

La solución de diferencias en comercio internacional en el ámbito de la OMC y del Mercosur

Daniel Alberto Andrade

I. La Organización Mundial de Comercio - OMC

A los fines de ilustrar cronológicamente es preciso hacer una breve reseña histórica de los orígenes de la regulación internacional del comercio de bienes y servicios, haciendo especial referencia a la Conferencia de la ONU sobre Comercio y Empleo, que se llevó a cabo en La Habana, a partir de noviembre de 1947, y en la que se iban a tratar temas íntimamente relacionados al comercio internacional. En aquel marco, la *Carta de La Habana* abordó las situaciones que se consideraban relevantes, y previó la creación de la Organización Internacional de Comercio (OIC). Esta Carta fue rechazada porque el Poder Legislativo de los Estados Unidos de Norteamérica no la ratificó.

En Octubre de 1947, veintitrés países del mundo, entre los que se encontraban los Estados Unidos de Norteamérica, suscribieron el GATT, el que entró en vigencia desde enero de 1948. A partir de

Código de Referato: SP-23.V.educc/2005.

STUDIA POLITICÆ



Número 05 ~ otoño 2005.

Publicada por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales,
de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, República Argentina.

1947, y dentro del contexto del GATT, se suscribieron numerosos acuerdos plurilaterales tendientes a reducir los aranceles y lograr interpretaciones uniformes respecto a barreras no arancelarias, tales como los referidos a Agricultura, Textiles, Servicios, Propiedad Intelectual, Medidas Antidumping, Subvenciones, Salvaguardias, Obstáculos Técnicos al Comercio y Solución de Diferencias. También desde el surgimiento del GATT, se llevaron a cabo conferencias y “rondas”; éstas últimas constituyen mecanismos para alcanzar consensos entre miembros, con miras a la liberalización del comercio internacional y disciplinas multilaterales.

En 1968, por la Ley 17.799 la República Argentina adhirió al GATT, tratado internacional por el que se reguló el comercio internacional de mercancías a partir de la Segunda Guerra Mundial.

A mediados de 1986 comenzaron las negociaciones de la Ronda Uruguay, con el objeto de tratar temas conflictivos como el agrícola y el textil, e incluir nuevos temas como el de propiedad intelectual, servicios e inversiones. Las negociaciones finalizaron el 15 de diciembre de 1993, y como resultado de las mismas los ministros de la mayoría de los 125 gobiernos participantes suscribieron el tratado de Marrakesh en abril de 1994, por lo que se creó la OMC, que comenzó a funcionar a partir de 1995 y que dio origen a la mayor reforma del sistema mundial de comercio desde la creación del GATT. Sus miembros actualmente suman más de 148 y sus reglas cubren la casi totalidad del comercio internacional de bienes y servicios.

Las funciones de la nueva organización pasan por administrar los acuerdos comerciales de la OMC, ser foro para negociaciones comerciales, tratar de resolver las diferencias comerciales entre los miembros, supervisar las políticas comerciales nacionales, dar asistencia técnica y cursos de formación para los países en desarrollo, y cooperar con otras organizaciones internacionales.

El objeto de la OMC es contribuir a que las corrientes comerciales circulen con fluidez, libertad, equidad y previsibilidad. A tal fin, debe administrar los acuerdos comerciales; servir de foro para las negociaciones comerciales, resolver las diferencias comerciales, examinar las políticas comerciales nacionales, ayudar a los

países en desarrollo con las cuestiones de política comercial, pres-tándoles asistencia técnica y organizando programas de formación y cooperar con otras organizaciones internacionales.

Jurídicamente, la OMC está formada por los resultados de las ne-gociaciones de la Ronda Uruguay, celebradas entre 1986 y 1994, como así también integrados por Acuerdos, que han sido negocia-dos y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. Esos acuerdos establecen normas fundamentales del comercio in-ternacional. Tratan de las siguientes cuestiones: agricultura, texti-les y vestido, servicios bancarios, telecomunicaciones, contrata-ción pública, normas industriales y seguridad de los productos, reglamentos sobre sanidad de los alimentos, propiedad intelectual, prácticas desleales del comercio internacional (dumping y subsi-dios), salvaguardias y muchos temas más.

El cuerpo normativo consta de 30 acuerdos, así como los respec-tivos compromisos (llamados “Listas de compromisos”) contraídos por los distintos miembros en esferas específicas, por ejemplo la reducción de los tipos arancelarios o la apertura de los mercados de servicios.

La OMC extiende su competencia a todas las cuestiones reguladas por el Acuerdo de Marrakesh, integrado por el mismo Acuerdo de creación del órgano, junto con cuatro anexos. Los anexos I, II y III son obligatorios para todos los miembros, en tanto que el IV resulta exigible sólo para los firmantes y no crea obligaciones ni derechos para quienes los suscribieron.

La última Ronda es la Novena, en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo, donde se lanzó un programa de trabajo muy amplio que abarca una ronda de negociaciones que debía concluir-se el 1 de enero de 2005. Estas negociaciones incluyen los temas de agricultura, servicios, comercio y medio ambiente, trato espe-cial y diferenciado, normas de la OMC (antidumping, subvencio-nes y acuerdos comerciales regionales), acceso a mercados para productos no agrícolas, examen de Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) y cuestiones relativas a la aplicación.

A la fecha del presente trabajo aún no se publicaron las conclusiones de la Ronda de Doha, más allá de lo cual, se deberá ahondar el tratamiento de los siguientes puntos:

En cuanto a la agricultura, el mandato de Doha establece el compromiso de “celebrar negociaciones globales encaminadas a lograr: mejoras sustanciales del acceso a los mercados; reducciones de todas las formas de subvenciones a la exportación, con miras a su remoción progresiva; y reducciones sustanciales de la ayuda interna causante de distorsión del comercio”. Hasta el momento los negociadores no han logrado acordar un marco para negociar estos compromisos específicos.

En las negociaciones sobre el denominado “acceso a los mercados para los productos no agrícolas” (un eufemismo para referirse a los productos industriales), el mandato pide a los Miembros reducir o eliminar los aranceles, incluida la reducción o eliminación de los picos arancelarios. Todavía no se ha acordado el marco básico que guiará y delineará la negociación de una fórmula de reducción arancelaria, así como tampoco ha habido grandes avances en lo atinente a un paquete no arancelario.

En el área de los servicios, se ha iniciado el proceso de negociación de un nuevo conjunto de compromisos de liberalización bajo el enfoque de la petición-oferta, pero una cantidad de países no han presentado aún sus ofertas iniciales y es mucho el trabajo que resta todavía para imprimirles más celeridad a las negociaciones

En lo que se refiere a las normas de la OMC (sobre antidumping, subsidios y acuerdos regionales de comercio), el mandato de Doha conviene en celebrar negociaciones encaminadas a “aclarar y mejorar” las disciplinas ya previstas por la OMC, “preservando al mismo tiempo los conceptos y principios básicos y la eficacia de estos Acuerdos, y de sus instrumentos y objetivos”.

En las esferas relacionadas con el desarrollo, una serie de disposiciones referidas al trato especial y diferenciado han llegado al punto de un acuerdo *ad referendum*, pero los países en desarrollo consideran que ésto es sólo el comienzo, y están ejerciendo pre-

sión para que se avance con medidas adicionales de trato especial y diferenciado.

Finalmente también se está intentando aclarar y mejorar el entendimiento sobre la Solución de las Diferencias (ESD), según lo solicitado en la Declaración de Doha. Sin embargo, las negociaciones al respecto, que se suponía iban a concluir en 2003, se han tornado más complejas y debieron ser prorrogadas en dos oportunidades. Actualmente da la impresión de que estas negociaciones insumirán su tiempo y muchos participantes parecen estar dispuestos a prolongar las conversaciones sobre el ESD hasta la misma conclusión de la Ronda. Otros todavía confían en lograr resultados antes.

El problema que afrontan los miembros en este momento es cómo alcanzar un resultado ambicioso, al tiempo que protegen las inquietudes individuales propias en esferas de vulnerabilidad política. Esto nunca fue tarea fácil.

Los acuerdos provisionales no definirán el formato de los acuerdos definitivos ni determinarán el nivel real de los recortes a los aranceles o a los subsidios que se obtendrán en el pacto final. Antes bien, proporcionarán el “marco” de futuras negociaciones y definirán sólo los parámetros externos de los posibles acuerdos. Como tales, el carácter de estos acuerdos provisionales es más parecido al de resultados a mediano plazo. No causarán ningún cambio en las políticas gubernamentales del mundo. Para eso habrá que aguardar el resultado final de la Ronda. Aún suponiendo la existencia de un acuerdo provisional, parece que la búsqueda de consenso en todas las áreas llevará más tiempo que el previsto. Los Miembros lograron una prórroga de la fecha de finalización original, el 1 de enero de 2005. Sin embargo, al momento no existen conclusiones.

II. La solución de diferencias en la OMC

Un aspecto importante en la labor de la OMC, especialmente a partir de la Ronda Uruguay, es la solución de diferencias. El tér-

mino *diferencia*, en el contexto de los Acuerdos, según Montaná Mora, se utiliza “en el mismo sentido que en otros organismos se atribuye a la palabra ‘controversias’”. De acuerdo a este autor, esta omisión obliga a recurrir a la fórmula de “diferencia internacional” empleada tradicionalmente en la doctrina iusinternacionalista para tratar de establecer su encaje en el sistema GATT/OMC, y en la práctica internacional la definición utilizada habitualmente es consagrada por el Tribunal Permanente de Justicia internacional en el asunto “Mavrommatis” en Palestina, en el que se estableció que “Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de Derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”. Esta definición fue reiterada por la Corte Internacional de Justicia en los casos Camerún Septentrional, en el caso sobre la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de la ONU, y en el caso “Timor Oriental”.

Asimismo la Corte Internacional de Justicia en el caso de África Sudoccidental también sostuvo que para determinar la existencia de una controversia hay que demostrar que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra.

Para Montaná Mora, una controversia es “*Un desacuerdo fundado en una acción u omisión de una o varias Partes Contratantes debido a la adopción de una medida de orden interno, la cual, independientemente de que suponga o no un incumplimiento de una obligación, afecta el funcionamiento de un Acuerdo abarcado por ser incompatible con sus normas, ocasionando, por tanto, una anulación o menoscabo de ventajas resultantes directa o indirectamente del Acuerdo General para otra Parte Contratante, o comprometiendo el incumplimiento de uno de sus objetivos.*”

Cuando existen controversias se insta el trámite que impone el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). Dentro del GATT existía un procedimiento, pero no preveía los plazos fijos, por lo que era más fácil obstruir la adopción de las resoluciones y en muchos

casos pasaba mucho tiempo sin que se llegara a una solución concluyente. El Acuerdo de la Ronda Uruguay estableció un procedimiento más estructurado, con etapas definidas y cuyo marco legal es el ESD.

