

LA OPCIÓN DE FORO EN EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR.

Fortalezas y debilidades
en aras de una propuesta superadora

María Soledad Britti

Abogada por la Universidad de Buenos Aires,
Argentina. Especialista en Abogacía del Estado
egresada de la Escuela del Cuerpo de Abogados del
Estado dependiente de la Procuración del Tesoro de
la Nación, Argentina. En el ámbito profesional, se
ha desempeñado en el Centro de Economía
Internacional de la Cancillería argentina, y
actualmente es Coordinadora de la Gerencia de
Normas Comerciales de la Comisión Nacional de
Comercio Exterior.

e.mail: soledad.britti@cnce.gov.ar

INDICE

INDICE DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: Una visión comparada del tratamiento de la "opción de foro" en otros sistemas de integración regional

1. Acerca de la "opción de foro"

1.1. La prohibición de la opción en el sistema europeo

1.2. La Comunidad Andina y la exclusividad en materia de solución de sus conflictos

1.3. Una a favor: el Tercer Borrador de la Propuesta ALCA

1.4. La opción de foro como alternativa en el NAFTA

2. Los modelos que sirvieron como antecedente

CAPÍTULO II: El Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR

1. Tratamiento de Solución de Controversias en el MERCOSUR

1.1 El Protocolo de Brasilia

1.2 El caso "Pollos". Un paso previo al cambio

1.3 La reforma llegó: El Protocolo de Olivos

CAPÍTULO III: Luces y sombras de la "opción de foro"

1. Sobre las debilidades y fortalezas de la "opción de foro" como instrumento

1.1 Doctrina favorable a la opción

1.2 Doctrina no favorable a la opción

1.3 Nuestra opinión

2. El caso "Neumáticos". Y la ocasión para el cambio

LAS CLAVES DE LA REFORMA: HACIA UNA PROPUESTA SUPERADORA

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

INDICE DE ABREVIATURAS

ACE: Acuerdo de Complementación Económica.

ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas.

CE: Comunidades Europeas.

CEPA: Centro de Empresas Procesadoras Avícolas.

CMC: Consejo del Mercado Común

CNCE: Comisión Nacional de Comercio Exterior.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

DGAJ: Dirección General de Asuntos Jurídicos.

Ex MEYOSP: Ex - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

Ex SICyM: Ex - Secretaría de Industria, Comercio y Minería.

FOB: Free on Board.

GANRI: Grupo de Alto Nivel de Reforma Institucional del MERCOSUR.

GAHN: Grupo Ad Hoc para una Política Regional de Neumáticos Inclusive Reformados y Usados.

GMC: Grupo del Mercado Común.

LTDA.: Limitada.

ME: Ministerio de Economía.

MERCOSUR: Mercado Común del Sur.

NAFTA/TLCAN: North American Free Trade Agreement (Tratado de Libre Comercio de América del Norte).

OMC: Organización Mundial del Comercio.

Pág.: Página.

Parr.: Párrafo.

PET: Politereftalato de etileno.

PO: Protocolo de Olivos.

S.A.: Sociedad Anónima.

SSCE: Subsecretaría de Comercio Exterior.

TAH: Tribunal Ad Hoc.

TPR: Tribunal Permanente de Revisión.

Nº: Número.

U\$S: Dólares estadounidenses.

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene por objeto identificar las fortalezas y debilidades que implica la "opción de foro" en el Mecanismo de Solución de Controversias del MERCOSUR, en pos de efectuar una propuesta de reforma que consolide al bloque como el espacio natural, donde se diriman los conflictos que se susciten en dicho ámbito. A estos fines, hemos empleado una metodología jurídico-descriptiva, utilizando fuentes bibliográficas primarias y secundarias, tal como se verá reflejado en el apartado correspondiente.

En cuanto a la descripción del presente trabajo, comentamos que el mismo se encuentra dividido en tres capítulos. En el primero de ellos, procedemos a analizar el concepto de "opción de foro". A tal fin hemos considerado de radical importancia, llevar a cabo una revisión bibliográfica y documental, respecto de la inclusión o no de la "opción de foro" en otros sistemas de Solución de Diferencias en el plano regional, tomando en cuenta los casos de la Unión Europea, de la Comunidad Andina, del Área de Libre Comercio de las Américas y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, como así también de los modelos que sirvieron de antecedente.

En un segundo capítulo, nos adentraremos en el Tratamiento del Sistema de Solución en el MERCOSUR, realizando una descripción del sistema (1991 a la actualidad). En este capítulo, más allá del desarrollo disciplinar del tema, hemos analizado el caso "pollos" que a nuestro criterio importó una suerte de "transición" entre el modelo

originario del Protocolo de Brasilia y el instaurado por una reforma posterior, el llamado Protocolo de Olivos.

En el Tercer capítulo, llevamos a cabo una descripción de las más destacadas posiciones doctrinales en el tema objeto de estudio, para luego efectuar un análisis propio de la cuestión. Finalmente hemos considerado como cierre del presente capítulo, la descripción del caso que a nuestro criterio constituiría un posible punto de partida para una propuesta de reforma del actual Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR, el caso "neumáticos"¹.

Finalmente, y previo a la conclusión sobre el tema, presentamos al lector un apartado propositivo, el cual reivindica nuestra posición sostenida a lo largo del trabajo. Creemos que estamos ante la oportunidad de efectuar una verdadera propuesta de reforma del Sistema de Solución de Controversias de nuestro espacio de solidaridad ampliada que significa el MERCOSUR. Sin lugar a dudas, convergencia con la Comunidad Andina o con la Unión Sudamericana de Naciones mediante, nuestro MERCOSUR debe iniciar un camino de ida que lleve a mejorar, perfeccionar y consolidar sus instituciones.

¹ Nos referimos al primer caso tratado por el Protocolo de Olivos.

CAPÍTULO I: Una visión comparada del tratamiento de la "opción de foro" en otros sistemas de integración global y regional

1. Acerca de la "opción de foro"

Tal como nos indica Boldorini², en todos los casos la opción de un foro, implica la exclusión del otro foro, atento a que los principios generales del derecho y la regla imperativa de la "cosa juzgada" determinan que un mismo asunto no pueda ser juzgado dos veces (*non bis in idem*). En este sentido, el principio de cosa juzgada, impide que una controversia sea analizada y resuelta sucesivamente en dos foros distintos.

Sin perjuicio de la existencia de múltiples ejemplos en la materia, nos centraremos a renglón seguido, en los casos que a nuestro criterio gozan de mayor relevancia tales como la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones, la propuesta de Área de Libre Comercio para las Américas y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

1.1. La prohibición de la opción en el sistema europeo

Conforme surge del Artículo 292 del Tratado de la Comunidad Europea: "*Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado*". En este sentido, los Estado miembro encuentran en citado Tratado la prohibición de llevar un asunto relativo al Tratado

² Boldorini, María Cristina Protocolo de Olivos: innovaciones en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR. En *Solução de Controvérsias no Mercosul*. Ministério de Relações Exteriores, Brasil. Brasília 2003. Brasília 2003.p. 128.

Comunitario a otro mecanismo de solución de controversias.

Esta situación es ratificada, por el Tribunal de Justicia, en el caso de la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, (asunto C-459/03) de fecha 30 de mayo de 2006, y conforme se desprende de la sentencia: "*La obligación de los Estados miembros, establecida en el artículo 292 CE, de recurrir al sistema jurisdiccional comunitario y de respetar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia que constituye su rasgo fundamental debe interpretarse como una manifestación específica de su deber más general de lealtad que resulta del artículo 10 CE. Por consiguiente, no procede declarar un incumplimiento de las obligaciones generales establecidas en el artículo 10 CE si ya se ha declarado el incumplimiento de las obligaciones comunitarias más específicas que impone al Estado miembro el artículo 292 CE*".

