/01 en el ámbito del Acuerdo Marco sobre el Medio Ambiente del Mercosur, la Decisión CMC N° 22/00 y otras normas que tratan la materia relativa a la protección del medio ambiente dentro del Mercosur. En esta línea, definió que lo más importante era llevar a cabo el desarrollo económico sin dañar el medio ambiente. Continuó manifestando que “la cooperación regional debe desempeñar un papel fundamental en el desarrollo de la capacidad de cada país incluido en la región para administrar sus problemas ambientales. La cooperación y el apoyo recíproco entre políticas económicas y ambientales es esencial para el desarrollo seguro y sustentable de la región”.

Prosiguió, agregando que el principio precautorio debe ser regulador de las actividades que puedan herir el medio ambiente, es decir que cuando haya riesgo de daño ambiental, los países deben abstenerse de realizar la actividad dañosa.

Finalmente expresó que los neumáticos remoldeados causan más daño al medio ambiente porque no pueden ser nuevamente remoldeados. Por esta razón, entendió que “la importación de neumáticos remoldeados implica para el país importador la aceleración de

su pasivo ambiental”. De este modo, determinó que la defensa al medio ambiente constituye una excepción al principio del libre comercio.

3. El Laudo del TPR N° 1/2005

Seguidamente, Uruguay presentó un recurso de revisión ante dicho laudo, el cual dio lugar a una resolución del Tribunal Permanente de Revisión revocando la decisión del Tribunal Ad Hoc, haciendo lugar al recurso y resolviendo que la ley argentina 25.626 violaba el Derecho del Mercosur. Por ello, ordenó a la Argentina derogar o modificar dicha ley “por la vía institucional apropiada dentro del plazo de 120 días corridos” a partir del dictado del laudo en revisión (laudo del 20 de diciembre de 2005 - Laudo N° 1/2005).

La primera cuestión revisada por el TPR fue el principio de libre comercio en el MERCOSUR y las excepciones a este plasmadas en el artículo 50 del TM. Al respecto, el laudo en revisión afirmaba que existe un choque de principios, ante el cual el TPR creyó que esta afirmación era equivocada y que solo existía un principio, el libre comercio, principio este que encuentra excepciones, como por ejemplo el medio ambiente. Asimismo, agregó que el Tribunal Ad Hoc no debería haber recurrido a los principios de derecho internacional, una vez que, tratándose de derecho de la integración, es necesario que se utilicen en primer lugar normas del Mercosur y solo de manera subsidiaria las normas de derecho internacional.

Consideró que el Tribunal Ad Hoc debería haber detallado los criterios de rigor para la invocación de excepciones, señalando que ante la ausencia normativa en el Mercosur, en cuanto a criterios de rigor para invocar excepciones al principio de libre comercio, se debería establecer lo siguiente: “a) En primer término corresponde preguntarse si la medida en cuestión es efectivamente restrictiva al libre comercio, cuya respuesta para el TPR es en este caso positiva, pues efectivamente la prohibición de importación de neumáticos remolcados es evidentemente una medida restrictiva al libre comercio.”

“b) En segundo término habiéndose concluido en relación al caso en estudio ante este Tribunal que la medida analizada es una restricción al libre comercio, corresponde evaluar el segundo criterio de rigor: el carácter discriminatorio o no de la medida. Según la jurisprudencia europea, cualquier medida analizada puede ser discriminatoria, directa o indirectamente. Hay discriminación indirecta cuando la medida se aplica igual a nacionales

y extranjeros, pero sus efectos afectan más a extranjeros que a nacionales”. En el presente caso, el TPR entiende que “la medida es directamente discriminatoria por cuanto afecta solo a productos extranjeros, no importando que no solo afecte a Uruguay sino a todo el mundo”.

“c) El tercer presupuesto es el de la justificación o no de la medida”, apoyándose en la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que establece que cuando haya una verdadera causa ambiental será justificable la medida que hiere el principio de libre comercio. Siguiendo la referida jurisprudencia, considera que la medida del gobierno argentino no es justificable porque además de tratar del medio ambiente cita también la industria nacional proveedora de neumáticos remoldeados.