En 27 artículos se establecen las normas aplicables a las controversias entre los Estados Miembros relativas a los acuerdos abarcados por la OMC. El objeto de este procedimiento es proporcionar a los miembros un marco jurídico definido para hallar una solución positiva a las diferencias. El ESD es esencialmente un mecanismo general —o transversal—, administrado por un Órgano de Solución de Diferencias (OSD), a cuya cabeza está su Presidente, bajo el control del Consejo General de la OMC.

El Anexo II del Acuerdo de Marrakesh bajo el acápite Entendimiento contiene lo atinente a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Disputas —ESD—, que persigue dos objetivos básicos:

a) asegurar que el proceso de desarancelización no sea turbado por acciones de las partes, y

b) asegurar a los miembros el cumplimiento de las obligaciones que gobiernan las relaciones comerciales y la observancia de las normas destinadas a proteger la integridad de las concesiones y los derechos de las partes, resultantes de los principios básicos del GATT.

En primer lugar, se procura hallar una solución mutuamente aceptable, que esté de conformidad con los acuerdos comprendidos —art. 3.7 ESD—. Caso contrario, deberá buscarse la suspensión de las medidas cuestionadas —en caso de que sean absolutamente incompatibles con los acuerdos—, o de ser posible, su modificación. En caso de ser necesario, se faculta a la adopción de compensaciones, existiendo en última instancia, la posibilidad de suspender respecto del miembro denunciado, la aplicación de concesiones o exigirle el cumplimiento de otras obligaciones.

A. Principios Generales: Equidad, Eficacia, Aceptabilidad Mutua.

Dentro de éste ámbito resulta inexorable el principio del respeto a las normas. Se incluye un sistema único, integrado y exclusivo de solución de controversias en virtud del cual los miembros se ven obligados a resolver sus disputas recurriendo únicamente a las normas y procedimientos establecidos en el ESC.

El ESD codifica la práctica del GATT, a la vez que prepara el terreno para la solución del diferendo, con la introducción de una etapa provisional de revisión y un procedimiento de apelación. Trata de asegurar tanto la continuidad como la superación del funcionamiento de las normas para la solución de controversias, enfatizando en la naturaleza objetiva —orientada hacia la norma— y judicial de los procedimientos.

La *continuidad* del sistema se asegura en virtud de dos disposiciones. En este sentido, Marrakesh estipula que *la OMC se guiará por las decisiones, los procedimientos y las prácticas acostumbradas seguidas por las Partes Contratantes del GATT 1947 y los órganos establecidos en el marco del GATT 1947* —art. XVI.1—. Por otra parte y de conformidad con el ESD, los miembros *afirman su adhesión a los principios para la gestión de las controversias aplicados hasta el momento en virtud de los Artículos XXII y XXIII del GATT 1947, según fueron ampliados y modificados en el presente* —art. 3.1—.

El art. XXIII del Acuerdo GATT otorgaba a las partes contratantes, actuando en forma colectiva, el poder de dictar reglas. Cuando se llegó a obtener consenso sobre la necesidad de adecuar las reglas referidas a la solución de controversias, se asumió que el problema central residía en que la toma de decisiones requería la *unanimidad*, que incluía a aquella parte cuyas políticas eran cuestionadas. Este requisito otorgaba a dicha parte la llave para bloquear las decisiones, evitando en consecuencia cualquier sanción. En otros casos, la adopción de los informes de los Paneles resultaba bloqueada en el Consejo. El ESD resuelve esta cuestión, tornando al procedimiento en *automático*, tanto para la formación del

panel como respecto de la decisión de contramedidas. Actualmente, el consenso sólo se exige para detener el procedimiento e impedir que éste avance.

En caso de no llegar las partes a una solución directa, podrá solicitarse la formación de un Panel compuesto por expertos en las materias objeto de la controversia. Tanto el establecimiento como el mandato y la composición de los paneles son etapas automáticas, no dependiendo del consentimiento de las partes en litigio. Tras la puesta en marcha del sistema, ya no cabe la posibilidad de bloquear las etapas mencionadas.

En todo caso, lo exigido es el *consenso negativo*: expresión de la voluntad de no establecer un panel o adoptar sus informes. Refuerza el sistema el que las decisiones posean el carácter de vinculantes para los miembros, considerándose que la celeridad en la solución de los conflictos es un elemento esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC —art. 3.

También el Acuerdo OMC introduce un recurso de revisión ante un Órgano Permanente de Apelación —OP— que posee competencia para conocer en los reclamos que nazcan a partir de los informes de los Paneles.

B. Competencia: Temporal y Material.

El ESD se aplica únicamente a las solicitudes de celebración de consultas posteriores al 1 de enero de 1995 —art. 3.11 ESD—. El procedimiento se aplica a las consultas y a la solución de diferencias planteadas en los Acuerdos alcanzados por el GATT, con excepción de las vinculadas con el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales, previsto en el Anexo III del Acta Final de la Ronda Uruguay. Es de remarcar que el sistema de solución de controversias no se limita como antes al comercio de las mercancías, sino que incluye las disputas que surjan respecto de los nuevos sectores incluidos en el GATT: servicios y propiedad intelectual, aunque cada acuerdo específico puede contener normas especiales sobre el tema. En caso de discrepancia entre las normas

y procedimientos del ESD y las normas y procedimientos de los acuerdos especiales, sobre la base del principio de especificidad, prevalecerán estos últimos.

C. La Etapa Consultiva

El ESD impone como primer paso, la realización de consultas entre las partes en disputa. El uso se repite en los distintos acuerdos. Todo miembro se halla obligado a responder con rapidez a las solicitudes de celebración de consultas —diez días— y a entablarlas en un plazo no mayor de treinta días. Se establecen plazos máximos para las respuestas —sesenta días—, excepto si se tratara de productos perecederos en cuyo caso el plazo se acorta —veinte días—.

La consulta implica el compromiso de cada miembro de examinar *con comprensión* la presentación de otro que se considere afectado por medidas adoptadas por el primero, para llegar a una solución mutuamente conveniente. Ya dijimos que anteriormente, el objetivo primario consistía en el acuerdo de las partes logrado mediante una solución consensuada. Actualmente, el consenso es relegado en favor de soluciones rápidas y económicamente eficientes. Hoy, el ESD prefiere una solución mutuamente aceptable para las partes, pero sólo si ésta es consistente con los Acuerdos. Dice en tal sentido el art. 3.2: *En cuanto al aspecto formal, las solicitudes de celebración de consultas deben ser notificadas al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes, poseyendo un carácter confidencial. Si en un plazo de 60 días no se arriba a una solución, la parte reclamante podrá pedir el establecimiento de un Panel. Durante las consultas, cualquier miembro podrá requerir su inclusión y el que se lo considere asociado a ella, siempre que quien haya efectuado la consulta considere que la petición es fundada.*

D. El Órgano de Solución de Disputas - OSD

Este es el órgano encargado de administrar el ESD, rigiéndose por las normas que se incluyen en los Acuerdos Plurilaterales entre

algunos de los Miembros de la OMC. Se halla facultado para establecer los Paneles, adoptar los informes de los mismos y del Órgano Permanente de Apelación —OPA—. También vigila la aplicación de las resoluciones y recomendaciones, y autoriza la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. La solución debe dirigirse a suprimir las medidas alegadamente incompatibles con los acuerdos multilaterales —incluyendo el GATT 1994— y los plurilaterales, aunque no podría modificar alguna de sus cláusulas.

E. Los Medios Alternativos: buenos oficios, la conciliación y la mediación

Los buenos oficios, la conciliación y la mediación son procedimientos previstos específicamente para los países en desarrollo desde 1966, a los que ahora puede acudir cualquier Miembro. Son procedimientos simples que las partes adoptan libremente y en los que rige la garantía de confidencialidad de las posiciones. Siendo voluntarios, los inician las partes en la diferencia, en forma simultánea o previa a la actuación del Panel.

No se regulan actuaciones específicas, lo cual permite su inicio o quiebre según sea voluntad de las partes. Las propuestas deben ser aceptadas por todas las partes en conflicto y no prejuzgan sobre el derecho que les asiste.

El Director General puede ofrecer sus buenos oficios, la conciliación o la mediación para ayudar a resolver la controversia (art. 8.6 ES).

En los buenos oficios, la intervención del tercero se limita a acercar a las partes en disputa, sin participar en las negociaciones. En la mediación, el mediador además del acercamiento, colabora activamente en las negociaciones. Su papel consiste en *conciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan haberse producido, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable*. La conciliación tiene por objeto proponer una solución, luego del examen de las controversias y la

fijación de los puntos de derecho. Este procedimiento ha tenido un desarrollo particular dentro del DIP, habiéndose aprobado incluso ciertas *Normas sobre el Procedimiento de Conciliación Internacional*.

En el sistema de la OMC existen ciertas relaciones entre el desarrollo de los tres medios y el accionar de los Paneles:

- a) *concluidos los procedimientos, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento del Panel;*
- b) *si el procedimiento tuvo lugar dentro del plazo de celebración de consultas, la parte reclamante sólo puede pedir el Panel, transcurridos 60 días desde el inicio de las consultas, y;*
- c) *si las partes en disputa consideran que el procedimiento no ha podido resolver sus diferencias, podrá requerirse dentro de los 60 días el establecimiento del Panel.*

Siempre que las partes interesadas lo acuerden, el procedimiento de solución a través de los buenos oficios, mediación o conciliación, puede continuar mientras se desarrollen las actuaciones del Panel.

F. El Panel

Fracasada la Ronda de consultas, el reclamante puede pedir al OSD que establezca un Panel. La petición debe formularse mediante un escrito que contenga los datos esenciales del caso, de igual forma que las solicitudes de consulta —art. 4.4—. En la práctica, se indica si se han celebrado consultas, se identifican las medidas concretas que dan lugar a la controversia y se realiza una exposición clara de los fundamentos de derecho del reclamo. Los paneles son establecidos por el OSD, a menos que se decida por consenso no hacer lugar a la petición de formación del Panel —art. 6.1 y 6.2 ESD—. La parte reclamante puede impedir la obtención del consenso negativo, de suerte que existe un procedimiento automático para la constitución de los Paneles.

El mandato o función a desempeñar por los Paneles puede ser acordado por las partes. Si no se estableciera un mandato diferen-

te, éste será el de *examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del acuerdo o de los acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia, el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento (...) y formular las conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo* —art. 7.1, ESD—.

Los Paneles se integran en principio por tres personas competentes en la materia, que aseguren tanto independencia de criterio como idoneidad. La Secretaría General elabora una lista con funcionarios gubernamentales o no, que reúnan las condiciones exigidas, quienes actúan a título personal y no en representación de sus gobiernos, y los propone a las Partes. Ambas Partes pueden elevar a cinco el número de integrantes del Panel. En caso de no llegarse a un acuerdo sobre la integración, dentro de los veinte días y a petición de cualquiera de las Partes, el Director General puede designarlos.