En este sentido el Tribunal continuó argumentando que: "*Un acuerdo internacional, como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no puede menoscabar el orden de las competencias fijado por los Tratados y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 220 CE. Confirma esta competencia exclusiva del Tribunal de Justicia el artículo 292 CE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Tratado CE a un procedimiento de solución distinto de los previstos en él. Además, la Convención de que se trata permite precisamente evitar que se ocasione tal menoscabo*

a la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia preservando de esta forma la autonomía del sistema jurídico comunitario". ³

1.2. La Comunidad Andina y la exclusividad en materia de solución de sus conflictos

En este contexto, es dable destacar que el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina N° 472) el artículo 42, establece que: *"los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.*

Los Países Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado".

Conforme surge del texto citado, este sistema se encuentra limitado respecto del sometimiento de las controversias a los procedimientos del propio Tratado; siendo ello ratificado por el Tribunal de Justicia⁴, al sostener que *"la relación entre el derecho comunitario y el orden jurídico internacional, mirada desde una perspectiva externa, muestra al derecho internacional general como una*

³ En igual sentido se sostuvo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 3 de septiembre de 2008, en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P: "Un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia en virtud de la competencia exclusiva ... competencia de la que, por otra parte, el Tribunal de Justicia ha indicado ya que forma parte de las propias bases de la Comunidad...".

⁴ TJCA, sentencias Convenio de París para la protección de Propiedad industrial, proceso 1-IP-96, del 9 de diciembre de 1996.

de las fuentes del derecho comunitario, con las limitaciones que se derivan del particularismo característico del sistema comunitario, que, en el caso de la comunidad andina está determinado, entre otras cosas, por el ... Tratado de Creación del Tribunal, que le da a este órgano comunitario la exclusividad en la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena". Asimismo, el Tribunal remarcó que, "en el caso de diferencias sobre propiedad industrial deberán someterse a la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, según lo prescrito por ... su Tratado de Creación".

1.3. Una a favor: el Tercer Borrador de la Propuesta ALCA

Aquí la opción de foro se plantea de modo similar al previsto en el PO, o sea, la elección del mecanismo de solución de controversias de la OMC o de otro regional del que sean parte las Partes contendientes.

Así surge del artículo 8 del tercer borrador del Acuerdo⁵: "las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Capítulo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio [o de otro acuerdo regional de que sean parte las Partes contendientes,] podrán someterse a uno u otro foro a elección de la Parte demandante.

2. Una vez que una Parte haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo o al Entendimiento [o a un acuerdo regional], dicha Parte no podrá iniciar un procedimiento de solución de controversias

⁵ Recuperado desde: http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_s.asp, con fecha 1º de septiembre de 2008.

en ningún otro foro respecto [de las mismas cuestiones reclamadas] [de la misma medida] [vigente o en proyecto [o] [del mismo asunto]

3. [Antes de que una Parte inicie un procedimiento de solución de controversias conforme al Acuerdo de la OMC [u otro acuerdo regional del que sean parte las Partes en la controversia] contra otra Parte, [por un asunto que también pudiere ser interpuesto conforme al procedimiento de solución de controversias del ALCA,] se aplicarán las siguientes reglas:

a) La Parte demandante comunicará a las Partes de este Acuerdo su intención de hacerlo; y

[b) si hubiere pluralidad de reclamantes respecto de un mismo asunto, éstos procurarán convenir un foro único].]

4. Para los efectos de este artículo, se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias:

a) conforme al Acuerdo de la OMC, cuando [una Parte solicite el establecimiento de un grupo especial] [se haya establecido un grupo especial] de acuerdo con el Artículo 6 del Entendimiento;

b) conforme a este Acuerdo, cuando [una Parte solicite el establecimiento de un grupo neutral] [se haya establecido un grupo neutral] conforme al Artículo 11 (Establecimiento del grupo neutral);

[c) conforme a un acuerdo regional, cuando se cumplan los requisitos previstos para un grupo especial u órgano adjudicativo similar en dicho acuerdo]”.

1.4. La opción de foro como alternativa en el NAFTA

De acuerdo a lo prescripto en el Capítulo XX referido a las Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de

América del Norte, esta zona de Libre Comercio cuenta en su sistema de Solución de Controversias con la opción de foro.

Tal como lo establece los artículos 2004 y 2005 que a continuación se numeran: *"Salvo por los asuntos que comprende el Capítulo XIX, 'Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias', y que se disponga otra cosa en este Tratado, las disposiciones para la solución de controversias de este capítulo, se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo, según el sentido del Anexo 2004"*.

Artículo 2005: Solución de controversias conforme al GATT:
1. *"Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante"*.

Tal como surge de estos artículos, en el supuesto de una controversia relativa al TLCAN y el GATT, ésta puede resolverse en cualquiera de ambos foros, a elección de la parte reclamante.

Según Feder⁶, se establece una prevalencia del foro regional para ciertas materias, tales como las medioambientales o las fitosanitarias. En un terreno diferente aunque estrechamente conexo, en el marco del NAFTA, en dos casos específicos se ha valorado, en materia de ley aplicable -no de jurisdicción- la posibilidad de aplicar la regulación del ámbito multilateral o del regional y se resolvió por la aplicación de este último. Se optó, pues, por la prevalencia del régimen regional en su conjunto, desechando la opción por el multilateral.

2. Los modelos que sirvieron como antecedente

La cláusula de "opción de foro" es una tendencia que podemos identificar en numerosas propuestas de integración regional, tales como ya hemos visto, el Tercer Borrador del Acuerdo de Libre Comercio para las Américas, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el XXI Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 35 celebrado entre Mercosur y Chile sobre Régimen de Solución de Controversias (Art. 2); en el Anexo al Décimo primer Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económico N° 36 entre los Estados Partes del MERCOSUR y Bolivia, así como en la solución de controversias en las relaciones entre el MERCOSUR y la Unión Europea, en el ACE 58, MERCOSUR-Perú (Anexo VII, art. 2); entre otros.

⁶ Cfr. Feder, Berta. "El Protocolo de Olivos para la solución de controversias del MERCOSUR algunos aspectos particulares (técnico jurídicos, orgánico institucionales, procesales)". En Solução de Controversias no Mercosul. Ministério das Relações Exteriores- Divisão do MERCOSUR. Brasil, Brasília, 2003 p. 265.

En este sentido, la autora Gajate⁷ pone de manifiesto que: "en cuanto a la insoslayable referencia de los acuerdos antes mencionados que incluyen la opción de foro, no se debe asimilar los mismos al MERCOSUR pues los objetivos perseguidos no son equiparables en términos de grados de integración planteados".

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe aclarar que los procesos de integración tal como lo expone la Teoría de la Integración Económica, evolucionan transitando diferentes etapas que van desde la zona de libre comercio hasta la integración plena. Ergo desde este punto de vista, el MERCOSUR resulta comparable con los procesos del ALCA y del NAFTA.

CAPÍTULO II: El Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR

1. Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR

El Sistema de Solución de Controversias en el MERCOSUR se encontraba regulado en los instrumentos fundacionales, en el Anexo III del Tratado de Asunción, en el Protocolo de Brasilia y en el Protocolo de Ouro Preto, cuyo anexo se refiere al "Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur". Actualmente, Protocolo de Olivos derogó al Protocolo de Brasilia, -salvo para aquellas controversias abiertas bajo este Protocolo que en caso de avanzar, se seguirían por las normas allí establecidas- pero no a Ouro Preto, motivo por el cual como

⁷ Cfr. Gajate Rita Marcela. "MERCOSUR-ALCA: interrogantes en el relacionamiento continental". En: Actas de las II Jornadas Internacionales de Integración. La Plata junio de 2005.p. 9.

en el pasado convivía Brasilia con Ouro Preto, ahora convive Ouro Preto con el Protocolo de Olivos⁸.

1.1. Protocolo de Brasilia

El Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, en su artículo 1º fijaba el ámbito de aplicación para las controversias que pudieran surgir entre los Estados Parte, no contemplando la "opción de foro". El cual conforme opinión de Feder⁹, es un texto que nada dice, al no permitir ni prohibir, debe deducirse la libertad de los Estados de acudir a una u otra jurisdicción. Esta libertad se puso en práctica, como veremos más adelante, en el caso "pollos".

