

EL MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR): APUNTES SOBRE SUS OBJETIVOS, ESTRUCTURA, DESARROLLO Y PERSPECTIVAS

José Francisco Zaragozá Amiel
Abogado
Pontificia Universidad Católica del Perú
Master en Derecho de la Empresa
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

La segunda mitad del siglo XX presenta ciertos rasgos claramente diferenciados de tiempos históricos anteriores. Entre ellos, el paso progresivo y complejo de una sociedad internacional clásica y particular, afirmada en el principio de soberanía, planteada en el plano de relaciones de coexistencia y cooperación, a una nueva sociedad global, integrada, con grandes espacios económicos unidos por intereses y políticas comunes y con ciertos principios de supranacionalidad.

En este contexto ha tenido lugar la creación del Mercosur (Mercado Común del Sur). La firma del Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991, ha significado el punto de partida de un largo camino hacia la integración regional que, tal como está expresado entre sus objetivos, deberá llevar a los países miembros (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay)¹, a la creación de un mercado común.

Por la muy diversa coyuntura por la que atraviesan las distintas economías de cada uno de los países que integran el Mercosur, y el diseño institucional que se le ha dado al mismo, no seríamos fieles a la realidad si nuestra afirmación se quedase allí. En repetidas ocasiones, juristas, economistas y políticos han sostenido que el Mercosur es el primer intento serio de integración en el cono sur. Creemos que ello es así. El Mercosur ha venido a significar la superación de una serie de fracasos de integración regional que se venían sucediendo en la zona.

El Mercosur es la respuesta adecuada por parte de los países sudamericanos a la consolidación de grandes espacios económicos como la Unión Europea, Nafta o el Grupo Asia - Pacífico. Sin embargo, como todo proceso de integración regional, su desarrollo no está exento de dificultades, pese a lo cual el Mercosur ha venido a significar la superación de una serie de fracasos de integración regional que se venían sucediendo en la zona. En el presente artículo el autor realiza un exhaustivo análisis de las características más saltantes del Mercosur, como su estructura institucional y producción normativa, su sistema de solución de controversias y el tratamiento que se le brinda a la libre competencia.

¹ Mercosur y Chile firmaron el 25 de junio de 1996 un acuerdo de libre comercio, por el cual, Chile se convierte en socio comercial y no miembro pleno del tratado a partir del 1 de octubre de 1996.

Entre las causas de esos fracasos indudablemente ha estado presente la situación política por la que atravesaban los países del sur. La vigencia de un sistema democrático es requisito fundamental para emprender cualquier proceso de integración. Pero, al mismo tiempo, otros factores han incidido en que aquellos intentos quedaran inconclusos. Los países parecían no entender ni visualizar la necesidad de emprender proyectos comunes que estuvieran por encima de los intereses nacionales, y fueron al mismo tiempo incapaces de darle contenido a una estructura institucional que fuera propicia para generar una integración que permitiese potenciar las ventajas competitivas del conjunto frente a un mundo cada vez más globalizado.

Las circunstancias actuales son más alentadoras. La actitud política de los países que integran el Mercosur es distinta a la que se adoptó frente a otros intentos de integración. Con todas las dificultades propias de países en vías de desarrollo, con democracias no consolidadas y con economías muy inestables, el Mercosur parece ser un camino sin retorno.

DATOS DEL MERCOSUR

Países Miembros

Argentina

Brasil

Paraguay

Uruguay

Población 187,8 millones de habitantes

PBI 834,200 millones de dólares

Comercio entre socios 28,490 millones de dólares

Fuente: Datos oficiales de los países miembros
<http://www.intervoz.com.ar/cordoba/mercosur.htm>.

II. OBJETIVOS DEL MERCOSUR

El Mercosur es un proyecto de integración económica que tiene como principal objetivo aumentar el grado de eficiencia y competitividad de las economías de los países miembros, ampliando las actuales dimensiones de sus mercados, acelerando su desarrollo económico mediante el eficaz aprovechamiento de sus recursos, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las comunicaciones, la coordinación de las políticas macro económicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía.

El Mercosur se plantea como primer gran objetivo la creación de un mercado común. Así lo expresa el Tratado de Asunción en su artículo 1. Esto es ratificado por el Protocolo de Ouro Preto, tanto en su preámbulo como en otras disposiciones del mismo².

El espíritu que impregna al Tratado de Asunción queda al descubierto si buceamos en algunos matices que suponen: a) La identificación de unos intereses comunes, b) los mecanismos para lograr esos objetivos, y c) una estructura institucional con poderes propios, distintos de los que detenta cada estado parte.

En relación a los intereses comunes podemos identificar al menos cuatro:

1. El desarrollo de un espacio económico latinoamericano.
2. La búsqueda de una adecuada inserción y una mayor autonomía decisoria en el marco del actual orden internacional.
3. El logro de un desarrollo con justicia social.
4. La promoción de un desarrollo armónico y equilibrado de los países asociados.

La creación de un mercado común es el propósito que se persigue para poder satisfacer gradualmente esos intereses. La consecución de este objetivo requiere dar cumplimiento al conjunto de mecanismos que son los que precisamente caracterizan a un mercado común. La realidad del Mercosur por estos días nos indica que el objetivo de la libre circulación de mercancías está bastante avanzado (a partir del 1 de enero de 1995 el principio general vigente en el comercio intraregional es el de libre acceso al mercado, salvo para un conjunto delimitado de productos), y que la implementación definitiva de una unión aduanera será alcanzada recién el 1 de enero del 2006, cuando los Estados partes fijen un arancel externo común. Pero una verdadera integración exigirá ir satisfaciendo otras demandas como apuntaremos a continuación.