G. El Informe: Provisorio y Definitivo

Los Paneles se hallan obligados a consultar regularmente a las partes en la diferencia, como también a darles oportunidades adecuadas de llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Las reuniones de los Paneles son privadas y las partes interesadas están presentes sólo cuando se las invita. Antes de celebrarse la primera reunión sustantiva del Panel con las partes, éstas presentan comunicaciones escritas en las que exponen los hechos del caso y sus argumentos. En la primera reunión, la parte reclamante presenta sus alegaciones, solicitándose a la parte demandada que exponga su opinión. En la segunda reunión sustantiva entre el Panel y las partes, se presentan las réplicas formales. Se invierte el orden, teniendo derecho la parte demandada a hablar en primer lugar, seguida por la reclamante. Ambas partes deben presentar al Panel sus escritos de réplica antes de la reunión. En el calendario uniforme de un Panel se prevé, salvo acontecimientos imprevistos, que sus miembros se reúnan todas las veces que estimen necesarias.

Tras las audiencias, el Panel da traslado de la parte expositiva de su informe a las partes, las cuales disponen de dos semanas para presentar sus comentarios.

Después de otras 2 a 4 semanas, el Panel presenta a las partes su *informe provisional*, en el que se incluyen las constataciones y sus conclusiones. Toda parte interesada dispone de una semana para pedir un nuevo examen de alguna sección de este informe. El Panel dispone de un plazo de 2 semanas para dicho examen; transcurridas otras 2 semanas, el Panel presenta a las partes el texto del *informe definitivo* que se distribuirá a los miembros después de otras 3 semanas. Las conclusiones del Panel se presentan por escrito.

Contenido del Informe:

- a) *las constataciones de hecho;*
- b) *la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes; y*
- c) *las razones en que se basan las conclusiones y recomendaciones del Panel. De no efectuarse observaciones el informe provisional toma el carácter de definitivo.*

El informe definitivo del Panel es examinado por el OSD, transcurridos veinte días de su distribución a los miembros. Las partes pueden apelar el informe. En esta situación, el OSD no interviene hasta la finalización de tal apelación. De no haber apelación o habiendo concluido el trámite, corresponde el análisis del OSD, pudiendo las partes participar plenamente. Prevé al respecto el art. 16.4 ESD: *Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe de un Panel a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del Panel no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Este procedimiento de adopción se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a expresar sus opiniones sobre los informes de los grupos especiales.*

H. Plazos, Informaciones

El trámite tiene plazos precisos que las partes deben respetar. La duración total del procedimiento, salvo acuerdo de las partes es la siguiente: a) desde la fecha de establecimiento del Panel hasta el análisis del OSD, nueve meses; b) este plazo se eleva a doce meses en caso de apelación, o a quince si el OPA o el Panel, amplían su plazo de decisión en tres meses —arts. 12.9 y 17.5 ESD—. El plazo para cumplir las recomendaciones es de un año y medio —art. 2—.

A pedido de la parte reclamante, el Panel puede suspender sus tareas por un período que no exceda de un año. Si fuera por más tiempo quedará sin efecto la decisión de establecer el Panel. El Panel puede recabar información y asesoramiento técnico de terceros, incluso requerir de un grupo consultivo de expertos un informe escrito sobre algún elemento de hecho referido a una cuestión de carácter científico o técnico.

I. Los criterios de interpretación

Son de aplicación los principios generales de derecho, los relativos a la interpretación de los Tratados y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de esta Convención establece: *Un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y el fin.*

El contexto de un tratado comprende el conjunto de preceptos que lo integran, incluido el Preámbulo y los Anexos. En el primero se exponen los antecedentes y motivos por los que se llegó a la firma del Convenio, su *raison d'être*. En los anexos se incluyen por lo general disposiciones complementarias al texto. Según Viena, el texto junto al Preámbulo y los Anexos, forman un todo a los efectos de interpretación del Tratado. También integran el contexto a los efectos de la interpretación:

(...) los Acuerdos que se refieran al tratado y que hayan sido concertados entre todas las Partes con motivo de la celebración del Tratado (...) (art. 31.2.a), que generalmente serán los Protocolos de firma y los Acuerdos Suplementarios al Tratado.

Todo instrumento formulado por una o más Partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado, como son las declaraciones que los Estados hacen oficialmente en el momento de la conclusión.

Otros elementos hermenéuticos se dirigen a la interpretación auténtica, resultante de una manifestación expresa de la voluntad de las partes vinculadas con el Tratado, excluyéndose las que resultan manifestaciones implícitas o tácitas:

(...) los acuerdos posteriores entre las Partes acerca de la interpretación del Tratado o de la aplicación de sus disposiciones (...)

(...) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la que conste el Acuerdo de las Partes acerca de la interpretación del Tratado (...)

El recurso de los medios complementarios está limitado a aquellos casos en que empleados los medios normales, éstos conduzcan a un sentido oscuro o ambiguo en el texto o bien a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable. El art. 32 establece como medios complementarios, a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de la celebración del tratado. Por su parte, la jurisprudencia del GATT-OMC, a través de las decisiones de sus Paneles, se constituye por las siguientes reglas y principios:

a) El persistente incumplimiento de las normas del GATT en ningún caso confiere legalidad a la acción, ni priva a la otra parte de iniciar el procedimiento de solución de disputas. La práctica no prevalece frente a una disposición contraria del Tratado.

b) Las consideraciones de orden social y político son irrelevantes frente a los conflictos con las normas del GATT.

c) Deben interpretarse restrictivamente las excepciones acordadas —waivers— respecto de los principios generales del GATT.

d) La carga de la prueba recae en la parte que invoca una defensa.

III. El órgano de apelación

El Órgano de Apelación tiene todas las características de un tribunal internacional, aunque tal denominación no se emplea en el texto del ESD. Se trata de un órgano colegiado, integrado por siete miembros, ampliamente representativos de la composición de la Organización, designados por un período de cuatro años con la posibilidad de ser reelectos por una sola vez. Actúan a título individual, no pudiendo aceptar ningún empleo o actividad profesional que sean incompatibles con sus funciones y responsabilidades. Por lo tanto, no se hallan sujetos a las instrucciones de ninguna organización internacional, gubernamental o no gubernamental, ni de ninguna entidad privada.

El art. 17 del ESD establece para los miembros un elevado nivel de exigencia personal. Se trata de personas de reconocida competencia y prestigio, con experiencia técnica en el derecho, comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. Esa definición requiere de individuos con antecedentes y sólido conocimiento de los acuerdos multilaterales de comercio y del historial de su negociación.

El Órgano de Apelación actúa por Secciones, en grupo de tres miembros, seleccionados por rotación con independencia de su origen nacional, sobre la base de los principios de selección aleatoria, imprevisibilidad y oportunidad. Cada Sección elige su Presidente y tiene la competencia exclusiva de adoptar por consenso las decisiones sobre los asuntos bajo su consideración; de lo contrario, se resuelven por mayoría.

Su carácter permanente salva las dificultades que generaría para la aplicación coherente del derecho de la OMC, el carácter *ad hoc* de los grupos especiales. Ello permite, por otra parte, la creación de una jurisprudencia estableciendo una suerte de legalidad objetiva que rige las prácticas del comercio internacional.

Sólo las partes en la disputa se hallan legitimadas para impugnar las recomendaciones de los grupos especiales y no se requiere un examen previo sobre el mérito de tal impugnación. El examen en apelación se subdivide en las siguientes etapas:

a) Inicio de la apelación: es la comunicación escrita del apelante al OSD en oportunidad en que el Informe del grupo especial consta en la agenda para su adopción. Simultáneamente, el apelante debe presentar un anuncio de apelación ante la Secretaría, donde identifica las alegaciones sobre los errores de derecho o las interpretaciones jurídicas desarrollada por el grupo especial y que serán objeto de apelación;

b) Comunicación del apelante: dentro de los 10 días de la presentación del anuncio de apelación, el apelante debe presentar una comunicación motivada a la Secretaría, con las alegaciones específicas de errores en las cuestiones de derecho y en las interpretaciones jurídicas y sus argumentos. Debe identificar, además, las disposiciones de los acuerdos abarcados y otras fuentes jurídicas en las que se ampara su pretensión;

c) Comunicación del apelado: la parte en la diferencia puede responder a las alegaciones del apelante dentro de un plazo de 25 días, contados a partir de la fecha de la presentación del anuncio de apelación, con una exposición precisa de los motivos de su oposición;

d) Plan de trabajo: inmediatamente después del inicio de la apelación, la Sección establece un plan de trabajo y un calendario para las actuaciones;

e) La Audiencia: se prevé la celebración de una audiencia donde las partes presentan sus argumentos y exposiciones en forma oral y donde la Sección requiere información o documentación adicional a cualquiera de las partes en la controversia;

f) El Informe: las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Apelación, reunidas en el Informe, son remitidas al Órgano de Solución de Diferencias que, en ausencia del consenso contrario, será adoptado y vinculará a las partes en la diferencia.

El art. 17 faculta al Órgano de Apelación —en consulta con el Presidente del Órgano de Solución de Diferencias y el Director General—, a establecer los procedimientos de trabajo y deja librado a su decisión la resolución de otras cuestiones procesales no contempladas, confiriéndole de ese modo un margen amplio de discreción para resolver las cuestiones procedimentales no contempladas. Sobre la base de esa potestad y tal vez en su afán por asimilarse a otros tribunales internacionales, el Órgano de Apelación admitió presentaciones *amicus curie*, institución que no se encuentra contemplada expresamente en el Entendimiento. Ello produjo un amplio rechazo por parte de la mayoría de los Miembros de la Organización.

La apelación constituye la revisión de las recomendaciones del grupo especial por parte del Órgano de Apelación, pero es necesario establecer su objeto; es decir, si constituye una revisión de la instancia anterior en su integridad o si se reduce a las conclusiones contenidas en el Informe.

El art. 17 del Entendimiento contiene —en principio— la respuesta a ese interrogante, ya que limita el objeto de la apelación a las *cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y a las interpretaciones jurídicas formuladas por éste*. Sin embargo, no aclara lo que debe entenderse por cuestiones de derecho. En ese sentido, trazar una distinción clara entre las cuestiones de derecho y las cuestiones de hecho ofrecen las mismas dificultades que se originan en algunos recursos de apelación en los ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo, el recurso de casación).

Frente a esa cuestión, el Órgano de Apelación elaboró jurisprudencialmente algunos parámetros a los que ajusta su competencia. Ellos no responden exclusivamente al significado literal de los términos, sino que provienen de la respectiva ubicación que ocupan en el proceso los grupos especiales y el Órgano de Apelación. De ahí que se haya entendido que son los grupos especiales los mejor situados para determinar los hechos y formular las constataciones fácticas en un asunto, sin que ello signifique que esa determinación puede ser escindida completamente de la evaluación del derecho. Por consiguiente, si los grupos especiales han efectuado

una evaluación objetiva de los hechos, como lo requiere el art. 11 del Entendimiento, en la apreciación del Órgano de Apelación, constituye una materia que cae dentro del ámbito de su competencia. Sin embargo -en opinión del Órgano de Apelación- no todos los errores de apreciación de los hechos cometidos por un grupo especial dan lugar a una revisión, sino sólo aquellos que exceden el límite de sus facultades.