A su turno, Perotti¹⁰, en una postura crítica ante esta interpretación sostiene que, resulta "cuanto menos" discutible si el citado Protocolo tenía una laguna que, automáticamente, autorizaba una acción procesal que condujera a examinar un mismo hecho ya resuelto por un Tribunal Arbitral del MERCOSUR, según las normas del bloque, ante otro órgano de un sistema de solución de controversias distinto, que, bien es cierto examinará ese hecho ante otro prisma normativo. En esta dirección, el preámbulo mismo del Protocolo de Brasilia establecía explícitamente que los Estados Partes habían acordado su suscripción "reconociendo la importancia de disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado Tratado y de las disposiciones que de él se

⁸ Cfr. Opertti, Didier. "Los Últimos Avances Institucionales del MERCOSUR". En: Instituto de Rio Branco. Itamaratí. Brasilia, 2004. p.150.

⁹ Cfr. Feder, Berta. Op cit. P. 264.

¹⁰ Cfr. Perotti, Alejandro Daniel. Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR. ed. Marcial Pons - Fundación Konrad Adenauer, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 59-66.

deriven" y "convencidos de que el Sistema de Solución de Controversias contenido en el presente Protocolo contribuirá al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad". Difícilmente puede sostenerse que las bondades y los objetivos de este Protocolo podrían entenderse compatibles o coherentes con la permisión de, concluidos los procedimientos que él habilita, llevar el caso a otro foro de solución de controversias.

1.2 El caso "Pollos". Un paso previo al cambio

En septiembre de 1997, el CENTRO DE EMPRESAS PROCESADORAS AVÍCOLAS (CEPA) presentó ante la entonces Subsecretaría de Comercio Exterior (SSCE) una solicitud de apertura de investigación por importaciones de pollos eviscerados en condiciones de dumping, originario de la República Federativa del Brasil, alegando en dicha solicitud que las importaciones a precios de dumping originan una situación de amenaza de daño inminente a la producción avícola nacional, con impacto en los precios de productos similares en el mercado interno. En dicha oportunidad la CNCE, por medio del Acta N° 405 del 7 de enero de 1998 determinó que "del examen efectuado de la solicitud y de la información presentada, la Comisión concluye que no existen suficientes alegaciones de daño ni de amenaza de daño que justifiquen el inicio de la investigación". Dicha determinación motivó que la peticionante manifestara que existía nueva información que no había sido considerada, motivando dichas alegación el Dictamen DGAJ N° 115062.

Posteriormente el CEPA realizó una nueva presentación adjuntando datos actualizados de las importaciones de pollos eviscerados. Frente a este nuevo escenario, la CNCE emitió su Acta N° 464 del 22 de septiembre de 1998, en la

que se concluyó que "existen suficientes alegaciones de amenaza de daño que justifican el inicio de una investigación".

El 20 de enero de 1999 mediante Resolución ex SICyM N°11/99 (publicada en el Boletín Oficial de fecha 25 de enero de 1999), el Secretario de Industria, Comercio y Minería declaró procedente la apertura de la investigación.

El 28 de junio de 1999 por Acta de Directorio N° 531, la CNCE concluyó preliminarmente que existían indicios de daño a la industria nacional causados por las importaciones investigadas. Sin embargo, teniendo en cuenta la conveniencia de analizar en profundidad las distintas causas de daño además de las importaciones investigadas, se consideró conveniente avanzar a la etapa final de la investigación sin aplicación de medidas provisionales. En función de las conclusiones arribadas por la Comisión en esa oportunidad, no se aplicaron medidas provisionales durante la investigación¹¹.

¹¹ Según Alejandro Perotti, ante el presente cuadro de situación, y resultando un 'novedoso accionar', CEPA recurre a la justicia federal contencioso administrativa e interpone (a través de una sólida demanda) una solicitud de 'medida cautelar autónoma' a fin de que, alternativamente, (i) se decrete la prohibición de importación de pollos eviscerados provenientes de Brasil, o (ii) se establezca un cupo para dichas importaciones resultantes del promedio mensual del último año, hasta tanto la CNCE resuelva el expediente de dumping que se encontraba en curso, alegando que la industria nacional no podía esperar a la resolución final ni soportar los plazos administrativos. En su decisión, el juez de primera instancia resaltó el hecho de que a través de las Actas, el órgano administrativo encargado de los expedientes de dumping constató la amenaza inminente de daño, motivo por el cual el mencionado juez resolvió hacer lugar a la presentación de CEPA estableciendo un cupo mensual para las importaciones de pollos eviscerados provenientes de Brasil hasta tanto se llegara a una Resolución en el expediente por dumping. Esta decisión fue apelada por el Gobierno Nacional ante la Cámara Federal de Paraná aduciendo que dicha decisión resultaba violatoria de tratados internacionales y que no se había considerado la posibilidad de que la parte perjudicada iniciara acciones por incumplimiento del derecho del MERCOSUR. Frente a dicho planteo, la Cámara resolvió revocar la sentencia apelada y

El 21 de julio de 2000, por Resolución Ex MEYOSP N° 574/2000, publicada en el Boletín Oficial el 24 de julio de 2000, se procedió al cierre de la investigación y se fijó, por un término de tres años, "...para las operaciones de exportación hacia la REPUBLICA ARGENTINA de pollos eviscerados, originarias de la REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL ... un valor mínimo de exportación FOB de ... U\$S 0,92 por kilogramo para la firma productora-exportadora SADIA S/A, un valor mínimo de exportación FOB de ... U\$S 0,98 por kilogramo para la empresa productora-exportadora AVIPAL S/A AVICULTURA E AGROPECUARIA, y para el resto de los productores-exportadores brasileños un valor mínimo de exportación FOB de ... U\$S 0,98 por kilogramo, con exclusión de las empresas productoras-exportadoras brasileñas mencionadas en el artículo 4°"¹².

Ante esta Resolución, Brasil demandó a la Argentina en el marco del sistema de solución de controversias del MERCOSUR (PB) solicitando que el Tribunal que se constituyera al efecto, declarara que Argentina había incumplido la Decisión CMC N° 11/97 y, en consecuencia, ordenara la revocación de la Resolución impugnada. En este ámbito, el TAH constituido para entender en dicho litigio decidió no hacer lugar al petitorio de la Parte Reclamante y declaró asimismo que, atento a las *"normas del Mercosur vigentes, aplicables al caso, contenidas en el Tratado de Asunción, su*

levantar los cupos impuestos. CEPA interpuso Recurso Extraordinario contra dicha sentencia. A su turno, la CSJN desestimó el recurso planteado quedando firme la sentencia de la Cámara Federal de Paraná que había revocado el fallo de primera instancia, quedando así liberalizadas, desde el punto de vista judicial, las importaciones de pollos eviscerados provenientes de Brasil. Cfr. Perotti, Alejandro Daniel. "Un nuevo ejercicio de aplicación judicial del derecho - MERCOSUR El asunto Pollos". En: Revista de Derecho del MERCOSUR, N° 1/febrero 2001, p. 174-183.

¹² Son las firmas productoras-exportadoras FRIGORIFICO NICOLINI LTDA. Y SEARA ALIMENTOS S.A.

Anexo I y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera que consagran la libre circulación de bienes a partir del 31-12-99 y prohíben por consiguiente la aplicación de restricciones de cualquier naturaleza al comercio intrazona salvo las excepciones expresas resultantes de normas vigentes”, y analizando los “componentes principales” del “procedimiento de investigación de dumping (argentino) y las medidas antidumping adoptadas en base a ese procedimiento”, a fin de “determinar a través de factores objetivos si la investigación y las medidas antidumping han sido empleadas con desviación de poder, como instrumento de restricción comercial, violatorio por tanto de la regla de la libre circulación de bienes”, cabía reconocer que el procedimiento (argentino de antidumping) y la Resolución ME 574/2000 con la que culmina no constituyen un incumplimiento de la regla de libre circulación de bienes en el MERCOSUR”. Disconforme con el resultado, Brasil sometió la cuestión ante la OMC, iniciando una controversia en dicho marco contra la Argentina, la que culminó con un Informe del Grupo Especial, que halló que nuestro país había actuado de manera incompatible con las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping de la OMC), y recomendó, en consecuencia, la derogación de la citada Resolución N° 574/00.