“d) El cuarto y más difícil criterio a salvar es el de la proporcionalidad considerando que toda medida que obstaculice al libre comercio debe ser siempre evaluada con criterio restrictivo”. De este modo, la justificación y la proporcionalidad son conceptos vinculados y por esta razón la medida de Argentina fue desproporcionada, pues no redujo el impacto ambiental, siendo el producto uruguayo igual al argentino, es decir, no habría por qué prohibir la entrada de los neumáticos remoldeados de Uruguay.²⁷

4. Aplicación de medidas compensatorias por Uruguay

Sin embargo, Uruguay consideró que la Argentina no había dado cumplimiento al laudo del TRP, pese a sus reiteradas solicitudes de ejecución. Frente a esta situación, decidió la aplicación de medidas compensatorias, en los términos de los artículos 31 y 32 del Protocolo de Olivos así como los artículos 43 y 44 del Reglamento del PO²⁸. Tales

²⁷ Un análisis más detallado del laudo puede encontrarse en: SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Tercer informe sobre aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur (2005)*, Secretaría del Mercosur - Fundación Konrad Adenauer - Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados (editores), Montevideo, 2007.

²⁸ Capítulo VIII. Medidas Compensatorias

Artículo 43. Medidas compensatorias (art. 31 PO)

1. No podrán aplicarse medidas compensatorias en el caso que existiere un pronunciamiento del Tribunal en base a los procedimientos establecidos en el artículo 30 del Protocolo de Olivos, disponiendo que las medidas adoptadas para dar cumplimiento al laudo son suficientes. Si las medidas compensatorias ya estuvieran aplicándose, deberán ser dejadas sin efecto.
2. La justificación de la aplicación de las medidas compensatorias en un sector distinto al afectado en la controversia, deberá incluir datos que permitan comprobar que resulta impracticable o ineficaz aplicarlas en el mismo sector. Dicha justificación será presentada conjuntamente con la notificación

medidas, adoptadas por decreto 142/007 del 17 de abril de 2007, consistieron en la fijación de una tasa global arancelaria del 16% a la importación de la Argentina de neumáticos clasificados en la NCM del MERCOSUR con la indicación 4011.10.00.00 y 4012.11.00.00 (neumáticos-llantas neumáticas).

5. Cuestionamiento de Argentina de las medidas compensatorias

Ahora bien, la medida uruguaya no tiene por objeto exactamente a los mismos productos que eran afectados por la ley argentina (neumáticos usados o recauchutados) sino que abarca a todos los neumáticos procedentes de dicho país.

Debido a esta circunstancia, Argentina entendió que las medidas compensatorias aplicadas por Uruguay fueron excesivas y solicitó al TPR, basado en el artículo 32 del PO, que se pronuncie sobre la proporcionalidad de las medidas compensatorias adoptadas por el Uruguay en relación con el incumplimiento del laudo 01/2005.

La República Argentina advirtió en primer lugar que existía un retraso interno en la aprobación de una ley modificatoria de la 25.626. En segundo lugar, considera que la expresión “equivalentes” empleada en el artículo 31 del PO inciso 1 y 2, debe ser interpretada tal como se entiende en la Organización Mundial del Comercio (OMC): equivalencia entre la medida compensatoria y el perjuicio provocado.

En consecuencia, y de acuerdo al Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, el criterio para evaluar el nivel del perjuicio en este caso es el impacto sobre el valor de las importaciones, es decir el impacto sobre aquellas corrientes comerciales que existirían de no haberse dictado la medida. Por último, Argentina argumenta que tal como sucede en la OMC los daños deben evaluarse a partir de la fecha en que se incumple el

por la que se informan las medidas compensatorias a ser tomadas, de conformidad con el artículo 31.3 del Protocolo de Olivos.

Artículo 44. Proporcionalidad de las medidas compensatorias (art. 32. 2 PO)

1. El Estado que alegue que las medidas compensatorias aplicadas son excesivas presentará ante el Tribunal que corresponda la justificación de su posición.
2. Para facilitar la tarea del Tribunal que debe pronunciarse sobre la proporcionalidad de las medidas compensatorias adoptadas, el Estado parte en la controversia que las aplica deberá proveer información detallada referida, entre otros elementos, al volumen y/o valor del comercio en el sector afectado, así como todo otro perjuicio o factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas compensatorias.
3. La información mencionada en los numerales 1 y 2 del presente artículo será remitida al Tribunal a través de la SM o de la ST, según corresponda y en este último caso con copia a la SM.

laudo y no a partir de la fecha de adopción de la ley argentina. Por todo ello, las medidas compensatorias uruguayas han resultado excesivas y desproporcionadas respecto de las consecuencias del laudo 01/2005, calculando que las mismas afectan un flujo comercial 30 veces superior al afectado por la prohibición argentina, lo que no es acorde a derecho porque no es equivalente al daño producido y tiene carácter punitivo, por lo cual solicita al TPR que establezca el monto proporcionado de las medidas compensatorias que podría aplicar Uruguay.