En este sentido, la existencia de un mercado común implica la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias que limitan la libre circulación de mercancías y el establecimiento de un arancel externo común. Pero el libre comercio

² Su preámbulo destaca "la importancia de los avances alcanzados" y "la puesta en funcionamiento de la unión aduanera como etapa para la construcción de un mercado común". En igual sentido, el artículo 3 encarga al Consejo una labor política y normativa que permita "alcanzar la constitución definitiva del mercado común". El mismo propósito es enunciado en los artículos 8 apartado II y 14 apartado IV.

intracomunitario y la creación de una unión aduanera no alcanzan para constituir un verdadero mercado común. Es imprescindible, además, imponer la libre movilidad de los factores de producción, la libre circulación de personas, servicios y capitales, la adopción de una política comercial común en la región, el establecimiento de políticas comunes para el mercado en materia de agricultura, transporte, competencia, industria, fiscal, monetaria, cambiaria, comunicaciones, etc.; con la aplicación de procedimientos que permitan coordinar y ejecutar esas políticas, y la creación de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior³. Al mismo tiempo, es indispensable una armonización de las legislaciones en la medida de lo necesario para el funcionamiento del mercado común y la creación de un Poder Jurisdiccional con potestad prejudicial para interpretar el Derecho Comunitario, y con facultades para dirimir conflictos dictando resoluciones obligatorias.

Ocurre que, para avanzar decididamente en este propósito, será imprescindible que los Estados que forman parte del Mercosur asuman la necesidad de ceder en la defensa férrea de su soberanía nacional. Al mismo tiempo, una organización netamente intergubernamental, como la que constituye hoy en día el Mercosur, deberá dar paso a instituciones de carácter supranacional que expresen unos lazos de unión más consolidados; y que aseguren un mayor cumplimiento, por parte de los Estados nacionales, de las políticas y las normas que van a ir dando contenido al mercado común. Una verdadera integración requerirá de un sistema institucional, en el que sus órganos actúen con mayor independencia y liberados de instrucciones por parte de los gobiernos nacionales. Pero aún más, será imprescindible que las normas jurídicas que impartan sus órganos no tengan como único rol imponer obligaciones para los Estados miembros hasta tanto éstas no sean incorporadas en los ordenamientos internos, sino que constituyan un sistema normativo común para cada uno de los particulares que forman parte de ese mercado. Será necesaria también una clara distribución de potestades entre los Estados parte y el Mercosur.

Estos son algunos de los desafíos que deberá cumplir el Mercosur para poder llegar a ser la expresión de una verdadera integración regional.

III. ESTRUCTURA INSTITUCIONAL Y PRODUCCIÓN NORMATIVA EN EL MERCOSUR

A. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS ORGÁNICOS

1. PERSONALIDAD JURÍDICA DEL MERCOSUR

Primeramente, debemos poner de relieve la importancia de que el Mercosur cuente con personalidad jurídica.

Los signatarios del Protocolo de Ouro Preto han querido reconocer al Mercosur una personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, y así lo contemplan expresamente en el capítulo II del mencionado Protocolo. Esto significa también que sólo el Mercosur dispone de personalidad, y no la tienen sus órganos.

Al poseer personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, el Mercosur podrá disponer de un presupuesto autónomo, de un patrimonio, de agentes propios, etc. En general, la personalidad jurídica da al Mercosur vocación para convertirse en sujeto de derecho en los diferentes ordenamientos jurídicos en los que está empezando a intervenir.

Su personalidad jurídica permitirá al Mercosur celebrar todos los convenios necesarios para la consecución de sus fines. En este sentido resalta ya el acuerdo de cooperación celebrado entre el Mercosur y la Unión Europea.

Pero también le posibilitará hacer frente a las exigencias de su "vida privada", gozando de capacidad jurídica para contratar, adquirir o enajenar bienes muebles o inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos, hacer transferencias, etc.

A continuación haremos un desarrollo del funcionamiento institucional del Mercosur, iniciando por lo que ha sido su esquema de transición aprobado en el Tratado de Asunción, para luego referirnos al actual sistema de funcionamiento. A estos fines tomaremos como base tres de los documentos que a nuestro juicio tienen mayor incidencia en esta materia:

- A. El Tratado de Asunción.
- B. El Protocolo de Ouro Preto
- C. El Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2.000

³ Esta idea se desprende de lo dispuesto por el artículo 1 del Tratado de Asunción. En igual sentido, el Tratado de la Comunidad Económica Europea, en su artículo 3, regula la necesidad de todas estas cuestiones.

Cabe señalar también, antes de entrar en el tema, que ante el gobierno del Mercosur los países miembros han designado representantes que actúan regularmente siguiendo instrucciones gubernamentales. Y en lo que respecta a los órganos institucionales, el Mercosur tiene diversos niveles de decisión de carácter presidencial, ministerial o técnico, según la naturaleza de los problemas a tratar.

Cada país expone y aplica en las deliberaciones su estrategia nacional en defensa de sus propios intereses, procurando así mismo impulsar la empresa común de desarrollar y fortalecer la unión aduanera.

2. TRATADO DE ASUNCIÓN

La estructura orgánica del Mercosur se encuentra regulada en el artículo 9 del Tratado Fundacional o de Asunción, el cual confía la administración y ejecución del presente Tratado y de los acuerdos y decisiones que en dicho marco se adopten a:

1. El Consejo del Mercado Común y,
2. El Grupo del Mercado Común.

La mencionada disposición establece el carácter transitorio de dichos órganos, lo que se condice con la concepción transicional del propio Tratado y del mandato previsto en el artículo dieciocho del texto que comentamos, que obliga a los Estados partes a convocar una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común⁴.

De esta manera, para el primer período se previó una organización provisional integrada por órganos políticos con poder decisorio, es decir, con capacidad de dictar normas consideradas fuentes jurídicas.