Finalmente y a modo de interrogante que sea de utilidad a la hora de la reflexión en los apartados siguientes, comentamos al lector la cuestión acerca de por qué Brasil al momento de suscribir el Protocolo de Olivos no mantuvo el espíritu de conducta que lo guió a ello, al incoar ante la OMC el reclamo contra la Argentina por el caso ya

descripto, el que había concluido con un laudo en el MERCOSUR.

A partir de la experiencia recogida en este caso comienza a gestarse la propuesta de cláusula de "opción de foro", que posteriormente fuera introducida en el texto del Protocolo de Olivos Para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

1.3 La reforma llegó: El Protocolo de Olivos¹³

Conforme surge del artículo 1.2 del Protocolo de Olivos¹⁴:

"Las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Protocolo que puedan también ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte demandante. Sin perjuicio de ello, las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, convenir el foro.

Una vez iniciado un procedimiento de solución de controversias de acuerdo al párrafo anterior, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto, definido en los términos del artículo 14 de este Protocolo.

No obstante, en el marco de lo establecido en este numeral, el Consejo del Mercado Común reglamentará los aspectos relativos a la opción de foro".

¹³ El Primer Laudo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur fue "Neumáticos" sobre el cuál volveremos más adelante dada la importancia que reviste, para nuestro objeto de estudio.

¹⁴ Fue firmado el 18 de febrero de 2002 y entró en vigencia el 1 de enero de 2004 y su reglamento aprobado por Decisión CMC N° 37/03. Este protocolo fue aprobado por los cuatro países miembros originarios y en Argentina por la Ley 25.663/2002.

Es decir, a partir de la introducción de esta cláusula¹⁵ se abre la posibilidad de buscar la solución a los conflictos que entre los Estados partes pudieran surgir, accediendo al propio sistema de solución de controversias del MERCOSUR o a otros esquemas preferenciales del comercio del que sean parte los Estados miembros como ser por ejemplo ALCA¹⁶, entre otros.

Asimismo, la normativa habilita expresamente a la OMC como opción, que ante las particularidades que presenta, es probable que sea la de mayor importancia en los hechos.

En este sentido, es dable destacar que numerosos han sido los casos en que las partes en conflicto en el marco de un proceso de integración regional, han optado por dirimir sus controversias en el ámbito multilateral de la OMC.

En el ámbito de nuestro país un ejemplo que podemos analizar es el caso de "PET".

¹⁵ La propuesta de texto inicial argentina, relacionada con la opción de foro, expresaba que *"Las controversias comprendidas en el ámbito del presente Protocolo y que puedan, también, resolverse según el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, o de otros esquemas preferenciales de comercio, podrán someterse a uno u otro foro a elección de la parte reclamante. Una vez iniciado el procedimiento de acuerdo con el sistema elegido, el foro seleccionado será excluyente de los otros"*.

Posteriormente, Brasil efectuó una contrapropuesta de redacción limitando la opción y la exclusión de foro a las controversias vinculadas a aquella normativa OMC "que haya sido incorporada a la normativa MERCOSUR". Sobre ella se planteaban algunos interrogantes sobre si se considerará incorporada una norma OMC cuando haya sido transpuesta "in totum" (casos del SPS por la Dec. CMC 6/96 y del TBT por la Dec. CMC 58/00); o cuando algunas disposiciones se "refieren" a las de OMC (Dec. CMC 10/94 de Incentivos a la Exportación).

Paraguay subrayó la necesidad de que todas las controversias se resuelvan en el ámbito intrazona y de no ser ello posible que las partes de común acuerdo convengan el ámbito para resolverla. Cfr. Boldorini, María Cristina. Op. Cit, p. 127

¹⁶ Cabe señalar que ALCA sería una opción, en el caso de que avances las negociaciones y se llegue a consolidar un sistema de Solución de Controversias.

Argentina inició un procedimiento ante la OMC para demandar a Brasil por la imposición de Medidas Antidumping contra la importación de determinadas resinas (PET¹⁷)¹⁸, como resultado de un investigación llevada a cabo por Departamento de Defensa Comercial, a petición de la firma M&G Fibras y Resinas Ltda., aplicando un derecho definitivo mediante Resolución del Presidente del Consejo de Ministros de la Cámara de Comercio Exterior N° 29 del 26 de agosto de 2005. Lo que significó para la Argentina un adicional de U\$S 345 por tonelada, sosteniendo que el estudio estaba mal hecho¹⁹, y que no se trataba de un caso de dumping. Lo cierto es que con la imposición de esta medida, a la Argentina le significó dejar de exportar 120 millones de dólares.

En este contexto es dable destacar lo manifestado por el Secretario de Comercio de la Cancillería Argentina, Embajador Chiaradía al diario Clarín²⁰, para explicar porqué se tomó esta medida: "En algún momento hay que poner límites" "Fuimos directamente a la OMC, sin pasar por los tribunales del Mercosur, para no perder más tiempo. Ya nos

¹⁷ Politereftalato de etileno, es comúnmente utilizada para elaborar preformas que luego son transformadas en botellas y otros envases para: Bebidas carbonatadas, aceites, aguas, jugos, alimentos en general.

¹⁸ Documentos OMC involucrados: WT/DS355/1 de fecha 9 de enero de 2007 mediante el cual Argentina solicitó la celebración de consultas; WT/DS355/2 del 8 de junio de 2007 mediante el cual Argentina solicitó el establecimiento de un Grupo Especial; WT/DS355/3 de fecha 9 de octubre de 2007, mediante el cual se estableció el Grupo Especial; WT/DS355/4 del 20 de diciembre de 2007 referido a la Comunicación del Presidente del Grupo Especial y finalmente el WT/DS355/5 del 6 de febrero de 2008, en el que la Argentina indicó: "que el 29 de enero de 2008, la Cámara de Comercio Exterior del Brasil había adoptado la decisión de suspender la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de resina PET precedentes de la Argentina".

¹⁹ Cfr. Recuperado desde:

<http://www.clarin.com/diario/2007/01/10/elpais/p-01403.htm>, de fecha 10 de enero de 2007.

²⁰ Cfr. Clarín, op.cit. 10 de enero de 2007.

pasó que Brasil perdió en el Mercosur, no lo aceptó, y llevó el caso a la OMC"²¹.

Cabe resaltar, el menoscabo producido a los procesos de integración regional en virtud de la posibilidad de dirimir sus controversias extra-zona, se deja de manifiesto ante la creciente credibilidad y prestigio favorecida por la propia OMC de su sistema de solución de controversias.

Siguiendo con el análisis de la norma del PO, la misma reza que una vez elegido un foro queda excluido el otro, limitación que busca evitar la duplicidad de procedimientos y las resoluciones contradictorias.

Según Feder²², lo que establece el PO es más que una opción, es una prohibición. La opción existía de modo no expreso en Brasilia. La innovación se ciñe, en realidad, a la prohibición; prohibición que implica la preclusión de la posibilidad de acceder a cierto foro cuando se iniciaron las actuaciones en otro. O sea, el comienzo de los procedimientos en el marco del régimen regional implicará que no puede accederse luego al multilateral y al revés.

Asimismo, la norma en cuestión establece que de común acuerdo las partes en la controversia podrán convenir el foro al que acudirán para dirimir sus diferendos sin perjuicio de la facultad de selección de la jurisdicción por el demandante.

²¹ La expresión del Embajador Chiaradía, es a nuestro criterio carente de sustento jurídico, debido a que, al momento de llevarse adelante la controversia relativa a "PET" se encontraba en vigencia el Protocolo de Olivos.

²² Cfr. Feder, Berta. Op.cit., p. 264 a 265.

Según Feder, en este orden de idea, esta autorización tendrá en la práctica los mismos efectos que el supuesto selección por el demandante, en virtud de que la indicación tácita de la jurisdicción por éste, al incoar la demanda, determinará el foro al que deberá acudir el demandado para su defensa.