Por el contrario, Uruguay señala en primer lugar que Argentina reconoce el incumplimiento del laudo. Considera que las medidas compensatorias tienen por objetivo que se acate el laudo a la vez que reducir el daño provocado. Por ello, objeta emplear como sinónimos la noción de proporcionalidad y la de mera equivalencia. Para Uruguay las normas OMC ni su jurisprudencia son aplicables, no siendo posible ninguna analogía. Respecto a las medidas adoptadas, entiende que son en el mismo sector en que se ha sufrido el perjuicio y que si se hubieran limitado al exacto ítem de la NCM en que se produjo la restricción argentina las mismas hubieran sido ineficaces y se hubiera frustrado el objeto de las medidas por la asimetría de los tamaños de las Partes. Sostiene que la medida de Argentina afectó el 0.30% del total de las exportaciones uruguayas a la Argentina mientras la medida uruguaya afectó al 0.07% del total de las exportaciones de la Argentina hacia el Uruguay. Finalmente considera que deben tenerse en cuenta los daños a partir de la adopción de la ley argentina y no desde la determinación del incumplimiento del laudo.

6. La decisión del TPR: el Laudo 01/2007

El Tribunal Permanente de Revisión se expidió el 8 de junio de 2007, resolviendo que la medida compensatoria aplicada por Uruguay era proporcional y no excesiva, de acuerdo a los fundamentos que se sintetizan a continuación.

Luego de algunas consideraciones preliminares, el TPR señala que en el Mercosur se ha creado una “comunidad de intereses” en diversas áreas lo que no sucede en los acuerdos meramente de libre comercio.

En virtud de ello, destaca que es muy grave el incumplimiento de una sentencia arbitral del TPR para todo el sistema, y que es una situación límite el que un país sea llevado a tener que imponer medidas compensatorias para obtener su cumplimiento. En tal

sentido, cita jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA): “el desacato a una sentencia constituye la más grave ofensa de cuantas puedan ser inferidas al Ordenamiento Jurídico Comunitario, pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el del respeto del fallo que dirime una controversia en última instancia (...) tal situación es siempre y en todos los casos de una gravedad extrema” (Punto 8.4 del Laudo). “En palabras del TJCA, aplicables al Mercosur (...) cuando se desacata una sentencia no sólo se causa un daño particular o concreto que puede ser reparado con una medida compensatoria a favor de quién sufre el daño, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en un hecho que afecta a todos los Países Miembros, así como a los Órganos del Sistema al lesionar el proceso de integración”. (Punto 8.5 del Laudo).

En lo principal, el TPR expresa que “(...) la falta de observancia de una decisión del Tribunal, además de perjudicar al Estado parte beneficiado por la misma, pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del Mercosur, provocando, asimismo, una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación al proceso en su conjunto” (párrafo 8.2).

Dado que el laudo 01/2005 incumplido es el primer pronunciamiento del Tribunal por lo que “(...) de perdurar en el tiempo, llegado el caso, puede tener un efecto contagioso sobre los Estados Partes, con lo cual la potencialidad perjudicial del hecho aumenta considerablemente, pudiendo llegar a comprometer las bases mismas del proceso de integración” (párrafo 8.7)

Luego, el TPR pasa a evaluar el daño que una medida compensatoria tiende a revertir, prescindiendo de las concesiones comerciales recíprocas (como en el caso de la OMC). Por el contrario, entiende que engloba tanto el daño económico²⁹ como el daño “institucional”. Para así decidir cita numerosa jurisprudencia del TJUE³⁰ y del Tribunal andino.

²⁹ En los términos del TRP, el daño económico es más amplio que el daño comercial, puesto que el daño económico está integrado por el daño comercial y por otros componentes como “las cuestiones tales como las derivadas de las asimetrías en cuestión, las pertinentes escalas de economía, capacidad ociosa perdida, desempleo, costos hundidos, o inversiones perdidas”.

³⁰ El TPR en particular, concluye : “Con las distancias del caso ya que en la UE están prohibidas las medidas compensatorias, sin embargo los criterios mencionados en este laudo dados a conocer por la Comisión Europea en relación al sistema de cálculo de multas coercitivas son igualmente de plena aplicación al caso

En concreto, considera que como mínimo las medidas compensatorias deben cubrir el daño comercial producido por el incumplimiento. Pero para garantizar la eficacia de la medida y la igualdad de los derechos y obligaciones de las Partes resulta necesario ponderar la medida en base al tamaño del Estado Parte afectado por la misma, de lo contrario podría ser preferible para el Estado omiso no cumplir con el laudo (Punto 10.7 del Laudo).