A su vez, el artículo veinticuatro del Tratado de Asunción prevé la existencia de un tercer órgano, sin capacidad decisoria y destinado a facilitar el avance hacia la configuración del mercado común: la Comisión Parlamentaria Conjunta.

El Consejo del Mercado Común (CMC)

De acuerdo con el artículo diez del Tratado de Asunción, el Consejo es el órgano superior del Mer-

cado Común, correspondiéndole la conducción política del mismo y la toma de decisiones destinadas a asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva de dicho mercado. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Economía de los países miembros.

Su facultad decisoria se expresa a través de Decisiones tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes, de acuerdo con el artículo dieciséis del texto legal.

Es importante señalar que cada Estado parte tiene un voto, independientemente del número de integrantes de su delegación.

En lo que respecta al consenso exigido por la disposición, ello significa que deben estar presentes todos los Estados partes, siendo necesario para la adopción del acuerdo que no medie oposición expresa. Lo anterior no significa unanimidad, ya que en el mecanismo del consenso pueden existir abstenciones, siendo suficiente que no haya oposición a la decisión a tomar.

En lo que respecta a la competencia del Consejo, el Tratado sólo indica de un modo genérico la necesidad de que dicha institución adopte todas las medidas necesarias para llevar a cabo los objetivos del acuerdo, sin señalar cuáles son las atribuciones específicas del mismo.

El Grupo del Mercado Común (GMC)

Es el órgano ejecutivo del Mercado Común, el cual tendrá facultad iniciativa y decisoria. Está formado por 17 miembros representantes de los ministerios de relaciones exteriores, economía y del banco central de cada país miembro.

A diferencia de lo que ocurre con el CMC, el artículo trece del Tratado señala expresamente las funciones de este órgano, de entre las que destaca la posibilidad de constituir los sub-grupos de trabajo que sean necesarios para el cumplimiento de su cometido.

Las atribuciones y responsabilidades del Grupo del Mercado Común se encuentran reguladas detalladamente en su Reglamento interno, aprobado por la Decisión 4/1991 del Consejo.

⁴ Los días 16 y 17 de diciembre de 1994, se celebró la VII Reunión del Consejo del Mercado Común, concluyendo con la firma del Protocolo de Ouro Preto, sobre estructura institucional del Mercosur.

La facultad normativa del Grupo del Mercado Común se expresa mediante resoluciones, las cuales deberán adoptarse por consenso con la presencia de todos los Estados miembros (valiendo lo antes dicho para el CMC).

La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC)

De conformidad con el artículo 24 del Tratado, y con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común, se creó la Comisión parlamentaria Conjunta del Mercosur. Es el órgano representativo de los parlamentos de los países miembros.

Las principales funciones de la Comisión consisten en estudiar los proyectos de acuerdos específicos negociados por los Estados antes de que sean enviados a los respectivos Congresos, así como realizar las recomendaciones que estime convenientes a los poderes ejecutivos.

El Reglamento que regula el funcionamiento de la Comisión Parlamentaria Común fue aprobado en Montevideo el 7 de diciembre de 1991.

Una vez señalados los principales órganos que conformaron la estructura institucional del Mercosur en su etapa inicial, haremos una breve alusión a ciertos órganos dependientes de las instituciones señaladas del Grupo del Mercado Común.

a. Los Sub-grupos de Trabajo (SGT)

El anexo V del Tratado de Asunción señala que el Grupo del Mercado Común, a efectos de coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales, constituirá dentro de los 30 días de su instalación un número de 10 SGT, a los que debe agregarse un onceavo sub-grupo, el de "Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social"⁵.

Entre los SGT creados como consecuencia de este anexo, destacan:

- Subgrupo 1: Asuntos Comerciales
- Subgrupo 2: Asuntos Aduaneros.
- Subgrupo 7: Política Industrial y Tecnológica.
- Subgrupo 11: Relaciones Laboreales, Empleo y Seguridad Social.

b. Comisión constituida a recomendación de los SGT

A fin de optimizar los resultados de las actividades desarrolladas por los SGT, estos pueden recomendar al Grupo del Mercado Común la creación de Comisiones destinadas a obtener dichas finalidades. Las comisiones se integran por funcionarios de gobierno designados por cada Estado parte, de conformidad con lo señalado en los Reglamentos internos del respectivo Subgrupo.

A la fecha se han formado un gran número de comisiones, de entre las que interesan a los efectos de trabajo:

- Comisión sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, aprobada por Resolución 20/1992.
- Comisión de Propiedad Intelectual, aprobada por Resolución 25/1992.
- Comisión de Defensa del Consumidor, aprobada por Resolución 5/1993.

c. La Sección Nacional del Grupo del Mercado Común

De acuerdo con lo establecido en el artículo dos del Reglamento Interno del Grupo del Mercado Común, los miembros titulares y alternos de cada Estado parte, constituirán, para todos los efectos, la respectiva Sección Nacional del Grupo del Mercado Común.

Estas secciones surgen como una necesidad fáctica, inmediatamente de iniciado el proceso, aunque revisten categoría jurídica a partir de la entrada en vigencia del Reglamento Interno del Grupo del Mercado Común.

Finalmente, para terminar la estructura institucional originaria del Mercosur es importante señalar que, de manera dependiente del Grupo del Mercado Común, funcionan ciertos órganos auxiliares, entre los que destacan:

- El Comité de Cooperación Técnica, creado por Resolución 26/1992.
- El Grupo *Ad-hoc* sobre Aspectos Institucionales, creado por Resolución 7/1993.

⁵ La Resolución 11/1991 del Grupo del Mercado Común, aprobó la propuesta de creación de un nuevo Subgrupo de Trabajo, cuya denominación, conferida por la Resolución 11/1992, es la de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social.

– El Grupo *Ad-hoc* Mercosur-Aladi, creado por Resolución 35/1992.