El último párrafo de la norma citada, pone en cabeza del Consejo de Mercado Común la reglamentación de los aspectos relativos a la opción de foro; reglamentación que se encuentra aún pendiente de realizar.

Al tratarse en la Cumbre de Olivos de febrero de 2002 el proyecto de Protocolo, el Canciller Didier Opertti de Uruguay propuso incluir un último párrafo al art. 1 otorgando al Consejo la facultad de reglamentar los aspectos relativos a la opción de foro, que fue finalmente incorporado. "Esta disposición abre la posibilidad a los Estados para que en un futuro pueda adoptarse el criterio de que las diferencias las resolvemos en casa. Incidirá indudablemente en esta decisión el funcionamiento del sistema, su celeridad y viabilidad de adentrarse en forma progresiva en asuntos de variada complejidad técnica".²³

En opinión de Feder²⁴, este nuevo contenido normativo no suscitó consenso como para ser incorporado sin más en el Protocolo. Por ello, se estableció, como en otros temas controvertidos, que el Consejo de Mercado Común reglamentará los aspectos relativos a la opción. Son sugerentes los términos empleados en la disposición. El "no obstante" inicial es expresión de que sin perjuicio de la

²³ Cfr. Boldorini, María Cristina. Op. Cit., 128.

²⁴ Cfr. Feder, Berta. Op.cit., p. 265.

innovación, serán necesarios ulteriores consensos para establecer las cuestiones no previstas en esta formulación general. Esta dificultad a la hora de la aprobación del PO obedeció a que la posición que presidió las deliberaciones partió para algunos de la jerarquización del acuerdo regional como filosofía.

En este marco es interesante resaltar la opinión de Puceiro Ripoll, quien considera que "no está todo dicho ni cerrado" ya que el "PO prevé expresamente la posibilidad de que el CMC reglamente los aspectos relativos a la opción de foro lo que incluye desde el desarrollo del régimen de opción hasta la supresión de esa opción de recurrir a foros ajenos a los del Protocolo"²⁵.

²³ Cfr Puceiro Ripoll, Roberto El Protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significado en el régimen de solución de controversias del Mercosur". En Solução de Controversias no Mercosul. Ministério das Relações Exteriores - Divisão do MERCOSUR. Brasil, Brasilia, 2003, p. 192.

CAPÍTULO III: Luces y sombras de la "opción de foro"

1. Sobre las debilidades y fortalezas de la "opción de foro" como instrumento

Atento a que la opinión de los autores se encuentra dividida en cuanto a las bondades de la "opción de foro" como instrumento jurídico, procederemos a continuación a reseñar las posiciones doctrinarias favorables y no favorables al instrumento de discusión.

Las alternativas que encontramos como favorable, sostienen que la opción otorga mayor seguridad jurídica y evita la duplicidad de procedimientos, al no permitir la existencia de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto.

En otro sentido, las opciones no favorables a la opción son las que la consideran como contraria a la consolidación de líneas jurisprudenciales que den certeza jurídica y la actitud de desconfianza de los países miembros del bloque respecto de su propio Sistema de Solución de Controversias.

Con la intención de efectuar una revisión de las posturas que han asumido diferentes doctrinarios de la especialidad, resaltamos a renglón seguido una serie de elementos que nos permitirán obtener una visión de conjunto sobre la temática planteada en este apartado.

1.1 Doctrina favorable a la opción

Boldorini²⁶ sostiene que: "Argentina consideró esencial incluir en el instrumento una disposición sobre opción-exclusión de foro, debido a que todos los Estados Partes

²⁶ Cfr. Boldorini María Cristina. Op cit, p. 126 y 127.

del Mercosur, al ser miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), tienen abierta la posibilidad de recurrir a ese organismo internacional. A criterio de Argentina la ausencia de una cláusula que estableciera que una vez efectuada la opción un foro es excluyente del otro, introduciría un elemento de inseguridad jurídica habilitando la posibilidad de obtener fallos sucesivos que pueden ser diferentes sobre una misma controversia.^{27 28}

Si bien el compromiso deseable con relación a la solución de controversias entre los Estados partes, sería que toda diferencia entre ellos fuera resuelta conforme al sistema propio de resolución de conflictos, en la actual etapa del proceso de integración todavía hay conflictos que podrían dirimirse en la OMC. Ello se debe a que algunos aspectos comerciales que vinculan a los socios están regulados más exhaustivamente en la normativa OMC.²⁹

²⁷ Asimismo la autora agregó que "Cabe señalar que en los orígenes del Mercosur, cuando la posibilidad de conflictos también era menor, se aludía a un pacto de caballeros por el cual todas las diferencias se debían resolver por los mecanismos intrazona. Al no quedar este acuerdo cristalizado formalmente y ante la pluralidad de foros y negociaciones en curso, se entendió conveniente contar con una disposición específica". Cfr. Boldorini María Cristina. Op cit, p. 126.

²⁸ En esta postura también se enrola Díaz Pereira quien "entiende que la cláusula "se erige en una garantía para los involucrados en una controversia" al cerrar la posibilidad de recurso a foros sucesivos" Cfr. Díaz Pereira, Ramón, "Protocolo de Olivos: alguna reflexiones sobre los institutos que deben ser objeto de reglamentación específica", en Solução de Controvérsias no Mercosul. Ministério de Relações Exteriores, Brasil. Brasilia 2003. p. 185

²⁹ En este mismo sentido, Adriana Dreyzin de Klor considera que "la solución [cláusula] es adecuada ... en función a los informes que evidencian el estado de las causas que tramitan ante ese foro [OMC]; aunque lo ideal sería que las Partes se decidan por el mecanismo intrazona, ello puede requerir de cierto tiempo; a la hora actual y en el estadio por el que atraviesa el proceso [MERCOSUR] no puede negarse una alternativa que otorga mayores rangos de certeza a la vez que garantiza a las Partes una tutela jurisdiccional más efectiva" Cfr. Dreyzin de Klor, Adriana." MERCOSUR: Los Laudos arbitrales, Una visión prospectiva". En: revista DeCitas N° 1, Buenos Aires, Editorial Zavalia. P. 11 a 12.

Asimismo la autora junto con Diego Fernández Arroyo. destacaron que en la misma línea y con relación a las razones que avalan la

En aras de exponer una opinión que recoge las distintas argumentaciones sobre el tema, consideramos interesante rescatar lo indicado por Gajate³⁰, quien observa como acertada esta opción, "pues viabilizaría los eventuales problemas de competencia que pudieran surgir ante la diversidad de esquemas en los cuales podrían ser parte individual o colectivamente, los Estados Parte.³¹ Para quienes se pronuncian a favor de esta opción se estaría configurando de este modo una solución ante la confluencia de diversas posibles competencias de mecanismos dada la participación simultánea de los Estados en diferentes esquemas de integración regional y/u organismos multilaterales.

Asimismo se ha sostenido que la elección de foro excluyente, "evitará decisiones internacionales divergentes sobre la misma materia, al tiempo que se elimina la posibilidad de que una misma controversia sea examinada por órganos de solución de controversias distintos".³²

posibilidad de recurrir al mecanismo de la OMC, destaca que "...el prestigio de que goza la Organización hace lo suyo, al señalar, "que desde la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC - en enero de 1995 - el número de casos de solución de diferencias se ha incrementado significativamente en comparación con la experiencia bajo el régimen del GATT. Dentro de la lista de casos iniciados en los últimos tiempos, puede comprobarse una creciente participación, como reclamantes, de países en vías de desarrollo hecho que se diferencia de la etapa anterior ya que bajo el GATT se procesaron casi exclusivamente disputas entre países desarrollados. Secretaría de la OMC, "Update of WTO Dispute Settlement Cases - New Developments since Last Update (up until 25 October 2002), WT/DS/OV/9, 29 de Octubre 2002. Cfr. Dreyzin de Klor, Adriana y Fernandez Arroyo Diego "O Brasil frente à institucionalização e ao directo do MERCOSUR". En: revista da Integração latinoamericana, Nº 1 Vol.1 2003. p. 16 a 17.