El límite impuesto a la facultad revisora del Órgano de Apelación presenta, desde el punto de vista sistémico, ciertos inconvenientes. Si el Órgano de Apelación se ajusta estrictamente a su mandato, frente a la revocación de las constataciones del grupo especial, las partes deben iniciar un nuevo procedimiento, toda vez que no existe la posibilidad de que el asunto se reenvíe a la instancia anterior. Esta situación, apareja las consiguientes demoras en la resolución de la diferencia y atenta contra uno de los objetivos básicos del sistema: la pronta resolución de las diferencias.

La actuación del Órgano de Apelación —como todo órgano jurisdiccional— se desarrolla sobre la base de la interpretación y aplicación de los acuerdos que caen bajo el ámbito de su competencia. A partir de ahí confirma, modifica o revoca —total o parcialmente— las conclusiones jurídicas de los grupos especiales. En el ejercicio de esa competencia hermenéutica el Órgano de Apelación tiene en cuenta las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, conforme lo dispone el Entendimiento en el art. 3. Se ha entendido que esa referencia es una mención a los arts. 31 y 32 de la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969, ya que ellos codifican las reglas generales de interpretación elevadas a la condición de norma del derecho internacional consuetudinario o general.

El Órgano de Apelación atribuye una gran importancia al método de interpretación textual, pero el significado literal de los términos es sólo el comienzo de su tarea. Constituye una ilusión pensar que es posible establecer la intención de las partes sólo sobre la base del significado literal de los términos empleados en un acuerdo internacional, sin recurrir al contexto, objeto y fin o a los métodos de interpretación complementarios usuales en el derecho internacional.

Con ello, la actuación del Órgano de Apelación ha dejado atrás anteriores concepciones que presentaban al GATT de 1947 como un régimen jurídico autosuficiente y más que un sistema asentado en normas convencionales, va adquiriendo todas las características de un sistema basado en principios. En efecto, de los Informes que hasta hoy día se han dictado es posible encontrar una serie de principios referidos, en parte a cuestiones de derecho sustantivo y otros a cuestiones procesales. Algunos constituyen la base de los acuerdos de la OMC, como por ejemplo el principio de la liberalización del comercio, el de no discriminación, el respeto a la soberanía del Estado, el del desarrollo sostenible, el de cooperación y solidaridad al igual que las exigencias del Estado de derecho, como el debido proceso. Si bien algunos de estos principios se encuentran en forma expresa en los acuerdos de la OMC, el Órgano de Apelación ha ido aún más lejos en algunas de sus decisiones al referirse, entre otros, al principio de confianza legítima, al abuso de derecho o a las exigencias de un proceso justo.

En algunas ocasiones, el Órgano de Apelación ha recurrido a los principios generales de derecho, comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, por ejemplo al principio de la carga de la prueba. Ello es bastante sorprendente ya que los sistemas jurídicos representados en la OMC pertenecen al mundo entero y son extremadamente diferentes. En el asunto *Camisas y Blusas*, el Órgano de Apelación dedujo la regla que exige que la parte reclamante es la que debe probar los hechos que sirven de base a una pretensión que, en su criterio, constituye una regla receptada en cada sistema judicial de solución de controversias y tenida en cuenta por los más diversos tribunales internacionales.

Una mención especial es necesaria sobre el valor jurídico de las decisiones del Órgano de Apelación o a lo que se puede denominar la jurisprudencia de la OMC. En principio, los Informes —una vez adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias— son vinculantes sólo para las partes en la diferencia. El texto de cualquier acuerdo, por tanto, está abierto a una nueva interpretación ya que esas recomendaciones o resoluciones no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos u obligaciones de los acuerdos abarcados (art. 3 del Entendimiento).

El Órgano de Apelación sostiene que la práctica ulteriormente seguida en la interpretación de un tratado radica en una serie concordante, común y coherente, de actos o declaraciones que bastan para determinar un modelo discernible que lleve implícito el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Un acto aislado no suele ser suficiente para determinar una práctica ulteriormente seguida; sino que se requiere una serie de actos por los que se establezca el acuerdo de las partes.

Por tanto, *a contrario sensu*, podría interpretarse que una serie concordante, común y coherente, de actos o declaraciones puede cumplir con los requisitos de práctica posterior, principio al cual el Órgano de Apelación parecería adherir al menos en forma implícita, ya que frecuentemente invoca reglas o principios provenientes de su propia jurisprudencia. Un ejemplo particularmente ilustrativo de ello es la interpretación que se le otorga a la cláusula del trato nacional, contenido en el párr. 2° del art. III del GATT de 1994. Según la interpretación establecida por el Órgano de Apelación, el propósito del artículo III del GATT de 1994 es proteger la igualdad en las condiciones de competencia entre los productos importados y los nacionales similares, independientemente de los volúmenes o cantidades exportadas. Otro ejemplo ilustrativo de tal circunstancia es que sólo una ley imperativa puede considerarse violatoria a una obligación derivadas del GATT/OMC. Por ello, no es posible impugnar en sí mismas las disposiciones legislativas que dan a las autoridades ejecutivas de un miembro la mera posibilidad de adoptar medidas incompatibles con las normas de la OMC.

A pesar de que esas distinciones no se encuentran expresamente establecidas en los Acuerdos de la OMC, se aceptan como principios establecidos jurisprudencialmente, que prácticamente vinculan la actuación de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, por haber constituido la *ratio decidendi* de una serie de asuntos.

En suma, si bien la actuación del Órgano de Apelación se encuentra limitada a la materia de su competencia, el recurso al derecho internacional público hace que la actuación del Órgano de Apela-

ción trascienda el ámbito estricto de los acuerdos de la OMC, para asentarse más que en normas jurídicas convencionales en principios generales inherentes al orden jurídico internacional.

En la práctica, las actuaciones para la solución de diferencias en la OMC, desde la fecha de establecimiento del grupo especial hasta la adopción de los informes del Órgano de Apelación, han durado entre 357 y 862 días, con un promedio de 516 días. Debe tenerse en cuenta que, entre 1995 y 1998, se registró un incremento constante de la duración promedio; en 1999, ésta cayó para volver a aumentar de 1999 a 2001 y, por último, disminuir desde 2001 hasta 2003. Como se muestra en el cuadro siguiente, en 1995 el promedio de duración fue de 404 días, el cual subió en 1996 a 444 días, en 1997 a 550 días y, finalmente, en 1998 a 562 días. En 1999, la duración promedio se redujo a 514 días, pero en el año 2000 volvió a incrementarse a 538 días, y en 2001 aumentó a 563 días. La duración promedio bajó a 520 días del año 2002 y, durante el 2003, creció a 553 días.

| Año | Tiempo promedio (en días) transcurrido desde el establecimiento del grupo Especial hasta la adopción del Informe del órgano de Apelación. |
|------|---|
| 1995 | 404 |
| 1996 | 444 |
| 1997 | 550 |
| 1998 | 562 |
| 1999 | 514 |
| 2000 | 538 |
| 2001 | 563 |
| 2002 | 520 |
| 2003 | 553 |

En la mayoría de estos casos, la duración de los procedimientos de solución de diferencias guarda relación directa con la duración de las actuaciones de los grupos especiales antes que con la que cualquier otra etapa del proceso de resolución. En cierto modo, la prolongación excesiva de algunas diferencias genera inquietudes válidas acerca de la posibilidad de que los beneficios

del automatismo en el establecimiento de los grupos especiales y la adopción de los informes de dichos grupos o del Órgano de Apelación estén siendo afectados por la existencia de impedimentos procesales que obstaculizan la etapa de los grupos especiales.

Más allá de los casi 15 meses que dura —en promedio— el procedimiento, es de esperar que en el futuro estos términos se acorten para dilucidar cuestiones tan importantes que repercuten en el ámbito internacional del tráfico de mercancías y servicios.

El Órgano de Apelación puede aceptar las presentaciones *amicus curiae*, lo que abrió un camino para la eventual participación de otros actores en un sistema que, originariamente, fue concebido para ser utilizado por los Estados. Ese acceso plantea interrogantes en cuestiones en donde el interés nacional sufre regularmente la tensión de intereses domésticos contrapuestos, por ejemplo, entre productores y consumidores de un mismo país —que podrían contraponer su visión frente a la propia posición del Estado— o de otras organizaciones no-gubernamentales. De persistir en ese camino se abriría una nueva arista en el tradicional debate sobre la subjetividad internacional en el derecho internacional.

El *amicus curiae* (“amigo del tribunal”) es una presentación judicial ante el tribunal que tramita determinada causa, de terceros ajenos a ese litigio que cuenten con un acreditado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas importantes para la sustanciación del proceso. Esta institución encuentra sus orígenes en el derecho romano y ha sido receptada por los países de tradición anglosajona.

Este medio tiene una doble función: aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público, argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que tome una decisión ilustrada al respecto y brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial.

En el sistema interamericano, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé su participación. Asimismo, la

Convención Americana sobre Derechos humanos, también incorporada a la Constitución Nacional, contempla disposiciones que han sido fuente de interpretación de aceptación del instituto del *Amicus Curiae*.

Las opiniones o sugerencias del *Amicus Curiae* tienen por objeto ilustrar sobre el objeto del litigio. Por ello, no serán vinculantes pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal. El *Amicus Curiae* no reviste la calidad de parte y su intervención no devengará costas ni honorarios judiciales.

Una comunicación de *amicus curiae* es una argumentación escrita de carácter jurídico presentada por un particular o una organización no gubernamental (ONG) ante un grupo especial o el Órgano de Apelación. En ese escrito, la persona o la ONG expresan su opinión acerca de cómo debería resolverse el caso. Los grupos especiales y el Órgano de Apelación han establecido que pueden aceptar y tener en cuenta tales informes para la resolución de los casos, no obstante ello, esta cuestión sigue siendo un anatema para algunos Miembros de la OMC que insisten en que el mecanismo de solución de diferencias de la Organización, no contempla esta posibilidad.

La cuestión de los escritos *amicus curiae* ha sido objeto de intensos debates en el contexto de las actuales negociaciones sobre el ESD. Algunos Miembros se han pronunciado a favor de agregar una disposición que fije los parámetros para la presentación y aceptación de esos escritos.