3. PROTOCOLO DE OURO PRETO

El artículo dieciocho del Tratado de Asunción obliga a los Estados partes a convocar una reunión extraordinaria a fin de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común. Dicha reunión debía efectuarse antes del 31 de diciembre de 1994, fecha fijada para el establecimiento de dicho mercado.

En mérito de lo anterior se celebró, los días 16 y 17 de diciembre de 1994, la VII reunión del CMC, con la asistencia de los Presidentes de los cuatro estados asociados, concluyendo la misma con la firma del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre estructura institucional del Mercosur, denominado Protocolo de Ouro Preto.

El Protocolo es producto del trabajo realizado por el grupo *ad-hoc* sobre Aspectos Institucionales y en él se deja de manifiesto la voluntad de continuar con el objetivo establecido por el Tratado Fundacional, de conformar un mercado común.

Es importante señalar que este documento nace como un anexo al Tratado de Asunción, sin embargo, entre los puntos objeto de debate se planteó la posibilidad de derogar el Tratado sustituyéndolo por otro Convenio.

En definitiva, prevaleció la opción de mantener vigente el Tratado Fundacional. No obstante lo anterior, se elaboró un nuevo texto, el cual incluye una cláusula derogatoria general de todas las disposiciones que se opusieron a su articulado. La existencia de dicha cláusula derogatoria no impidió que ambos documentos coexistan en la actualidad.

En virtud de lo anterior, la estructura orgánica creada por el Tratado de Asunción fue mantenida, aunque ampliada, por el Protocolo.

El artículo primero del Protocolo de Ouro Preto, relativo a la estructura institucional del Mercosur, señala que éste contará con los siguientes órganos:

- I. El Consejo de Mercado Común;
- II. El Grupo del Mercado Común;
- III. La Comisión de Comercio del Mercosur;
- IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta;
- V. El Foro Consultivo Económico-Social;
- VI. La Secretaría Administrativa del Mercosur.

Esta disposición permite además la creación de los órganos auxiliares que fueren necesarios para

la consecución de los objetivos del proceso de integración.

El artículo segundo de este texto indica los órganos que gozan de capacidad decisoria, reiterando lo señalado en el Tratado respecto del Consejo de Mercado Común y del GMC (Grupo de Mercado Común), y reconociéndole dicha capacidad a la Comisión de Comercio del Mercosur.

En lo que se relaciona con el Consejo del Mercado Común (CMC) y el Grupo del Mercado Común (GMC), la estructura básica de ambos órganos es la misma que la indicada en el Tratado Fundacional, con la diferencia de que el nuevo documento profundiza la caracterización de cada uno de ellos y les asigna y detalla sus especiales funciones y atribuciones (en el Capítulo Uno Primera Sección, artículo ocho para el Consejo del Mercado Común y en la Segunda Sección, artículo catorce para el Grupo del Mercado Común).

La Sección Tercera del Capítulo Uno se refiere a la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), la cual está encargada de asistir al Grupo del Mercado Común y de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como de efectuar el seguimiento y revisar los temas relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países.

De lo anterior se desprende el amplio espectro de las atribuciones que podrá ejercer la Comisión. Para ello se le concede:

- La facultad de tomar decisiones con carácter general en las materias de su competencia.
- Facultad o poder de iniciativa.
- Facultad para dictar su propio reglamento, dirigir las actividades y funcionamiento de los Comités Técnicos y supervisar a los mismos.
- Posibilidad de participar en el proceso de solución de controversias.
- Las demás actividades que deba realizar a solicitud o por delegación del GMC.

En mérito de lo expuesto, podemos concluir que el reconocimiento de este órgano dentro del marco del Protocolo, su regulación expresa y su facultad decisoria constituyen una de las innovaciones institucionales de mayor transcendencia del Protocolo de Ouro Preto, lo que sin duda obedece al firme deseo de alcanzar el anhelado Mercado Común.

En lo que respecta a la Comisión Parlamentaria Conjunta, ella se mantiene básicamente en la forma

establecida en el Tratado original, sin que se le reconozca facultad decisoria, asignándole un carácter consultivo, deliberativo y de formulación de propuestas a fin de acompañar la marcha del Mercosur y servir de nexo con los parlamentos nacionales.

En este sentido, estimamos que la CPC puede ser un importante antecedente para la creación de un futuro parlamento del Mercosur.

La Sección Quinta del Protocolo, se refiere al Foro Consultivo Económico-Social (FCES), elevando este órgano dentro de los principales del Mercosur.

Es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales y tendrá una labor eminentemente consultiva y se manifestará mediante recomendaciones al Grupo del Mercado Común.

En cuanto a la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM), recordemos que en virtud de lo dispuesto en el artículo quince del Tratado de Asunción, el Grupo del Mercado Común contaba con una Secretaría Administrativa, cuyas principales funciones eran la guarda de documentos y comunicaciones de actividades del mismo. Si bien el Protocolo mantiene vigente este órgano, lo concibe de manera diferente.

El artículo treintiuno del documento en análisis señala que la Secretaría Administrativa es un órgano de apoyo operativo del Mercosur en general (no sólo del Grupo del Mercado Común), debiendo prestar servicios a todos los órganos del mismo.

Además, el artículo treintidós del texto hace una enumeración detallada de las actividades a desempeñar por la Secretaría, en forma mucho más amplia y completa que la establecida en el Tratado Fundacional.

Finalmente, además de los órganos señalados en el artículo uno del Protocolo, a los que podríamos llamar principales; subsisten los órganos dependientes, algunos previstos en el Tratado de Asunción (ya analizados), y otros creados a través de Decisiones aprobadas en las diferentes reuniones del Consejo del Mercado Común.