³⁰ Cfr. Gajate Rita Marcela. Op cit.p. 5.

³¹ Cfr. Díaz Labrano, Roberto R., "O Protocolo de Olivos: novo sistema de solução de controversias no MERCOSUR". En: Wilhelm Hofmeister y Franklin Trein org., Anuario Brasil-Europa (2002). Solução de controvérsias, Arbitragem comercial e Propriedade intelectual, editora Konrad Adenauer Stiftung, p. 103/104.

³² Cfr. Barral, Welter. "O Protocolo de Olivos e as controvérsias no MERCOSUL", en Wilhelm Hofmeister y Franklin Trein org., Anuario

La visión positiva se complementa con los siguientes fundamentos: "por un lado, evita actitudes discrecionales por parte de los Estados a la hora de evaluar si están reunidas las condiciones para recurrir al sistema multilateral; y, por otro lado, aún más relevante, permite evitar que el sistema multilateral sea utilizado como un tribunal de alzada para la revisión de decisiones pronunciadas en el ámbito regional".³³

Sin perjuicio de que el autor Morales Paula se considera crítica de la cláusula de elección de foro, esta a favor de "su objetivo de evitar la duplicidad de procedimientos y consecuentes resoluciones contradictorias, consagrando así el respeto a la cosa juzgada".³⁴

1.2. Doctrina no favorable a la opción

Perotti, se refirió al tema de estudio sosteniendo que "la elección de foro configuraría un error impuesto por una práctica contraria al Tratado de Asunción".^{35 36}

En este orden de ideas y como argumentos respaldatorios a

Brasil-Europa (2002). Solução de controvérsias, Arbitragem comercial e Propriedade intelectual, editora Konrad Adenauer Stiftung, p. 92/93.

³³ Cfr. Negro, Sandra Cecilia. "Os acordos de integração regional e as suas relações com o sistema GATT - OMC, p. 539/540, en Arno Dal Ri Júnior y Odette María de Oliveira org, Direito Internacional Económico em expansão. Desafíos e dilemas, editora INIJUI, Río Grande do Sul, Brasil, 2003.

³⁴ Cfr. Guilherme Morales de Paula. "A cláusula de eleição de foro do Protocolo de Olivos e seus efeitos contraproducentes para o Mercosul En: Revista Esc. Direito Pelotas, n. 6 (1), 2005, p. 196. La traducción es nuestra.

³⁵ Cfr. Recuperado desde: www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=219904 de fecha 26 de febrero de 2002.

³⁶ Según Adriana Dreyzin de Klor, citando esta frase considera que "las desventajas de posibilitar la elección de foro enraizan en el debilitamiento que puede producir en el sistema de integración". Cfr. Dreyzin de Klor, Adriana. "O Protocolo de Olivos e as controversias no MERCOSUL". Recuperado de: <http://www.uc3m.es/ec3m/inst/MGP/JCI/05-22-foro-protocololivos.htm>.

esta aseveración, Perotti³⁷ manifestó que "... no se comprende fácilmente la razón que justifica la posibilidad de los Estados Partes de optar entre el sistema de solución de controversias del bloque y otro diferente. Tal actitud podría ser entendida como una visión de desconfianza que los propios países socios tendrían en relación al régimen del PO, ya que en determinadas circunstancias una controversia podría ser llevada a conocimiento de la OMC, entre otros, o del propio MERCOSUR. Ciertamente, esta actitud vacilante no puede ser considerada como una herramienta que busque la consolidación institucional y jurídica del bloque".

Por otro lado, "si la razón de la opción de foro radica en las "mayores" garantías que el sistema de la OMC en cuanto al procedimiento y al efectivo cumplimiento del laudo que pone fin a la controversia, evidentemente este argumento cae por su propio peso. En efecto, si el MERCOSUR sufre de un sistema de solución de controversias menos "efectivo", una solución acorde con el interés de los Estados Partes de consolidar el bloque, no es posibilitar el recurso a la OMC, sino, al contrario, apuntalar institucionalmente el mecanismo regional a fin de asegurar que tanto el procedimiento como los laudos se cumplan íntegramente y en debida forma".

"Si la verdadera finalidad perseguida con esta cláusula es asegurar que en el futuro no se produzcan apelaciones encubiertas de procedimientos finiquitados en el MERCOSUR, lo lógico y además beneficioso para la institucionalidad, debió haber sido establecer la competencia privativa y excluyente del TAH y del TPR para todas las controversias

³⁷ Cfr. Alejandro Daniel Perotti. Op cit.p. 78 y 80.

originadas al amparo del ordenamiento jurídico del TA, o lo que es lo mismo, la prohibición absoluta para plantear un conflicto de este tipo en el ámbito de un mecanismo de resolución de conflictos diferentes de los creados por el PO".

Conforme las razones expuestas Perotti concluye que: "la cláusula de opción de foro, al ser incompatible con un proceso de integración que tienda a su profundización institucional y jurídica, debería ser suprimida del PO y reemplazada por una disposición que establezca la competencia exclusiva y excluyente del TAH y del TPR".³⁸

En el Segundo Encuentro de Supremos Tribunales del MERCOSUR³⁹ claramente se ha expresado en relación con el significado de la cláusula de la elección de foro que ésta significa: "la semilla de su propia destitución que obra en el mismo Protocolo de Olivos. La constante de seguir un esquema similar al de la OMC ha permitido adoptar la cláusula de la elección de foro, '*el forum shopping*'⁴⁰, que constituye un jaque al Tribunal más nuevo e inexperto, dando la opción a las partes para elegir cualquier otro fuero cuya funcionalidad -por cierto más conocida que la novedad del TPR- figure más atractiva o segura para los intereses de éstas ... para el caso de evitar resoluciones contrapuestas o divergentes, se podría haber estipulado una cláusula de exclusividad en el propio PO para que fuese el único foro a acudir similar al artículo 42 del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena".

³⁸ Cfr. Alejandro Daniel Perotti. Op cit.,. P. 80

³⁹ En Actas del II Encuentro de Supremos Tribunales del MERCOSUR, desarrollado en Brasilia, del 28 al 30 de noviembre de 2004.

⁴⁰ La expresión "forum shopping" es muy utilizada en Derecho Internacional Privado, para referirse a la elección del foro más favorable al demandante.

Según Paula Morales⁴¹ al posibilitarnos la elección de foro, tenemos en juego no sólo la solución de un conflicto oriundo del MERCOSUR juzgada en otro foro (OMC), sino también la propia debilitación del sistema de solución de controversias, que es uno de los pilares centrales de un sistema de integración.

Esa debilitación puede tener fundamento en diversas razones dentro de las cuales podemos destacar el hecho de que al llevar una disputa a la OMC y no al MERCOSUR, haremos que la misma sea apreciada y juzgada por árbitros con nacionalidades de Estados fuera del proceso de integración que puedan tener intereses políticos contrarios al propio éxito del MERCOSUR, pudiendo influenciar negativamente una decisión.

Más allá de fundamentos políticos que podrán debilitar nuestro mecanismo de solución de controversias, también podemos destacar el hecho de que la cláusula de opción de foro podrá hacer que sea sometido un número cada vez menor de controversias ante el mecanismo del Protocolo de Olivos, imposibilitando así la creación de una base jurisprudencial, restándole notoriedad y prestigio, haciendo que se cuestionen en caso de que no sea solicitado un número razonable de opiniones consultivas, la propia conveniencia de existencia de un Tribunal Permanente de Revisión, lo que sería un atraso.

Tenemos entonces una situación de conflicto donde el Estado tendrá que elegir entre prestigiar el sistema de solución de controversias, lo que es muy importante a la vista de la necesidad de afirmación del Tribunal Permanente del

⁴¹ Cfr. Guilherme Morales de Paula. Op. Cit. p. 194 a 195.

MERCOSUR y de la jurisprudencia comunitaria u obtener ventajas para sí mismo, lo que traerá consecuencias negativas en el ámbito político y jurídico.