Entiende que esta forma de valorar la proporcionalidad y alcance de la medida compensatoria es coherente con lo dicho anteriormente respecto de la necesidad de tener en cuenta el daño institucional que provoca el incumplimiento (Punto 10.9 del Laudo).

Finalmente considera que no se ve afectada la proporcionalidad de una medida compensatoria por tener en cuenta para su aplicación el daño sufrido desde la fecha de la adopción del acto o medida nacional que ha sido luego declarado incompatible con el derecho mercosureño.

Por ende, por mayoría, el TPR decide que la medida compensatoria adoptada por Uruguay es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo 01/2005, conforme a la normativa aplicable.

V. Reflexiones finales: Presente y futuro

El Mercosur, tal como hemos podido apreciar, no cuenta con un sistema eficaz para la ejecución de los laudos en caso de falta de cumplimiento voluntario por parte del Estado parte infractor.

Las medidas compensatorias se asemejan más a la “ley del talión” (ojo por ojo, diente por diente) que a una verdadera ejecución de sentencia, ya sea judicial o arbitral. Ni siquiera existe certeza de que estas medidas sean útiles en todos los casos para estimular el cumplimiento del laudo. Por ejemplo, los países pequeños nunca van a poder aplicar una medida que tenga el suficiente impacto para generar un cambio de conducta en el Estado incumplidor.

Pensando en el futuro del Mercosur en materia de resolución de controversias, debemos tener presente que el Acuerdo Político aprobado por la Decisión CMC N°28/10

(gravedad de la infracción, duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia), para lo cual este Tribunal no necesita, en la realidad normativa actual, de ninguna delegación de soberanía”.

introduce, a modo de recomendación que la instancia constitutiva definitiva del Parlamento debe ponerse en vigencia en forma conjunta con la creación de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR y la ampliación de las actuales atribuciones del Tribunal Permanente de Revisión.

Con fecha 13 de diciembre de 2010, el Parlamento aprobó el proyecto de Norma 02/10 por el que se adopta el Protocolo constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR - presentado por los parlamentarios Adolfo Rodríguez Saá, por Argentina y Eric Salum Pires, por Paraguay - y elevó el mismo a consideración del Consejo del Mercado Común.

Dicho proyecto propone una Corte de Justicia “como órgano jurisdiccional, judicial, independiente cuya función esencial será garantizar la interpretación y aplicación uniforme del derecho del Mercosur, afianzando la consolidación jurídica del proceso de integración”.

La Corte de Justicia proyectada tendría competencia para entender en acciones de nulidad, acciones por omisión, acción de incumplimiento en las que están legitimadas los Estados Parte, los distintos órganos y las personas físicas y jurídicas. Además prevé la cuestión prejudicial, que podrá ser planteada en forma directa por cualquier órgano jurisdiccional de los Estados Partes, el Parlamento, CMC, GMC, CMC y Secretaría sobre la interpretación y validez de las normas del Mercosur. La respuesta de la Corte será vinculante. También se prevé la competencia de naturaleza arbitral y en asuntos de índole laboral.

Las sentencias de la Corte serían inapelables, admitiéndose sólo el recurso de aclaratoria, y obligatorias para los Estados Partes, los órganos del Mercosur y las personas físicas y jurídicas.

Y en lo que nos atañe, el proyecto de Protocolo regula la etapa de cumplimiento de la sentencia, a través de una competencia de contralor de la propia Corte de Justicia, la cual en última instancia, puede culminar con la aplicación de una sanción pecuniaria al Estado parte remiso en el acatamiento de la sentencia.

La voluntad política de los Estados parte del Mercosur será la que, en definitiva, propicie o resista una transformación tan sustantiva en el sistema de solución de controversias de nuestro proceso de integración.