4. PROGRAMA DE ACCIÓN DEL MERCOSUR HASTA EL AÑO 2000

Con el objeto estratégico y central de profundizar la labor de integración a través de la consolidación y perfeccionamiento de la Unión Aduanera, en un

contexto de regionalismo abierto, el Consejo del Mercado Común acordó, mediante Decisión 9/1995, aprobar el Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000.

Entre las distintas materias que regula este Programa, interesa en este punto la relativa al desarrollo jurídico-institucional.

La nueva estructura institucional consagrada en el Protocolo de Ouro Preto actualmente en vigencia, contribuyó en el proceso de integración, lo que permite que antes del año 2,000 se realice una nueva reflexión sobre las necesidades institucionales del Mercosur, aspecto hacia el que apunta el presente Programa, que distingue los siguientes aspectos:

a. En el ámbito jurisdiccional, el objetivo es comenzar los estudios para desarrollar y revisar el sistema actual de solución de controversias, a fin de que su estructura vaya acompañando la evolución de la Unión Aduanera.

b. En lo que respecta al funcionamiento de los órganos del Mercosur, será necesario evaluar la evolución del proceso de integración y los requerimientos que surjan a fin de determinar la conveniencia de establecer nuevas condiciones de funcionamiento para los distintos órganos.

En este punto, el Programa hace expresa alusión a la Comisión de Comercio, la cual, en virtud de la entrada en vigor del Protocolo de Ouro Preto, adquiere una nueva dimensión, ya que, además de ser un órgano competente para la administración de los instrumentos de política comercial común, se convierte en un foro de primera instancia para la solución de controversias.

Agrega además el Programa, que la Comisión Parlamentaria Conjunta y el Foro Consultivo Económico-Social asegurarán la adecuada participación del conjunto de la sociedad, necesaria para la profundización del proceso de integración.

Habiendo señalado el panorama actual de la estructura institucional del Mercosur, nos resta señalar que, a nuestro parecer, el criterio adoptado en el Protocolo de Ouro Preto de continuar con un sistema transitorio sobre este tema, fundado en la necesidad de potencializar la dinámica que es propia del Mercosur, no es del todo afortunado.

Tal falta de firmeza en la adopción de una decisión tan importante constituye, en opinión de la doctrina, uno de los mayores errores en que ha incurrido el Mercosur.

No debe pensarse que por el hecho de adoptar de manera no transitoria la estructura institucional de una organización, ella no pueda ser objeto de revisiones y cambios, para el evento de que dicha estructura no cumpla con los fines deseados.

Por otro lado, la Comunidad Europea y el Nafta nos proporcionan ejemplos de cómo pueden establecerse órganos rectores con carácter permanente en los tratados fundacionales, sin que ello obre en desmedro de la respectiva asociación.

B. PRODUCCIÓN NORMATIVA EN EL MERCOSUR

Actualmente, y como se sostuvo con anterioridad, los órganos con capacidad decisoria en el Mercosur son el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur (artículo dos Protocolo de Ouro Preto)

En cuanto al Consejo del Mercado Común, el artículo nueve del Protocolo señala que este órgano se pronunciará mediante Decisiones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes.

Recordemos que, si bien el Tratado Fundacional ya confería esta capacidad al Consejo del Mercado Común así como al Grupo del Mercado Común, no existía, en dicho documento, un pronunciamiento acerca de la obligatoriedad de tales decisiones.

Respecto al Grupo del Mercado Común, el artículo quince del Protocolo de Ouro Preto, señala que este organismo se pronunciará mediante Resoluciones, las que también serán obligatorias para los Estados partes.

El hecho de que tanto el Consejo del Mercado Común como el Grupo del Mercado Común tengan capacidad decisoria no genera problemas en la práctica, debido a la diferente jerarquía y naturaleza de dichos órganos (recordemos que el Grupo del Mercado Común es un órgano ejecutivo), así como al hecho de que las competencias de uno y otro se encuentran claramente delimitadas en el Protocolo. En lo que respecta a la Comisión de Comercio del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto no sólo la considera como uno de los órganos principales del Mercosur, sino que además le confiere capacidad decisoria. De acuerdo con el artículo veinte del Protocolo, este órgano se pronunciará mediante

Directivas o Propuestas, siendo las primeras obligatorias para los Estados partes.

En cuanto al mecanismo de toma de decisiones de los órganos del Mercosur, el artículo treintisiete del Protocolo, al igual que el Tratado Fundacional, señala que ellas deberán ser tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes⁶.

En lo relativo a la aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto destina el Capítulo Cuarto a este tema, el cual, junto al relativo a la fuentes jurídicas, carece a nuestro juicio de una correcta técnica legislativa, produciéndose contradicciones que, como veremos, pueden producir ciertos problemas de magnitud⁷.

El artículo treintiocho del texto comentado, señala que los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, debiendo dichos Estados informar a la Secretaría Administrativa del Mercosur las medidas adoptadas.

Con el objeto de garantizar la vigencia simultánea en los Estados partes de las mencionadas normas, el capítulo cuarto señala un procedimiento a fin de lograr dicha vigencia, el cual consiste en:

- a. Una vez aprobada la norma, los Estados partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur.
- b. Cuando todos los Estados hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos internos, la Secretaría comunicará el hecho a cada estado parte.
- c. Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados partes treinta días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría. Los Estados partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas, por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.

Además, las normas emanadas de los órganos del Mercosur deberán ser publicadas íntegramente en

⁶ Vid. Supra.

⁷ Vid. Supra.

los idiomas oficiales, español y portugués, en el Boletín Oficial del Mercosur.

Finalmente, el artículo cuarentiuno del Capítulo Quinto del Protocolo de Ouro Preto, señala que las fuentes jurídicas del Mercosur son las siguientes:

1. El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
2. Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
3. Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo del Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

IV. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Uno de los pilares que sostiene una asociación económica de carácter regional es, sin dudas, el sistema que adopta para solucionar los conflictos generados en su marco.