La situación actual, donde cualquier particular u organización en cualquier momento durante las actuaciones presenta escritos *amicus curiae* —de diversas extensiones y formatos y no siempre distribuidos a todos los participantes en una diferencia—, es inaceptable, tanto para aquellos ante los que se presentan los escritos (es decir, los miembros de los grupos especiales y el Órgano de apelación) como para las partes en esas diferencias. Si los Miembros de la OMC no llegan a un acuerdo acerca de la prohibición de tales escritos, y en vista de que los escritos *amicus curiae* probablemente se sigan presentando, se prestaría un gran servicio al siste-

ma acordando las normas que estipulen quienes y en qué momento pueden presentar tales escritos, y qué requisitos de formato, extensión y contenidos deben reunir.

El Órgano de Apelación adoptó un procedimiento adicional para que se acepte una “solicitud de autorización para presentar un escrito *amicus curiae*” para el tratamiento de los numerosos *amici* en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al asbesto y a los productos que contienen asbesto* (“CE – Asbesto”). Sin embargo, que la mayoría de los Miembros de la OMC entendieron que el Órgano de Apelación no debería haberlo hecho por considerar que la adopción de tal procedimiento debía quedar a criterio de los Miembros de la OMC. Los Miembros reconocieron en ese entonces que “el establecimiento de normas más claras (en este respecto) beneficiaría ... al sistema”, pero sugirieron que el Órgano de apelación “debe actuar con suma prudencia en casos futuros hasta que los Miembros examinen qué normas son necesarias”. Esto fue hace más de tres años, y el Órgano de Apelación parece haber seguido este consejo. Pero los Miembros de la OMC aún deben acordar esas “normas más claras”. Como estimamos que se seguirán presentando comunicaciones de *amicus curiae*, cabe preguntarse hasta cuándo podrá tolerarse este vacío legal.

IV. Los subsidios agrícolas y el OSD

Recientemente tomó publicidad el caso que ganó Brasil (con apoyo de Argentina), en la Organización Mundial de Comercio por los subsidios al algodón aplicados por Estados Unidos *. El laudo representa una seria y dura advertencia para las políticas proteccionistas de los países desarrollados. De esta manera, la OMC va estableciendo límites cada vez más precisos a las enormes ayudas económicas, que la Unión Europea, Japón y los EE.UU. destinan para solventar su producción agropecuaria. (Se estiman en US\$ 300.000 millones anuales).

(*) Cf.: *La Nación*, 21 de mayo de 2005.

Este control está a cargo del Órgano de Solución de Controversias de la OMC, donde se dirimen las disputas comerciales entre países. La condena de la OMC a EE.UU. por los subsidios al algodón puede servir de antecedente para cuestionar las prácticas utilizadas por los países más desarrollados, ya que, como se sostuvo arriba, los subsidios son objeto de recurrentes cuestionamientos y condena por parte de los países en desarrollo, debido a los efectos nocivos que producen sobre sus exportaciones agrícolas, sobre todo las de *commodities*, que perjudica y dificulta el progreso impostergable de sus economías nacionales.

La disputa por la disminución de estos subsidios tiene lugar actualmente en la Ronda de Doha (Qatar) y los productores y exportadores están empeñados en lograr reducciones sustanciales de los subsidios agrícolas. Esta temática fue abordada por el Órgano de Solución de Controversias de la OMC, a instancia de Brasil, quien encendió la luz roja a los subsidios que aplica EE.UU. a los productos agrícolas.

El Caso "Brasil": A fines de 2002, Brasil, partiendo de una sólida asociación entre su sector público y privado, puso en marcha el mecanismo de Solución de Controversias de la OMC a fin de "demandar" que se declaren ilegales los subsidios aplicados por Estados Unidos a su algodón, argumentando que los precios mundiales sufrían las consecuencias y como lógica derivación los agricultores recibían menos ingresos que si tales contribuciones no existieran.

Las exportaciones de EE.UU., con la aplicación de subsidios ilícitos, según las reglas de la OMC, perjudicaban ilegítimamente las exportaciones de algodón de Brasil. El Tribunal Internacional confirmó a Brasil la razón en la abrumadora mayoría de los planteos. Se logró demostrar que, gran parte del andamiaje de subsidios al algodón aplicados por EE.UU., violaba las reglas del comercio acordadas con anterioridad.

Los motivos por los cuales se consideró a estos subsidios como indebidos, fueron los siguientes: En principio, el Tribunal sostuvo que para que un país subsidie legalmente a sus productores agrí-

colas no es suficiente con que gaste igual o menos dinero del que la OMC le permite. Es menester además, que los subsidios vinculados a un producto agrícola no ocasionen perjuicio grave a los intereses de los otros países miembros de la OMC en el comercio del producto en cuestión. Así, en el caso en análisis, el daño se produjo porque los subsidios al algodón de EE.UU., influyeron negativamente y de forma “significativa” sobre los precios mundiales de ese producto. En consecuencia, los exportadores de Brasil recibieron menores ingresos que los que hubiesen recibido si EE.UU. no ayudaba a sus agricultores.

Se analizó además, técnicamente lo que se conoce como subsidios de “caja verde”. En este caso, EE.UU. pretendía que ciertos subsidios (denominados pagos por contratos de producción flexible y pagos directos) fuesen de este tipo, es decir, sin sujeción a límite alguno por no afectar al comercio, debido a que no inducirían al agricultor a cultivar un producto determinado. El Panel le dijo a EE.UU. que esos subsidios influían en los cultivos que produce y, en consecuencia, no eran de “caja verde”.

Por último, se señaló que EE.UU. incumplió con su obligación de reducir los subsidios a la exportación a través del uso de instrumentos con efectos equivalentes. En este caso, se trató de las “famosas” garantías de créditos a la exportación otorgadas por el Estado en condiciones “no comerciales”, esto es, en condiciones en que ningún operador comercial (un banco privado) se las podría ofrecer. Resumiendo: Estados Unidos, que se había obligado a eliminar sus subsidios a la exportación de algodón, hacía trampa para lograr mayores exportaciones.

Lo resuelto tiene consecuencias y gravitación extraterritorial. En primer lugar, afecta directamente la política actual de subsidios al algodón de los Estados Unidos (segundo exportador mundial), que deberá ser modificada para ajustarse a este fallo, garantizando que sus programas no perjudiquen gravemente a los otros productores y exportadores de algodón.

En segundo lugar, repercutirá indirectamente sobre los subsidios agrícolas aplicados para éste y otros productos de los países de la OMC, puesto que ahora están más claras las reglas vigentes, suprimiéndose

varias ambigüedades de interpretación que permiten mayor discrecionalidad para aplicar subsidios. En síntesis, se sientan bases más sólidas para futuras controversias de subsidios que infrinjan las reglas actuales. Ante esta amenaza, es previsible que los países que subsidian sean más cautos a la hora de ayudar a sus agricultores. Aquí subyace uno de los principales beneficios de este pronunciamiento.

En tercer lugar, influirá en las negociaciones comerciales en curso en la OMC. Fundamentalmente, los grupos como el G-20 y el Grupo Cairns, de los que participa la Argentina, que bregan por la eliminación de los subsidios conocen ahora de mejor manera que es lo que tienen, según las reglas de juego actuales, y por lo tanto, no deberán hacer concesiones para conseguir algo que ya les pertenece.

En definitiva, se estará en mejor posición para reducir el proteccionismo agrícola en el nivel multilateral, cuestión que repercutirá en el bienestar del sector agrícola argentino.

V. MERCOSUR – Solución de controversias

I. Estado Actual

A efectos de poder apreciar la aptitud del Régimen de Solución de Controversias del MERCOSUR con respecto al estado de integración actual de los países que conforman este bloque regional, resulta pertinente señalar en primer término que, no obstante su denominación, éste no constituye aún un “mercado común”.

El Tratado de Asunción previó la constitución de un Mercado Común, denominado *Mercado Común del Sur - MERCOSUR*, entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que debía estar conformado el 31 de diciembre de 1994. Este Mercado Común implicaba la libre circulación de los factores de producción, el establecimiento de un arancel externo común, la adopción de una política comercial común y la coordinación de posiciones en foros económicos-comerciales, regionales e internacionales, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y la armonización de las legislaciones para fortalecer el proceso de integración.

Este ambicioso propósito de constituir un Mercado Común en el exiguo plazo de, prácticamente, tres años, fue modificado en el año 1994. En efecto, en diciembre de este último año se dispuso el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera que consistió en un mecanismo de desgravación del comercio intrazonal, que debía culminar con una preferencia del 100 % en un plazo de cuatro años para Argentina y Brasil y de cinco años para Paraguay y Uruguay, a contar desde el 1° de enero de 1995, con ciertas excepciones, y con un régimen especial para el azúcar y el sector automotriz.

Asimismo, se estableció en la misma oportunidad indicada en el párrafo anterior, un Régimen de Convergencia al Arancel Externo Común que, en principio, iba a finalizar el 1° de enero de 2006 respecto, de Bienes de Capital (que pasarían a estar gravados con el 14 %) y de Informáticas y Telecomunicaciones (que pasarían a estar gravados con el 16 %). En esa fecha estaba prevista la vigencia plena del Arancel Externo Común (AEC).

Sin embargo, Decisiones del Consejo Mercado Común de diciembre de 2003, establecieron excepciones al AEC respecto de ciertos países y de determinados bienes de capital no producidos en el MERCOSUR y para algunos bienes de informática y telecomunicaciones que durarán hasta el 1° de enero de 2010.

Vale decir que, en el MERCOSUR vigente, rige una unión aduanera imperfecta. A diferencia del Tratado de Asunción que establecía una fecha para la constitución de un Mercado Común, ahora esa fecha ya no existe. Además, cabe agregar que el MERCOSUR mantiene relaciones especiales con Bolivia y Chile, países a los que se les conoce como Estados asociados, con los que convino en el año 1996 conformar una Zona de Libre Comercio en un plazo de diez años.

II. Régimen de Solución de Controversias

El Régimen de Solución de Controversias entre los Miembros Plenos del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), se

encuentra regulado actualmente por dos Protocolos adicionales al Tratado de Asunción, que son el de Olivos y el de Ouro Preto.

El Protocolo de Olivos fue reglamentado por el Consejo del Mercado Común por Decisión N° 37/03, de 15 de diciembre de 2003. A su vez, los mecanismos de solución de controversias entre el MERCOSUR y Bolivia, y entre sus Miembros Plenos y Bolivia están contenidos en el Acuerdo de Complementación Económica N° 36 y en su Octavo Protocolo Adicional; y entre el MERCOSUR y Chile y entre sus Miembros Plenos y Chile se hallan en el Acuerdo de Complementación Económica N° 35 y en su vigésimo Segundo Protocolo Adicional.

Una de las características del Régimen de Solución de Controversias del MERCOSUR es su transitoriedad, que viene arrastrándose desde el Tratado de Asunción. El régimen actualmente vigente es el tercero que rige desde el año 1991.