Según Barreira⁴² "la 'opción de foro' se contradice con el invocado objetivo de unificación de la jurisprudencia del MERCOSUR que se adujo para la constitución del TPR, permitiendo que se atomice la fuente de los pronunciamientos que recaigan en los conflictos dentro del bloque.

En este mismo sentido, los jueces que resolverán la cuestión serán, al menos en gran parte, ajenos al modo de pensar el derecho en los países del MERCOSUR (que se nutren en la misma escuela del derecho continental europeo), hablarán un idioma distinto y quizás compartan valores diferentes. Una contienda entre dos Estados del MERCOSUR, que en su sistema no permite la intervención de los otros Estados Partes⁴³ podrá llevarse a cabo por el sistema de la OMC, en el cual los Paneles habilitan la intervención de terceros Estados que aduzcan interés sustancial en la contienda. De esta manera, además de los otros Estados del MERCOSUR que ahora podrán intervenir en la contienda, se permitirá intervenir en ella a cualquiera de los más de 150 países de la OMC que invoquen interés en el resultado de la controversia, pese a que nada tuvieran que ver con las normas ni la problemática regional".

⁴² Cfr. Barreira Enrique. "La crisis del régimen de solución de controversias del Mercosur". En: Revista IDEA N° 245, año XXX, septiembre- octubre de 2007, p. 59-60

⁴³ El Tribunal "ad hoc" del MERCOSUR que dictó el 9° Laudo sobre subsidios a la exportación de lana del Uruguay, expresó que dado que la doctrina de los laudos de los tribunales arbitrales puede inspirar la actuación tanto de tribunales arbitrales posteriores como de instancias judiciales nacionales, era deseable que los Estados Partes que no estuvieran directamente involucrados en la contienda pudieran exponer sus puntos de vista.

En un sentido propositivo, Barreira sostiene que deberá pensarse "en un sistema de integración del TPR que evite la doble representación automática de uno de los Estados Partes, quizás mediante una elección circunstancial del quinto árbitro por sorteo en caso de no llegarse a la mayoría requerida, como lo propusiera Alonso García en alguna oportunidad".

A su turno, Puceiro Ripoll⁴⁴ que se confiesa contrario a dicha cláusula⁴⁵, sostiene que "... las controversias que surjan en el marco del MERCOSUR no pueden tener mejor y más apropiado y connatural foro que el del propio MERCOSUR, y la facultad [de] elección por la demandante puede transformarse en definitiva en la posibilidad de manejos y maniobras no deseables y distorsionantes del objetivo que posee un estricto régimen de solución de controversias", considera que "no está todo dicho ni cerrado" ya que como se ha dicho al comienzo de este trabajo el "PO prevé expresamente la posibilidad que el CMC reglamente los aspectos relativos a la opción de foro lo que incluye desde el desarrollo del régimen de opción hasta la supresión de esa opción de recurrir a foros ajenos a los del Protocolo".

Didier Opertti⁴⁶, en referencia a la opción de foro, ha manifestado que: "... ésta libre disposición de la jurisdicción, esta suerte de forum-shopping, que nos plantea esta norma, es un elemento de fragilidad del

⁴⁴ Quien es miembro del TPR desde el año 2004. Cfr. Puceiro Ripoll Roberto. Op. cit. p. 192.

⁴⁵ También en contra de esta cláusula, Bianchi Gomes, Eduardo, "Protocolo de Olivos: Modificaciones en el sistema de soluciones de controversias del Mercosur y perspectivas", Curitiba, Brasil, 2002 p. 9.

⁴⁶ Cfr. Opertti Didier. Op Cit,. P. 152.

sistema, pero es una fragilidad acotada por el carácter intergubernamental del organismo".

1.3 Nuestra opinión

Ahora bien, sin desconocer la existencia de una parte de la doctrina que considera favorable la introducción de la opción de foro por el Protocolo de Olivos, cuya máxima convicción al respecto es que esta cláusula otorga seguridad jurídica, es dable destacar que dicha seguridad, no se alcanza, ni se logra, ni se agota con la sola introducción de esta cláusula. Motivo por el cual y teniendo en cuenta las posturas que creen desventajosa este instrumento, en consonancia con las líneas argumentativas anteriormente expuestas, consideramos que para lograr el fortalecimiento del sistema de solución de controversias del Mercosur, se requiere de una tarea más arriesgada.

El Mercosur deberá realizar un fortalecimiento institucional que permita hacer creíble a su sistema de solución de controversias, a través de una serie de reformas que oportunamente expondremos en el apartado propositivo del presente trabajo.

2. El caso "NEUMATICOS"⁴⁷ y la ocasión para el cambio

En el orden de lo que hemos venido desarrollando en el presente trabajo, podríamos decir que, como el caso

⁴⁷ Cabe señalar que existen controversias vinculadas con el mismo objeto que la presente, tales como la controversia planteada Uruguay a Brasil por la "Prohibición de importación de neumáticos remoldeados" (Laudo N° 6).

En este sentido destacamos que el laudo fue favorable a Uruguay motivo por el cual se le impuso a Brasil que levante la prohibición de importación de neumáticos remoldeados y adapte su legislación. Esto suscitó una controversia ante la OMC llevada a cabo por la Unión Europea contra Brasil, por este mismo tema, el que se desarrollara sucintamente en el presente punto, al sólo efecto de vincularlo con el caso bajo estudio.

"pollos" que funcionó como una suerte de "bisagra" a partir del cual los Estados Partes decidieron la introducción de la cláusula de "opción de foro" en la revisión del Sistema de Solución de Controversias; el caso de "neumáticos" que se analizará a continuación, se ha constituido como el disparador a partir del cual, los Estados mercosureños tomen conciencia de la importancia de favorecer y promover un nuevo sistema de solución de controversias.

La controversia sobre neumáticos fue presentada por Uruguay en el marco del PO, cuestionando la compatibilidad con la normativa MERCOSUR de la Ley 25.626 (vigente desde el 16/08/2002), que prohíbe la importación de neumáticos "remoldeados".

La primera etapa tuvo lugar ante un TAH, que con fecha 20 de octubre de 2005 emitió un Laudo favorable a nuestro país indicando la plena compatibilidad de la Ley 25.626 con la normativa MERCOSUR vigente.

Posteriormente, Uruguay presentó un recurso de revisión del Laudo del TAH ante el TPR que emitió su Laudo por mayoría el día 20 de diciembre de 2005 (Laudo N° 1/2005) revocando el Laudo recaído en la instancia anterior determinando la incompatible con la normativa MERCOSUR, y ordenando que Argentina procediera a derogar o modificar la Ley 25.626 en un plazo de 120 días (plazo vencido el 20 de abril de 2006). Dicha decisión, conforme la misma dispone, tendrá vigencia hasta que el MERCOSUR apruebe una normativa sobre la importación de neumáticos remoldeados.

Cabe resaltar que la República Argentina presentó un recurso de aclaratoria en relación al laudo del TPR de

fecha 20 de diciembre de 2005, lo que constituyó el Laudo N° 1/2006 del Tribunal Permanente de Revisión del 13 de enero de 2006.

Transcurrido el plazo que había fijado el Tribunal para el cumplimiento del laudo y sin que Argentina dictara norma alguna para dar cumplimiento al mismo, el Poder Ejecutivo de Uruguay, el 17 de abril de 2007 emitió el Decreto N° 142/07 imponiendo medidas compensatorias contra nuestro país.

Dichas medidas consisten en la aplicación de una tasa arancelaria adicional de 16% a la importación de neumáticos nuevos (posición 4011.10.00.00) y recauchutados (posición 4012.11.00.00).