La regulación del sistema de solución de controversias en el Mercosur pasa, fundamentalmente, por el análisis del Protocolo de Brasilia, actualmente en vigor y mínimamente complementado por el Protocolo de Ouro Preto.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo tres y en el anexo tercero del Tratado de Asunción, los Estados partes adoptaron un sistema de solución de controversias destinado a regir durante el período de transición, el cual se mantiene hasta nuestros días. Producto de dicho acuerdo se firmó, el 17 de diciembre de 1991, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, cuyo contenido básico expondremos a continuación.

Dicho Protocolo se aplica a la solución de las controversias que surjan entre los Estados partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción; de los acuerdos celebrados en el marco del mismo; así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo del Mercado Común y actualmente de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

La premisa básica para solucionar un conflicto entre los Estados partes, es la negociación directa, debiendo los Estados en conflicto informar al Grupo del Mercado Común, a través de la Secretaría Administrativa, sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas.

Si mediante las negociaciones directas no se alcanza un acuerdo o si la controversia es solucionada sólo parcialmente, cualquiera de los Estados partes en la misma podrán someterla a consideración del Grupo del Mercado Común, el cual formulará recomendaciones a los Estados tendientes a la solución del diferendo.

El Protocolo, en su capítulo cuarto, establece un procedimiento arbitral para el caso de que la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación del procedimiento de negociación antes expuesto.

El procedimiento arbitral se sustanciará ante un Tribunal *ad-hoc* compuesto de tres árbitros pertenecientes a las listas registradas en la Secretaría Administrativa.

Los Estados partes declararan como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias que se susciten.

Los Estados tienen la obligación de informar al Tribunal acerca de las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y harán una breve exposición de los fundamentos de hecho o de derecho en sus respectivas posiciones.

El Protocolo contempla la posibilidad de que el Tribunal, a solicitud de las partes interesadas, y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la medida ocasionará daños graves e irreparables a una de las partes, dicte las medidas provisionales que considere apropiadas, según las circunstancias y en las condiciones que el propio Tribunal establezca, para prevenir tales daños.

En relación a la forma en que el Tribunal decidirá la controversia, el artículo 19 del Protocolo señala que éste fallará sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo del Mercado Común, de las Directivas de la CCM, así como de los principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia.

Los laudos dictados por el Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados partes a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto a ellos fuerza de cosa juzgada.

En el evento de que un Estado parte no cumpliera el laudo en el plazo de 30 días contados desde la fecha de la notificación, los otros Estados partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como suspensión de concesiones u otras equivalentes.

Finalmente, el Protocolo regula en el Capítulo Quinto un procedimiento para los reclamos efectuados por particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, para los casos en que cualquiera de los Estados partes hubiese adoptado medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo o de las normas dictadas por los órganos con capacidad para ello.

Los respectivos reclamos deberán formalizarse ante la Sección Nacional del Grupo del Mercado Común del Estado parte donde el particular tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios.

En los supuestos que contemplan los artículos veintisiete y veintiocho del Protocolo, el referido reclamo podrá ser elevado al Grupo del Mercado Común, el cual, una vez que lo ha recibido y admitido, procederá a convocar a un grupo de expertos, los cuales, dentro del término de treinta días a partir de su designación, deberán emitir un dictamen acerca de la procedencia del mismo.

Una vez emitido el dictamen, éste deberá ser elevado al Grupo del Mercado Común; si en dicho dictamen se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado parte, cualquier otro Estado parte podrá requerir la adopción de las medidas cuestionadas. Si dicho requerimiento no prosperare dentro de un plazo de quince días, el Estado parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral antes analizado.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que el mecanismo de solución de controversias que establece el protocolo de Brasilia parece destinado a solucionar solamente algunos de los problemas que razonablemente se suscitarán entre los Estados partes (por ejemplo, no se contemplan los posibles conflictos que pueden tener lugar entre los órganos del Mercosur).

Por otro lado, el procedimiento destinado a los reclamos de particulares es, según Ana Isabel

Piaggi⁸, es extremadamente restringido y a nuestro juicio de dudosa eficacia, por las razones siguientes:

- Los Estados se reservan, mediante el control de admisibilidad ejercido por el Grupo del Mercado Común, el derecho de rechazar la petición.
- El Grupo del Mercado Común carece de independencia respecto de los Estados partes por el hecho de estar conducido por los Ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro países, y
- Porque al procedimiento arbitral fijado en el Protocolo no pueden acceder los particulares, lo que demuestra la ineficacia de este recurso.

Por último, y quizás la falencia más grave del mecanismo de solución de controversias, es la ausencia de un Tribunal de Justicia supranacional e independiente de los países que integren el Mercosur. Dicho Tribunal debe ser capaz de garantizar la supremacía del Derecho Comunitario, evitar decisiones contradictorias de los Tribunales de los distintos Estados miembros, así como garantizar la seguridad jurídica y el Estado de Derecho comunitario, debiendo gozar de competencia prejudicial y control de legalidad.

Como retiradamente lo ha sostenido la doctrina, es difícil entender la historia de la integración europea sin comprender el decisivo papel que en ella ha desempeñado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE). Este Tribunal ha logrado con su labor, garantizar una visión común e independiente de los respectivos Estados miembros. En síntesis, la primacía del Derecho Comunitario europeo frente al Derecho interno de los países, es fruto de su firme evolución jurisprudencial.

Recordemos que en el Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000, se revela la inquietud de comenzar los estudios para revisar el sistema actual de solución de controversias del Mercosur, a fin de que su estructura institucional sea acorde con la evolución de la Unión Aduanera.