Su transitoriedad fue establecida en los tres instrumentos que han regulado la materia, es decir, primeramente en el Anexo III del Tratado de Asunción, más tarde en los Protocolos de Brasilia y Ouro Preto, y últimamente en el Protocolo de Olivos. En este último, se dispone que antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común, los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común. También los instrumentos indicados que recogen el Régimen de Solución de Controversias entre el MERCOSUR y Bolivia, y el MERCOSUR y Chile, tienen carácter provisional.

Esa prudente y gradual aproximación a lo que será el mecanismo definitivo de solución de diferencias, ha ido permitiendo, en términos generales, un mejoramiento paulatino del régimen a través de los distintos textos que se han ido sucediendo.

III. El Protocolo de Olivos

Tanto el sistema de Olivos como su antecesor de Brasilia distinguen un régimen de controversias entre Estados Partes y otro que

denomina “reclamos de particulares”; expresión esta última que podría dar lugar a confusión. En efecto, las partes de la controversia son exclusivamente los Estados. Los particulares no tienen legitimación activa en el Régimen de Solución de Controversias del MERCOSUR. Lo que sucede en el sistema de “reclamo de particulares” es que el procedimiento de solución es iniciado por los particulares afectados ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común, órgano que, si admite el reclamo, proseguirá el trámite establecido entre los Estados. Aquí, los particulares tienen la posibilidad de ser oídos y de presentar sus argumentos en una audiencia, pero no de participar en calidad de parte.

a) Controversias entre las Partes:

Las controversias que pueden ser sometidas a este régimen son las que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del derecho constitutivo (Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto y demás protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción) y del derecho derivado (Decisiones del Consejo Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común y Directivas de la Comisión del MERCOSUR).

El ámbito de aplicación de este sistema debe vincularse, por su parte, con el derecho aplicable a que refiere el artículo 34 del Protocolo de Olivos, disposición ésta que excede el derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR al disponer que también se aplicarán los principios y disposiciones de Derecho Internacional relativos a la materia.

Un punto que es regulado en este Protocolo es el relativo a la elección del foro, cuando las controversias alcanzadas por el mismo puedan ser también sometidas al Sistema de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o de otros esquemas preferenciales de comercio del que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR. La solución es que la elección de uno u otro foro lo hace el demandante; salvo que las partes en la controversia, de común acuerdo, convengan

otro foro. También se establece la prohibición de recurrir a otros foros respecto del mismo objeto, una vez seleccionado un foro determinado.

El Reglamento del Protocolo de Olivos disciplina la opción de foro particularmente respecto del Sistema de Solución de Controversias de la OMC y deja librado al Consejo Mercado Común la reglamentación de la opción de foro para otros esquemas preferenciales de comercio.

Las fases del procedimiento de solución de controversias entre Estados son las siguientes: 1.- Negociaciones directas (15 días); 2.- Arbitraje (60 días prorrogables por 30 días más); 3.- Revisión (30 días prorrogables por 15 días más).

Respecto de estas etapas, es preciso hacer las siguientes precisiones, a la vez que indicar las novedades introducidas por el Protocolo de Olivos:

1) En el supuesto que, a través de las negociaciones directas, no fuera solucionada total o parcialmente la controversia, cualquiera de las partes puede iniciar directamente el procedimiento arbitral, salvo dos excepciones: a) que las partes en la controversia decidan, de común acuerdo, someterla a consideración del Grupo Mercado Común (GMC); y b) que un Estado, que no sea parte en la controversia, requiera justificadamente tal procedimiento al término de las negociaciones directas.

El Protocolo de Brasilia establecía la intervención preceptiva del GMC antes de poder acudir al arbitraje.

Según las expresiones de unos de los negociadores uruguayos del Protocolo vigente, la modificación obedeció a dos órdenes de razones, a saber: una de orden práctico y de economía procesal, en que el procedimiento se reduce a treinta días, ventaja que compensa el lapso que demandará la etapa de revisión; y otra empírica, según la cual, y salvo excepciones, la intervención del GMC se reveló ineficaz, no alcanzándose resultados positivos por participar en esta etapa demandante y demandado. Como se verá más adelante, en el procedimiento de “reclamo de particu-

lares”, la intervención del GMC sigue siendo preceptiva y no contingente.

En lo atinente a la posibilidad de que un Estado que no sea parte de la controversia pueda solicitar la intervención del GMC, fue propiciada por razones de transparencia. Al respecto, se ha señalado que: *“En efecto, los debates en el seno del GMC, aún cuando durante su transcurso no se resuelva la cuestión, permiten poner en autos a los demás Estados acerca de asuntos específicos vinculados al diferendo que pudieran ser de su interés. De obviarse esta etapa, los Estados ajenos a la controversia sólo tomarían contacto con la cuestión controvertida de modo indirecto; por lo que se entendió beneficioso otorgar esta facultad ...”*

La etapa de intervención del GMC no podrá superar los treinta días.

2) El arbitraje tiene, en principio, dos instancias, una ante un Tribunal Arbitral *Ad Hoc* y otra ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR). Sin embargo, las partes en lo controversial pueden acordar someterse directamente y en una única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, una vez culminada la etapa de negociaciones directas.

El laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* podrá ser objeto del denominado “recurso de revisión” ante el TPR, y tendrá efecto suspensivo sobre el laudo durante su tramitación.

El recurso de revisión y la creación del TPR fueron introducidos por el Protocolo de Olivos. En el régimen del Protocolo anterior, el procedimiento concluía con el dictado del laudo del Tribunal *Ad Hoc*.

Cabe señalar que este recurso de casación, más que de revisión, se halla limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Se trata del mismo objeto del recurso de apelación que se prevé en la Organización Mundial del Comercio (OMC) contra las decisiones de los grupos especiales (artículo 17.6 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los cuales se rige la Solución de Diferencias – ESD).

Como es sabido, esta suerte de recursos procuran la correcta aplicación de las normas y la unificación de la jurisprudencia. No admiten este medio impugnativo los laudos dictados en base a los principios *ex aequo et bono*. El TPR, al igual que el Órgano de apelación de la OMC (artículo 17.13 del ESD), podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Este laudo será definitivo y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*.

A diferencia del régimen de la OMC, que impone que los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación deben ser adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias, los laudos del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* y del TPR no requieren ulterior adopción por ningún otro órgano.

La posibilidad de una segunda instancia que se habilita mediante el recurso, fue establecida, a juicio de algunos Estados Partes, con el propósito de dotar al procedimiento de una garantía más, doble instancia que no suele contemplarse en los procesos arbitrales. Esta fue una fórmula de compromiso entre los países miembros del MERCOSUR, según ha sido destacado. Así, Uruguay estimaba que una segunda instancia iba a extender más el juicio, a la par que lo encarecería y propició la instalación “de un Tribunal Arbitral único, central, permanente, constituido con sede propia y que éste debía tener competencia original y exclusiva en única instancia de todas las controversias que se plantearan en el MERCOSUR con capacidad para conocer de las situaciones de hecho y de derecho, vale decir, para resolver sobre los casos con amplias facultades”.

Por su parte, Argentina quería un Tribunal de Revisión, exclusivamente de revisión de las sentencias de primera instancia de los tribunales ad hoc. Uruguay y Paraguay un Tribunal Central permanente, con facultades de revisión si había que llegar a un consenso como se llegó, pero que además tuviera la posibilidad de competencia exclusiva si las partes estaban de acuerdo en someterse a ella.

Cabe señalar que el TPR se integra con cinco árbitros, y actuarán tres si la controversia involucra a dos Estados Partes. Si la contro-

versia involucra a más de dos Estados Partes, el TPR actuará con sus cinco miembros.

Los integrantes del TPR, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque, a semejanza de la solución que impera para los miembros del Órgano de Apelación de la OMC (artículo 17.3 del ESD).

En cuanto a las calificaciones de los árbitros requeridas para integrar, tanto los Tribunales Arbitrales *Ad Hoc* como el TPR, se exige, desde el Protocolo de Brasilia respecto de los árbitros de los Tribunales *Ad Hoc*, que sean juristas de reconocida competencia en la materia que puedan ser objeto de las controversias y —agrega el Protocolo de Olivos— tener conocimiento del conjunto normativo del MERCOSUR.

La calidad de juristas de los árbitros, y no sólo expertos, obedece a que “la controversia debe resolverse en base al derecho, que el arbitraje es jurisdiccional, por lo cual debe ser un profesional del derecho quien tenga las funciones de árbitro. Por otra parte, si en su pronunciamiento debe analizar temas ajenos a su profesión, está previsto expresamente que puede recurrir al asesoramiento que considere necesario. Pero en definitiva, lo que estará en juego serán normas jurídicas, el Ordenamiento Jurídico del MERCOSUR, su derecho originario y derivado, motivo por el cual es ínsito a la materia en discusión que sea un jurista el que tome la resolución”. Esta es una marcada diferencia con el estatuto de la OMC en que los integrantes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación no deben revestir necesariamente la calidad de juristas (artículos 8 y 17.3 del ESD).

3) Los laudos del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* y del TPR admiten un recurso denominado “de aclaratoria”, por el cual se solicita una aclaración del laudo y sobre la forma en que éste debe cumplirse.

4) También cabrá una actuación posterior al dictado del laudo por parte del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* o del TPR, según corresponda, si el Estado beneficiado por el laudo entiende que las medidas

adoptadas por el Estado obligado no dan cumplimiento al mismo o éste cuestiona las medidas compensatorias adoptadas por el Estado beneficiado con el laudo, por entender que las que adoptó son satisfactorias o considere excesivas las medidas compensatorias aplicadas.

En el Protocolo de Brasilia, el procedimiento de solución de diferencias quedaba prácticamente concluido con el dictado del laudo.

b) Reclamo de Particulares

El ámbito de aplicación de este procedimiento es distinto al que rige en el de Controversias entre Estados Partes. Este procedimiento se aplica a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por parte de cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR.

Las etapas de este procedimiento son las siguientes: 1. Consultas (15 días). 2. Intervención preceptiva del Grupo Mercado Común (30 días). 3. Arbitraje (60 días prorrogables por 30 más). 4. Revisión (30 días prorrogables por 15 más).

Cabe señalar que también corresponden el recurso de aclaratoria y la posibilidad de actuación posterior del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* o del TPR si existen divergencias sobre el cumplimiento del laudo o se cuestionan las medidas compensatorias. Los particulares deben formalizar sus reclamos ante la Sección Nacional del GMC donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios. Para que el reclamo tenga andamio debe ser admitido por la referida Sección Nacional, la cual no tiene plazo establecido para admitir o rechazar el reclamo. En caso que el GMC acepte el reclamo, debe convocar a un grupo de expertos, el cual deberá dar oportunidad al particular reclamante y a los Estados involucrados en el reclamo, de ser oídos y de presentar sus argumentos en audiencia conjunta.

El Protocolo de Olivos, a diferencia del de Brasilia, dispone que el dictamen del grupo de expertos que considere procedente el re-

clamo formulado en contra de un Estado Parte debe dictarse por unanimidad. Al respecto, se señala que si el dictamen considera improcedente el reclamo o el grupo de expertos no alcanza unanimidad para emitirlo, el GMC deberá dar de inmediato por concluido el reclamo.