Al respecto, el 3 de mayo de 2007 Argentina recurrió ante el TPR, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 32, inciso 2 del PO en razón de considerar que las mismas resultaban excesivas. Ante la ambigüedad de los términos del PO respecto al cálculo de las medidas compensatorias, el TPR desestimó el recurso de Argentina tomando en cuenta criterios tales como la asimetría de las economías de las partes y otros tales como un supuesto "daño institucional" toda vez que "ante la falta de observancia de una decisión del Tribunal, en este caso de su primer laudo, además de perjudicar al Estado Parte beneficiado por la misma, pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del MERCOSUR, provocando una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación con el proceso de integración en su conjunto" y ... "puede tener un efecto contagioso sobre los estados parte, con lo cual la potencialidad perjudicial del hecho aumenta

considerablemente, pudiendo llegar a comprometer las bases mismas del proceso de integración".⁴⁸

El 28 de noviembre de 2007 el Honorable Congreso Nacional aprobó la Ley N° 26.329 que, con el objeto de dar cumplimiento al Laudo del TPR, deja sin efecto la prohibición de importar neumáticos remoldeados y la sustituye por un mecanismo de compensación del pasivo ambiental que permite importar neumáticos remoldeados desde determinado origen en una cantidad igual o inferior a la cantidad de neumáticos usados exportados a dicho destino. La Ley 26.329 que entró en vigencia el 20 de diciembre de 2007, dispone que el Poder Ejecutivo Nacional reglamente las formalidades y procedimientos para permitir el funcionamiento del nuevo sistema.

Una cuestión estrechamente vinculada es la controversia sobre neumáticos remoldeados que la Unión Europea le ha planteado a Brasil en la OMC⁴⁹. El día 3 de diciembre de 2007 se publicó el informe final del Órgano de Apelación de la OMC cuyas constataciones tienen gran importancia para analizar la eventual implementación de medidas restrictivas de la importación de neumáticos reconstruidos (incluso remoldeados) por razones de protección de la salud humana y el medioambiente.

⁴⁸ Cfr. Cárdenas, Emilio La Nación 11 de agosto de 2007, y en relación a lo dicho por el tribunal, manifestó que fueron "palabras sabias -y extremadamente duras- que nuestro país debe meditar, porque esto, sumado a la irrelevancia en que parece haber caído otro laudo del Mercosur, en este caso el que hizo a nuestro país responsable de "omisión de conducta" frente a los cortes de rutas y puentes internacionales, no le hace bien a la imagen de nuestro país".

⁴⁹ Documentos OMC involucrados: WT/DS332/AB/R Brasil- medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados del 3 de diciembre de 2007 y WT/DS332/16 arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias del 29 de agosto de 2008.

Al respecto, existen dos elementos a nivel multilateral que refuerzan la posición de Argentina:

(a) se confirmó que la prohibición de importación de Brasil, es una medida aún más restrictiva del comercio que aquella que mantienen Argentina actualmente, resulta una medida "necesaria" para la protección de la vida o salud humanas, animal o vegetal; y

(b) se determinó sin lugar a ninguna duda que no resulta admisible formular ninguna excepción a la prohibición para las importaciones provenientes del MERCOSUR.

El Árbitro Yasuhei Taniguchi designado por la OMC determinó que Brasil debe poner su medida en consistencia para el 17 de diciembre de 2008 (con lo cual, no mediando un régimen común MERCOSUR, Brasil podría cerrar su mercado a las importaciones de Uruguay y Paraguay).

Continuando con el caso que nos ocupa en el presente punto, El 18 de enero de 2008, Uruguay inició ante el TPR un procedimiento bajo el Art. 30 del PO alegando que la nueva Ley 26.329 de Argentina no daba cumplimiento al Laudo del TPR en la disputa original.

Argentina defendió la legalidad de la medida contenida en la Ley 26.329 considerándola amparada por la excepción prevista por el inciso d) del Art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 en cuanto medida destinada a proteger la salud y la vida de las personas y el medio ambiente. Para ello, se destacaron las conclusiones a las que arribó la OMC por las cuales se consideró que una prohibición de importación se encuentra justificada.

No obstante, el 25 de abril pasado, el TPR emitió su Laudo N° 1/2008 concluyendo, por mayoría, que la Ley 26.329 no

daba cumplimiento al Laudo N° 1/2005 del TPR y, en consecuencia, debía ser derogada o modificada.

Cabe destacar que el nuevo Laudo prácticamente se limita a reiterar las consideraciones efectuadas en la disputa original, no realizando ningún análisis de la medida contenida en la nueva Ley y desconociendo absolutamente el precedente sentado en la OMC. En este sentido, el TPR ratifica sus criterios contradictorios con la OMC aunque sin ofrecer explicación alguna.

Asimismo, resulta sorprendente que el Tribunal Superior del MERCOSUR sostenga criterios menos receptivos de preocupaciones medioambientales que aquellos admitidos multilateralmente por la Organización Mundial del Comercio (por ejemplo, el TPR ratificó que considera que la importación irrestricta de neumáticos remoldeados no representa peligro alguno).

Como corolario, cabe destacar que en el ámbito del PARLASUR (Reunión de los parlamentarios del MERCOSUR), el GMC aprobó la creación del "Grupo Ad Hoc para una Política Regional de Neumáticos Inclusive Reformados y Usados (GAHN)" mediante la Resolución GMC N° 25/08. Esta norma establece en sus arts. 2 y 3 que el GAHN deberá presentar al GMC antes de finalizar 2008, "una política del MERCOSUR para el comercio de neumáticos reformados y usados".

LAS CLAVES DE LA REFORMA: HACIA UNA PROPUESTA SUPERADORA

Retomando el párrafo inicial del punto anterior, presentamos a continuación una propuesta de reforma del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR en pos de favorecer la discusión y el debate en torno a un tema

crucial para los rumbos del proceso de Integración del MERCOSUR.

Tal como surge del artículo 53 del Protocolo de Olivos, el actual Sistema de Solución de Controversias es de carácter transitorio y ha sido concebido como una suerte de mejora del Protocolo de Brasilia, motivo por el cual es susceptible de ser modificado cuando los Estados Partes del MERCOSUR lo consideren oportuno.

En este orden de ideas, destacamos que por Decisión CMC N° 21/05 se creó el Grupo Ad Hoc de Alto Nivel para la Reforma Institucional del MERCOSUR (GANRI), con el mandato de presentar al GMC una propuesta integral de Reforma Institucional. Por Decisión CMC N° 56/07 se dispone la continuación hasta el 30 de junio de 2009 de los trabajos tendientes a elaborar la propuesta de reforma antes mencionada, sobre los siguientes temas: reestructuración de los órganos decisorios del MERCOSUR y de sus foros subordinados, perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR y fortalecimiento de sus órganos institucionales, mejora del sistema de incorporación, vigencia y aplicación de la normativa MERCOSUR, requerimientos presupuestarios del bloque integrado.

En este sentido, consideramos que una eventual reforma del Sistema de Solución de Controversias, deberá necesariamente contemplar la exclusión de la cláusula de "opción de foro", toda vez que debilita el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, y su reemplazo por una disposición que consagre expresamente, el compromiso de los Estados Partes del MERCOSUR de resolver sus controversias en el ámbito regional.

En efecto, para favorecer un sistema de solución de controversias confiable y fortalecido, entendemos conveniente dotar a los actuales Tribunales (Ad Hoc y Permanente de Revisión) de una competencia exclusiva y excluyente para conocer en todas las diferencias suscitadas en el ámbito regional. De esta forma, se posibilitaría la creación de una base jurisprudencial, en pos de un fortalecimiento institucional y jurídico del MERCOSUR.

En esta misma línea, consideramos de significativa relevancia exponer tres alternativas posibles a efectos de que estos tribunales mencionados precedentemente logren el fin perseguido, a saber:

- Composición de los Tribunales
- Cumplimiento de laudos
- Presupuesto

Tal como lo dispone el Protocolo de Olivos, la gran mayoría de las controversias son resueltas por tribunales integrados por tres miembros⁵⁰, de los cuales uno solo es de nacionalidad diferente a la de los Estados partes en la controversia. En tal sentido, en primer lugar proponemos elevar a cinco el número de árbitros que componen los tribunales, revistiendo tres de los cinco árbitros el carácter de permanentes y los otros dos árbitros sean nombrados a propuesta del país miembro involucrado en la controversia en cada caso concreto.

⁵⁰ A excepción del caso del TPR, cuya composición en controversias donde participen más de 2 países miembros será de 5 árbitros.