Quizás la inquietud demostrada, sea el punto de partida de la creación de este organismo supranacional e independiente cuya ausencia puede ser fuente de graves problemas en el proceso de integración.

⁸ Ana Isabel Piaggi, *Solución de Controversias en el Mercosur*, Revista de Derecho de los Negocios, año 7 número 65.

V. UNIÓN ADUANERA Y TRATAMIENTO DE LA COMPETENCIA EN EL MERCOSUR

A. LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

El artículo uno del capítulo uno (Propósitos, Principios e Instrumentos) del Tratado de Asunción, señala que los Estados partes deciden constituir un Mercado Común, lo cual implica:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores de producción entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías y de cualquier otra medida equivalente.
- El establecimiento de un arancel externo común⁹ y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales.
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los estados partes y,
- El compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para

lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Algunos de estos principios tienen como destinatarios a las partes involucradas, mientras que otros regulan las relaciones comerciales de éstos con terceros Estados. En este trabajo nos ocuparemos de la libre circulación de mercancías dentro del Mercosur.

La libre circulación de mercancías¹⁰ (bienes, servicios y factores de producción) se muestra como uno de los pilares básicos para la consecución y establecimiento del Mercado Común del Sur¹¹. En tal sentido, el artículo uno del anexo uno (Programa de Liberalización Comercial) del Tratado de Asunción señalaba que los Estados acordaban eliminar, a más tardar el 31 de diciembre de 1994, los gravámenes¹² y demás restricciones¹³ aplicadas en su comercio recíproco, y como consecuencia de esto, a partir del 1 de enero de 1995, el principio general vigente en el comercio intraregional es el libre acceso al mercado, salvo para un conjunto delimitado de productos, como se señala expresamente en el Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000¹⁴.

La libre circulación de mercancías deberá permitir entonces la libertad de importación, exportación o tránsito de productos provenientes de los Estados firmantes, tanto de los que sean originarios¹⁵ como

⁹ Sobre este tema existe la Decisión 13/93: Arancel Externo Común. Documento Consolidación de la Unión Aduanera y Tránsito del Mercado Común; la Decisión 5/94: Unión Aduanera. Régimen transitorio de adecuación; la Decisión 7/95: Arancel Externo Común, Aprueba Proyecto, en el que se determina el periodo de convergencia hacia el arancel, previéndose su culminación para el 1 de enero del 2006. Posteriormente, en la Reunión del Consejo del Mercado Común, se aprueba la Decisión del Consejo del Mercado Común 22/94, sobre el arancel externo común y la Decisión 24/94 sobre el régimen de adecuación.

¹⁰ El Tratado de Asunción no define lo que se debe entender por mercancías, como si lo hace por ejemplo el artículo nueve punto dos del TCEE, que señala que estas comprenden a los productos originarios de los Estados miembros cuanto a los que, siendo procedentes de terceros países, se hallan en libre práctica en alguno de aquéllos. Sin embargo, hace referencia a que la libre circulación deber ser sobre bienes, servicios y factores productivos, que en nuestra opinión deben ser entendidos de forma amplia, y además contiene el anexo 11, el cual trata del régimen general de la calificación de origen.

¹¹ El ejemplo de la Comunidad Económica Europea nos muestra que sin un adecuado sistema que garantice la libre circulación de mercancías no es posible establecer un Mercado Común que funcione como tal.

¹² El artículo dos del anexo uno del Tratado de Asunción define lo que se debe entender como gravamen a los efectos del Tratado, señalando que por tal se deben entender los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier otra naturaleza, que inciden sobre el comercio exterior.

¹³ El artículo dos del anexo 1 del Tratado de Asunción también señala lo que hay que entender por restricciones; que son cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco.

¹⁴ Para la consecución de estos objetivos, el Programa de Acción hasta el 2000 ha establecido un Régimen de Adecuación, que tiene como objetivo el cumplimiento del cronograma de desgravación, con el fin de lograr el acceso libre de barreras arancelarias para todas las mercancías para el año 2000. También se ha establecido la eliminación y armonización de restricciones y medidas no arancelarias, que tiene como objetivo permanente eliminar las restricciones no arancelarias que constituyan obstáculos para el comercio.

¹⁵ El régimen de origen se aplica para exigir que los beneficios de las rebajas arancelarias que se conceden entre un grupo de países sea efectivamente aplicado a productos elaborados en cada uno de ellos y no a productos importados de extra-zona para ser re-exportados a la región. Este es, para el Mercosur, el caso de las listas de excepciones al arancel externo común, ya que un producto puede importarse por un Estado con un arancel inferior al de otro Estado. Cuando el arancel externo común se encuentre vigente, el régimen de origen ya no será necesario. Todos los productos pagarán el mismo arancel al introducirse en cualquier Estado parte. El artículo uno del capítulo uno del anexo dos del Tratado de Asunción (que ha sido sustituido por las Decisiones 6/94 y 23/24), señalaba que serán considerados originarios de los Estados partes: a) Los productos elaborados íntegramente en el territorio de cualquiera de ellos, cuando en su elaboración se utilicen, exclusivamente, materiales originarios de los Estados partes. b) los productos comprendidos en posiciones de la nomenclatura arancelaria de la Asociación Latinoamericana de Integración que se identifican en el anexo uno de la Resolución 78 del Comité de Representantes de la citada Asociación, por el sólo hecho de ser producidos en sus respectivos territorios. c) los productos en cuya elaboración se utilicen materiales que no sean originarios de los Estados partes cuando resulten de un proceso de transformación realizado en el territorio de alguno de ellos, que les confiera una nueva individualidad, caracterizada por el hecho de estar clasificados en la nomenclatura arancelaria de la Asociación Latinoamericana de Integración en posición diferente a la de dichos materiales, excepto en los casos en que los Estados partes determinen que, además, se cumpla con el requisito previsto en el artículo dos del presente anexo.

de los que sin serlo se encuentren en libre práctica en algunos de ellos.