La procedencia del reclamo contra un Estado Parte, admitida por unanimidad del grupo de expertos, habilita a cualquier otro Estado Parte a requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si su requerimiento no prosperare dentro del plazo de quince días, el Estado Parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral.

Este grupo de expertos se integra con tres miembros que, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos designados por el GMC, podrán ser elegidos por los Estados Partes. Vale decir, que si el experto elegido por el Estado reclamado no se pronuncia a favor de la procedencia del reclamo, éste será rechazado. Esta injustificada exigencia de unanimidad del grupo de expertos permite avizorar que, junto con otros aspectos criticables del procedimiento de reclamo de particulares que se verán, torne ineficaz el procedimiento instaurado a solicitud de los verdaderos actores de la integración, que son quienes soportan directamente las consecuencias que producen los apartamientos de los Estados Partes de la normativa del MERCOSUR.

IV. Otras Innovaciones

El Protocolo de Olivos facultó al Consejo Mercado Común a establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al TPR definiendo su alcance y sus procedimientos.

El Reglamento del Protocolo de Olivos, dictado por el mencionado Consejo, creó el mecanismo y limitó la legitimación para solicitar opiniones consultivas a todos los Estados Partes del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR (Consejo Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio) y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional.

Las opiniones consultivas deberán versar sobre cualquier jurídica comprendida en el derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR. El Reglamento dice expresamente que las opiniones consultivas no tendrán carecer vinculante ni obligatorio. Este instituto fue concebido con el propósito de prevenir o evitar una controversia. En efecto, el primer proyecto formulado por Uruguay, denominado “Protocolo para la Prevención y la Solución de Controversias”, disponía respecto de las opiniones consultivas: *“A fin de prevenir una eventual controversia, los Estados Partes involucrados y los particulares podrán solicitar opiniones consultivas relativas al ámbito de aplicación señalado en el artículo 1º”*. Como podrá apreciarse, se preveía la posibilidad que los particulares pudieran formular consultas; legitimación que pudo ser contemplada en el Reglamento indicado y que, sin embargo, no fue recogida.

Otras novedades del Protocolo de Olivos refieren a los mecanismos relativos a aspectos técnicos y las medidas excepcionales y de urgencia.

Respecto de los primeros, dispone que, cuando se considere necesario, podrán ser establecidos mecanismos expeditos para resolver divergencias entre Estados Partes sobre aspectos técnicos y las medidas de políticas comerciales comunes. Queda librado a la definición y aprobación del Consejo Mercado Común todo lo concerniente a las reglas de funcionamiento, el alcance de esos mecanismos y la naturaleza de los pronunciamientos que se emitieran.

En cuanto a los segundos, también se faculta al Consejo del Mercado Común para establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran causar daños irreparables a las Partes.

El Consejo Mercado Común no ha establecido todavía ninguno de estos mecanismos.

V. Protocolo de Ouro Preto

Será preciso tener presente que el Protocolo de Ouro Preto otorgó competencia a la Comisión de Comercio del MERCOSUR para

considerar las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, originadas por los Estados Partes o por demandas de particulares, cuando estuvieran dentro de su área de competencia.

Las reclamaciones deben estar motivadas en la interpretación, aplicación e incumplimiento de las normas de derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR y en la sanción o aplicación, por cualquier Estado Parte, de medidas legales o administrativas de efectos restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del derecho del MERCOSUR.

El procedimiento de las reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR está regulado por el Anexo del Protocolo del Ouro Preto.

VI. Valoración del Régimen de Solución de Controversias

En términos generales, como ya se expresó, el sistema de solución de controversias entre Estados Partes vigente en el MERCOSUR, resultante del Protocolo de Olivos, mejora las soluciones anteriores. En efecto, por un lado se procura la unificación de la interpretación, aplicación y cumplimiento del conjunto normativo del MERCOSUR, a través de las opiniones consultivas y del procedimiento de revisión o en instancia única ante el Tribunal Permanente de Revisión. Bajo el Protocolo de Brasilia no era posible esa uniformidad, más allá que los laudos dictados mantuvieron una cierta coherencia en la interpretación y aplicación del derecho regional.

Por otra parte se intenta una mayor celeridad en los procedimientos, sin mengua de garantías, a efectos de alcanzar una solución a la mayor brevedad de las controversias.

En este sentido, pueden citarse la posibilidad de que el Consejo Mercado Común establezca mecanismos expeditos para resolver divergencias sobre aspectos técnicos regulados en instrumentos de políticas comerciales comunes y procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar

daños irreparables; la supresión de la etapa de intervención necesaria del Grupo Mercado Común; la posibilidad de acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión, en una instancia única, prescindiendo de la etapa ante el Tribunal Arbitral *Ad Hoc*; el mantenimiento de plazos flexibles —modificables de común acuerdo por las partes o, en su caso, por el Tribunal—, breves y perentorios para las diversas fases del procedimiento.

El régimen que no ha sido contemplado en el Protocolo de Olivos y en el Reglamento en orden a su perfeccionamiento, es el denominado “reclamo de particulares”.

Primero, el Reglamento del Protocolo excluyó a los particulares de la posibilidad de formular consultas, privándolos de este medio de prevención de conflictos, así como disipador de incertidumbres a la hora de interpretar y aplicar las normas.

En segundo término, el ámbito de aplicación del régimen de reclamo de particulares, circunscripto a la sanción y aplicación de medidas legales o administrativas, impide reclamar por las omisiones que incurran las autoridades, inactividad que también puede tener efectos restrictivos, discriminatorios y de competencia desleal en violación del derecho regional.

En tercer lugar, la circunstancia que el particular no tenga acceso directo a la justicia del MERCOSUR, y que lo tendrá sólo si el reclamo es admitido por la Sección Nacional del GMC, supedita el interés del particular a la estrategia del Estado Parte, y puede llevar “...en cierto modo a una selectividad de los casos marcada por el poderío económico de los litigantes y no por la justicia intrínseca que los asiste”.

El monopolio del sistema de solución de controversias por parte del Estado y la amplia discrecionalidad de que goza para admitir o no el reclamo de los particulares politiza inconvenientemente al régimen. Además, se mantiene injustificadamente asimétrico al sistema de reclamo de particulares con respecto al que rige las controversias entre los Estados, cuando se sigue exigiendo en aquel la intervención preceptiva del GMC, consagrando con ello una mayor duración del procedimiento. Las mismas razones prác-

ticas y de economía procesal tenidas en cuenta para suprimir esa etapa de las controversias entre Estados militan también en el reclamo de los particulares.

Por su parte, la unanimidad del grupo de expertos que se exige para proseguir el procedimiento, ya visto, vuelve casi ilusorio el régimen de estos reclamos.

Por las consideraciones precedentes, estimamos que, si se quiere instrumentar un régimen realmente operativo de reclamo de particulares, que satisfaga sus intereses, será preciso modificar el vigente a la mayor brevedad. Abrigamos la esperanza que no haya que aguardar al régimen definitivo de solución de controversias del MERCOSUR para que se acuerde, a quienes padecen de modo inmediato los efectos de actuaciones ilegítimas de los Estados, un acceso directo a la justicia, desvinculado de los intereses estratégicos de sus países y plenamente eficaz.

Análisis comparativo:

La opción del Foro crea visiones distintas en cuanto a la valoración extrínseca del mecanismo, levantándose voces entusiastas y detractivas.

A continuación haré una breve reseña de ambas posturas:

a) Adhesiones:

Quienes reconocen que “la regla” que establece que la elección de un foro, excluye la posibilidad de recurrir a otro, servirá principalmente “*para evitar decisiones internacionales divergentes sobre la misma materia.*” (...) “*Al mismo tiempo, se elimina la posibilidad de que la misma controversia sea examinada por órganos de solución de controversia distintos*”.

Completando la visión favorable respecto de la elección del foro, se ha dicho también que la inclusión de una cláusula de tal tipo presenta dos aspectos positivos: “*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”.

b) Críticas:

La posibilidad o facultad de evitar someter una controversia al sistema naturalmente instituido y acceder así a otro u otros foros, haría perder entidad y peso al propio sistema, con riesgo cierto de que el mismo quede en desuso, con las consecuencias que la falta de operatividad claramente traería aparejada.

Advierten algunos autores, sosteniendo que: *“Las desventajas de posibilitar la elección de forum se basan en el debilitamiento que puede producir en el sistema de integración; además de eso puede dar lugar al ‘forum shopping’, lo que se identificaría con un modelo de zona de libre comercio, pero que parece difícil admitir en un proceso por el que se intenta avanzar hacia un grado mayor de integración. (...)”*, o al sostener que la elección de foro configuraría un error impuesto por una práctica contraria al Tratado de Asunción.

Desde ya, que sostengo esta postura toda vez que tanto esfuerzo merece reflejarse en una correcta operatividad del Tribunal Arbitral, para lo cual, obviamente, se tendrá que trabajar intensamente para lograr soluciones en un ámbito interno sin recurrir a foros extraños.

VI. Consideraciones finales

En torno a la Última Ronda:

La repercusión que tendrán las conclusiones a las que arribaron los Miembros de la OMC en Doha, serán de trascendental importancia, especialmente para temas específicos, que hacen al normal desempeño del tránsito y tráfico del comercio internacional.

Es menester llegar a una negociación que contemple los intereses de todas las partes respecto de temas agrícolas, para lo cual es un imperativo que todos renuncien a algo. Debe haber, también, un avance en las negociaciones sobre productos no agrícolas.

No debe perderse de vista la estructura de las futuras negociaciones ya que, para los países más pequeños resulta más fácil y ventajoso alcanzar soluciones por la vía de la negociación que a través de los paneles.

Interesante resultará además los acuerdos que se arriben sobre las negociaciones en la solución de controversias puesto que existen numerosas propuestas en estudio para lograr sistematizar las normas; obtener mayor transparencia y lograr el cumplimiento efectivo de los decisorios.

Por último, las pautas de negociaciones comerciales multilaterales hacen necesario consensuar resultados sobre agricultura; para lo cual es preciso profundizar las siguientes cuestiones:

- Eliminarsen todos los subsidios a la exportación, sean impuestos por la UE como por los EE.UU.
- Preverse la reducción intensiva de los apoyos internos distorsionantes, apuntando en tal caso a la actividad de EE.UU.
- Lograr el libre acceso a los mercados para lo cual es más fácil llegar en contingentes.

Operatividad del OSD

Desde el punto de vista jurídico, la solución de diferencias surgido, presenta elementos de un procedimiento contencioso: el intercambio de presentaciones y alegatos, el derecho de audiencia a favor de terceros, los plazos, la determinación imparcial de los hechos y el derecho aplicable, el uso de doctrinas legales y de precedentes, etc. Estos recaudos legales apuntan a generar seguridad jurídica, transparencia y garantías del debido proceso en el desenvolvimiento de los acuerdos, a través del trabajo de interpre-

tación que llevan adelante los Grupos Especiales y el OA. Interpretación que aunque no es definitiva, constituye una de las principales fuentes de derecho de la OMC, después de los textos de los Acuerdos.