Bibliografía

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do, “Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 1, Nº 1, 2013, pp. 11 – 26.
- AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica, “Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur: algunos aspectos procesales”, en *Anuario* (no. 8 2004-2005), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2005.
- CHAGAS de MOURA, Liliam, “A consolidação da Arbitragem no Mercosur: O sistema de Solução de Controversias após oito Laudos Arbitrais” en *Solução de Controversias no Mercosul*, Cámara de Diputados do Brasil, Sección Comisión Parlamentaria Conjunta, Brasilia, 2003.
- CZAR de ZALDUENDO, Susana, “Cuarto laudo arbitral del Mercosur ¿se afianza la juridicidad?”, *Microjuris*, Buenos Aires, 2001. Cita: MJ-DOC-1645-AR | MJD1645. Disponible en <http://ar.microjuris.com/> [Consulta: 24 de julio de 2013]
- CZAR de ZALDUENDO, Susana, “La competencia consultiva en el MERCOSUR”, en el *Suplemento Constitucional del diario La Ley*, Buenos Aires 28 de noviembre de 2005, Sección Doctrina, página 1.
- CZAR de ZALDUENDO, Susana, “Primera Opinión Consultiva en el MERCOSUR”, en *Suplemento La Ley Constitucional*, Buenos Aires, 26 de junio de 2007, página 57 y ss.
- DREYZIN de KLOR, Adriana y PEROTTI, Alejandro, *El Rol de los Tribunales Nacionales de los Estados del MERCOSUR*, Córdoba, Advocatus, 2009.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “Comentario al primer laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Mercosur - Nota a Fallo”, *Microjuris*, Buenos Aires, 1999. Cita: MJ-DOC-1039-AR | MJD1039. Disponible en <http://ar.microjuris.com/> [Consulta: 24 de julio de 2013]
- JOVTIS, Ignacio, “La proporcionalidad de las medidas compensatorias en el MERCOSUR: algunas reflexiones en torno al laudo 1/2007 del Tribunal Permanente del Mercosur”, en *Zlata Drnas de Clément* (coord.), Waldemar

- Hummer (ed.). *MERCOSUR y Unión Europea*, Lerner Publisher, Buenos Aires, 2008.
- KLEIN VIEIRA, Luciane, *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Ed. Bdef, (Euros editores), Buenos Aires, Argentina, 2011.
 - MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio, “El Protocolo de olivos para la solución de controversias en MERCOSUR: una reforma en clave continuista”, en *Anuario de derecho europeo*, N°. 3, 2003, pp. 177-198.
 - PASTORI FILLOL, Alejandro, “Comentarios al primer laudo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur sobre la aplicación en exceso de medidas compensatorias”, en Zlata Drnas de Clément (coord.), Waldemar Hummer (ed.). *MERCOSUR y Unión Europea*, Lerner Publisher, Buenos Aires, 2008.
 - PASTORI FILLOL, Alejandro, “La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional Análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el Mercosur”, en *Cuadernos de Integración Europea* N° 5 - Junio 2006, pp 61-93. Disponible en: <http://www.cuadernosie.info> [Consulta: 10 de julio de 2013]
 - PEROTTI, Alejandro Daniel, “¿Quién paga los costos del incumplimiento de las sentencias del Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR)? Responsabilidad del Estado por violación del Derecho de la integración”, en *Revista Quaestio Iuris*, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponible en: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/3665> [Consulta: 10 de julio de 2013]
 - RAMÍREZ, Lautaro M., “Aplicación de las normas del Mercosur por los tribunales argentinos. ¿Ejecución obligatoria o simplemente voluntaria?”, *Microjuris*, Buenos Aires, 2011. Cita: MJ-DOC-5582-AR | MJD5582. Disponible en <http://ar.microjuris.com/> [Consulta: 24 de julio de 2013]
 - ROCCO, Mónica, “Solución de controversias en el MERCOSUR: Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina por la ‘Prohibición de importación de neumáticos remoldeados’”, CALP, La Plata, 2006. Disponible en <http://www.calp.org.ar/> [Consulta: 24 de julio de 2013]

- SCOTTI, Luciana B., “El Derecho de la Integración en el Mercosur” (Capítulo IV), en NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la Integración. Manual*, Ed. Bdef, (Euros editores), Buenos Aires, Argentina, 2013, ps. 57 – 139.
- SCOTTI, Luciana Beatriz, "El Protocolo de Olivos: ¿un avance significativo o una nueva oportunidad perdida?", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 5, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com , Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de octubre de 2004. [Consulta: 10 de julio de 2013]
- SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Primer informe sobre aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur (2003)*, Secretaría del Mercosur - Fundación Konrad Adenauer - Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados (editores), Montevideo, 2005.
- SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Segundo informe sobre aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur (2004)*, Secretaría del Mercosur - Fundación Konrad Adenauer - Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados (editores), Montevideo, 2006.
- SECRETARÍA DEL MERCOSUR, *Tercer informe sobre aplicación del derecho del Mercosur por los tribunales nacionales y sobre la aplicación del derecho nacional a través de los mecanismos de cooperación jurisdiccional internacional del Mercosur (2005)*, Secretaría del Mercosur - Fundación Konrad Adenauer - Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados (editores), Montevideo, 2007.
- SILGUERO, Roque F., “Los objetivos del Mercosur y la opción de foro”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 1, N° 1, 2013, pp. 229 – 257.

- Laudos, aclaraciones y opiniones consultivas de los Tribunales del Mercosur (Ad Hoc y TPR), disponibles en <http://www.tprmercosur.org/es/>