Desde lo axiológico, la puesta en marcha de mecanismos previstos por el ESD han significado un paso muy importante en relación al sistema previsto por el GATT, lo que da cuenta del aumento en el número de casos planteados a partir de la implementación del primero. Este incremento significa que el sistema goza de credibilidad y que los Miembros han otorgado su voto de confianza a la OMC y que incluso algunas cuestiones internacionales bien difíciles han podido ser resueltas a la luz de las disposiciones del ESD. Esta aceptación genera a su vez que los Miembros se sientan más motivados a respetar las normas de la OMC, desalentando la adopción de medidas unilaterales por los Miembros.

Paralelamente y más allá de la fuerza moral y política que conllevan los acuerdos internacionales, los miembros son conscientes de la amenaza de retorsiones comerciales que pueden autorizarse frente a la violación de las normas, en caso de no alcanzarse una “solución mutuamente convenida” de los asuntos planteados entre las Partes.

La posibilidad de cuestionar internacionalmente a un Miembro a través de los mecanismos del ESD demuestra que los países se “monitorean” permanentemente unos a otros y que las determinaciones deben efectuarse con responsabilidad.

Esto implica un compromiso para las partes y a la vez la necesidad de que tanto durante la investigación como a la hora de tener que defender las posiciones ante el OSD y de cumplir sus determinaciones, los países cuenten con el apoyo incondicional y el compromiso de los sectores implicados.

Por lo tanto, tanto para los productores nacionales como para el Estado Nacional, llevar adelante investigaciones que persigan la aplicación de medidas de resguardo a la industria doméstica debería significar esfuerzos compartidos en la misma medida: para los

primeros, la obligación de que la información aportada sirva para llegar a la verdad material y sea contrastable a la hora de cotejarla con otras fuentes; y para el Estado, la posibilidad de contar con los elementos necesarios como para poder proporcionar a sus industrias las medidas que éstas solicitan, responder ante los cuestionamientos internacionales, alinearse en su consecuencia y avanzar en la extensión y el mejoramiento del sistema plurilateral de comercio.

La consolidación del tráfico comercial global implica una mejora en los índices macroeconómicos de los países.

De lo hasta aquí expuesto se infiere que la actividad del OSD resulta auspiciosa. Si alguna conformación de un ente supranacional hubiera de producirse en el futuro, será la economía el medio para la consecución de la misma. La globalización económica deviene en concentración de poder económico y decisorio, lo cual relaja y distiende el poder estatal.

Si bien la opción política basada en la flexibilidad sigue existiendo, se respalda ahora por un sistema de normas de procedimiento intrincado, de doble instancia, que establece una mayor certidumbre en la aplicación de las normas. Esto debería beneficiar, en términos generales, a los miembros más débiles, especialmente cuando se enfrentan a las poderosas presiones del mercado, representadas por Estados desarrollados.

Final del formulario

La *superación* debe resultar de la eliminación de ciertos defectos y fallas de funcionamiento de las normas pasadas, en lo referente a: a) la unidad e integración del sistema de solución de controversias; b) la obligatoriedad y objetividad del mismo y c) el refuerzo de su judicialidad.

La Función del Amicus Curiae

Resulta interesante señalar que, si bien el Órgano de Apelación ha aceptado numerosos escritos *amicus curiae* en varias

apelaciones, toda vez que lo hizo manifestó que el escrito no le resultó de utilidad para llegar a la decisión final en la apelación.

A mi criterio, el instituto dentro del ámbito de la Solución de Diferencias debería contener algunas limitaciones, con el objeto de agilizar —en vez de demorar— la tramitación.

Así a título de ensayo sería analizable una reglamentación que contemple los siguientes recaudos:

Que la intervención de los “amicus curiae” se dé sólo cuando así lo dispongan los órganos competentes en la solución del conflicto. Con ello se evitará la intervención del “tercero” en forma espontánea.

Que el tercero interviniente sea una ONG y/o asociación con personería jurídica debidamente reconocida y que la cuestión debatida u objeto del diferendo trascienda el mero interés particular de cada una de las partes y se encuentren en juego derechos e intereses de más alto rango, directamente relacionados con derechos de incidencia colectiva, comprensivos de usuarios y consumidores, con el fin de proteger intereses supremos tanto comerciales, como así también, sociales y políticos.

Ello así, puesto que algunas asociaciones de defensa de usuarios y/o consumidores, muchas veces están más consustanciados con el máximo respecto del interés público, que los propios funcionarios o representantes de cada parte, quienes obviamente buscan lograr el mejor resultado para sus intereses.

De esta forma se procuraría lograr un marco más amplio y una mirada distinta de la problemática de la prestación de servicios públicos y del comercio internacional.


En cuanto a las demás cuestiones que hacen a la actividad de la figura, serían las mismas que se aplican en lo referente a la función específica, la elevación de sus conclusiones, la eficacia no vinculante del dictamen, y la ausencia del costo.

La Opción del Foro en el MERCOSUR:

Dado los principios, objetivos y fines proclamados en el Tratado de Asunción y la necesidad de instituir un sistema permanente y definitivo de solución de controversias (al que aún no se ha arribado), acorde a un estadio integrativo superador de la fase de unión aduanera y que aspira a convertirse —a pesar de fatídicas marchas y contramarchas— en un Mercado Común; la opción de foro aparece como inapropiado, siendo su aplicación ciertamente más asimilable a un sistema que aspire tanto a la conformación de una zona de libre comercio.

Desde este punto de vista, la instauración de foros opcionales aleja la posibilidad de erigir un tribunal jurisdiccional permanente en el MERCOSUR (como el caso de la Unión Europea, o de la Comunidad Andina) y abre las puertas al debilitamiento y falta de operatividad del sistema, hoy en vigor.

Siendo un argumento a favor de la opción de foro, la exclusión de cualquier otro, una vez que la elección se hubiere producido y así evitar eventuales resoluciones contrapuestas o divergentes, no vemos por qué no podría haberse estipulado una cláusula de exclusividad en el propio P.O. para que éste fuese el único foro a acudir en caso de “controversias que sujan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, al estilo del art. 42 (Cap. IV) del Tratado del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que reza: “*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.*”

La misma OMC lo contempla, al determinarse el ámbito de aplicación del ESD (art. 1) y en particular el art. 23, que bajo el título de “*Fortalecimiento del sistema multilateral*”, infiere la exclusión de cualquier otro foro. 

Fuentes y Bibliografía

- DELUCA, Santiago. *La subsidiariedad y las competencias de la Unión Europea y el MERCOSUR*. Rubinzal Culzoni Editores - Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2004-2.
- Diario *La Nación* – Secc. Campo (21/05/2005) – Liboreiro Ernesto / Ibáñez Ariel, Director Ejecutivo y Asesor Legal, respectivamente, del Instituto Nacional de Negociaciones Agrícolas Internacionales (INAI).
- DREZYN de KLOR, Adriana. “El Protocolo de Olivos”, Anuario Brasil-Europa (2002).
- FARINELLA, Favio: “Un sistema de solución de controversias exitoso: La Organización Mundial de Comercio —OMC—”. *ED*, 189-787.
- FRATALOCCHI, Aldo y ZUNIO, Gustavo. *El Comercio Internacional de Mercaderías. Su regulación en la Organización Mundial de Comercio*. Librería Editorial Osmar D. Buyatti, Buenos Aires, 1997.
- HUGHES, Valerie. *El sistema de Solución de diferencias de la OMC: Una Experiencia Exitosa*, pág. 61 y ss.
- <http://www.wto.org> - Organización Mundial del Comercio. “Estructura de la OMC”, “Textos Jurídicos: Los Acuerdos de la OMC”, “Una Contribución Excepcional”.
- Informe de la Sub-Comisión “Solución de Controversias” – Comisión MERCOSUR y Derecho de la Integración de la Federación Argentina de Colegio de Abogados (F.A.C.A.), La Matanza (Bs. As.), 23/04/2005.
- KLUGER, Viviana. “El sistema de solución de diferencias de la OMC. Su aplicación en las investigaciones por derechos antidumping y medidas de salvaguardia de la República Argentina”. *El Dial.com – Diario Jurídico Argentino*, 22/03/2005.
- LACARTE, Julio y PIÉROLA, Fernando. *Estudio comparativo de los Mecanismos de Solución de Diferencias del GATT y de la OMC: ¿Qué se logró en la Ronda Uruguay?*, pág. 13 y ss.
- LOUTERIO, Enrique: “El Instituto de los «amicus curiae» o amigos del tribunal en el derecho del consumidor y de la regulación de los servicios públicos. Una auspiciosa iniciativa para afianzar la justicia, potenciar la labor de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y defender los derechos de incidencia colectiva. – *El Dial.com – Diario Jurídico Argentino*, 06/04/2005.
- MONTAÑA MORA, Miguel. *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 58.
- NEGRO, Sandra Cecilia. *Los Acuerdos de Integración Regional y sus Relaciones con el sistema GATT-OMC*, pág. 539/540.

- PEÑA, Félix. “Notas sobre la solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio y en el MERCOSUR”, *ED* (t 167) 793 y ss.
- RABBI, Renato y CABANILLAS, Balde: “Mayor «judicialización»; mayor «personalización». Apuntes a propósito de un tribunal supraestatal para el MERCOSUR”, *ED*, 193-976.
- RADRESA, Emilio y FERNÁNDEZ LEMOINE, María Rosa. “Solución de controversias en el MERCOSUR”, *ED* (t. 162) 1194 y ss.
- ROJAS PENSO, Juan. *Nuevas Perspectivas para la Solución de Controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)*, pág. 133 y ss.
- RUFUS, Yerxa. *¿A dónde va la OMC? Reflexiones sobre los desafíos que Enfrentará en el Futuro el Sistema Multilateral de Comercio*, pág. 33 y ss.
- SIDOLI, Osvaldo Carlos. “El «Amicus Curiae» y su aplicación en causas ambientales” – El Dial.com – *Diario Jurídico Argentino*, 22/02/2005.
- Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*. Editores: Lacarte Julio / Granados Jaime.
- TEMPONE, Rubén E. M. “El Órgano de Apelación en el Sistema de solución de diferencias de la OMC”, *ED*, 200-584.
- VILLAMARÍA, José Javier. “El mecanismo de solución de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica Latinoamericana y la internalización del Modelo”. IVº Seminario Internacional Anual y Acreditado “Integración y Cooperación Atlántico-Pacífico”. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0020.pdf> del 29 de diciembre de 2004.
- WHITELAW, James. *Régimen de Solución de Controversias en el MERCOSUR*, pág. 139 y ss.