La eliminación de los derechos aduaneros es uno de los medios por los cuales se pretende facilitar la libre circulación de mercancías, y tiene como propósito el establecimiento de un arancel cero al que se debió llegar el 31 de diciembre de 1994¹⁶; con el mismo fin, se estableció la eliminación de restricciones no arancelarias¹⁷ (que son mecanismos de carácter no financiero protectores de la industria nacional que se manifiestan, por lo general, mediante la fijación de topes máximos a la importación o exportación de determinados productos o a través de la prohibición total), y la eliminación de cualquier otra medida equivalente (que son igualmente obstáculos distintos de los derechos aduaneros). Esta noción de efecto equivalente encierra el resto de restricciones indirectas al comercio, y como tal, no es de fácil comprensión, y es aquí donde pensamos surgirán los mayores problemas para el establecimiento de un verdadero régimen de la libre circulación de mercancías en el interior del Mercado Común del Sur, ya que las medidas de efecto equivalente pueden ser de una gran variedad y muy sofisticadas¹⁸.

Cabe señalar que el Tratado de Asunción establecía en el anexo cuarto, con carácter excepcional y con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 1994—fecha en que concluía el período transitorio—, la posibilidad de que los Estados miembros aplicaran cláusulas de salvaguarda a la importación de los productos que se beneficien del Programa de Liberación Comercial¹⁹. Mediante estas cláusulas el Estado perjudicado por la excesiva importación de un de-

terminado producto que causare daño o amenaza de daño grave a su mercado, como consecuencia del aumento de las importaciones provenientes de los otros Estados partes en un corto período, podría solicitar al Grupo del Mercado Común la realización de consultas a fin de eliminar esta situación.

La determinación del daño o amenaza, en este caso, debía ser analizada por cada país teniendo en cuenta la evolución de aspectos relacionados con el producto en cuestión tales como: nivel de producción, nivel de empleo, participación en el mercado, nivel de comercio entre las partes involucradas o participantes en la consulta, desempeño de las importaciones y exportaciones en relación a terceros países. No considerándose para tal determinación los cambios tecnológicos o cambios en las preferencias de los consumidores a favor de productos similares o competitivos dentro del mismo sector.

La aplicación de estas cláusulas dependía en cada país de la aprobación final de la sección nacional del grupo común.

Ahora, el Programa de Acción del Mercosur hasta el 2000 en su capítulo dos (El Perfeccionamiento de la Política Comercial Común), punto dos (Nuevos Instrumentos Comunes de Política Comercial), literal b (Reglamento sobre Salvaguardias), señala que el Mercosur deberá contar con un Reglamento Común sobre Salvaguardias acorde con la normativa de la OMC, lo cual nos parece correcto, ya que se prevé así la adecuación de estas normas a lo acordado por la comunidad internacional.

¹⁶ Hay que señalar que hasta el momento no se ha logrado el arancel cero para todos los productos de las listas. Se han acordado listas de productos en que cada país los mantiene por un tiempo, sujetos a derechos o gravámenes de importación. Estas listas son diferentes en cuanto a su contenido, tanto de tipo de productos como de cantidad de los mismos. En este último aspecto, y expresado en cantidad de posiciones arancelarias del arancel externo común del Mercosur, son menores las de Argentina y Brasil (221 y 28 respectivamente) y mayores las de Paraguay y Uruguay (272 y 950 respectivamente).

¹⁷ En la nota 5 hemos hecho mención sobre lo que el Programa de Acción hasta el 2000 señala al respecto de las restricciones y medidas no arancelarias.

¹⁸ Creemos que puede ser un buen referente también para el Mercosur lo que señala Fernández Arroyo ("Libre Circulación de Mercancías". Enciclopedia Jurídica Básica. Ed. Civitas 1995. pág. 4080), sobre los elementos considerados destacables por la Comisión Europea en la Directiva 70/50/CBE para apreciar la existencia de una medida equivalente: la existencia de una decisión estatal de cualquier tipo, sea legal administrativa o reglamentaria, práctica habitual de la administración, consejo o incitación a los operadores económicos o público en general; el objetivo perseguido debe ser entorpecer total o parcialmente las importaciones de determinado producto o de todos en general; debe tratarse de una medida directamente discriminatoria, no estando comprendidas, en principio, las que son indistintamente aplicables a las mercancías nacionales y a las importadas. Asimismo, la Directiva brinda también algunos ejemplos de medidas de efecto equivalente como: imposición de precios menos favorables a los productos importados que a los nacionales; impedimento de utilizar instalaciones o equipos nacionales para los productos importados; obligación del exportador de tener representación en el país del importador; condiciones diferentes en el uso de la publicidad según se trate de productos importados o nacionales.

¹⁹ Este programa consiste en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalente, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados partes, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario.

Existen también, otras disposiciones que coadyuvan a la libre circulación de mercancías, como el artículo siete del Tratado de Asunción, que señala que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado gozarán en los otros Estados partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional. También la Decisión 29/94 del Consejo del Mercado Común, que ha encomendado a un comité técnico la elaboración de un régimen común para el sector automotriz que debe entrar en vigencia a partir del 2000 sobre la base de tres elementos: la liberación total del comercio intra-zona, un arancel externo común y la ausencia de incentivos nacionales que distorsionen la competitividad en la región; la Resolución 124/94 del Grupo del Mercado Común, que ha encomendado a un comité técnico estudiar la conveniencia de establecer una política común aplicable a la importación de productos textiles de países de extra-zona, en atención a las particularidades del comercio internacional del sector y de conformidad con la normativa de la OMC. Todas estas decisiones y resoluciones se encuentran mencionadas en el Programa de Acción hasta el 2000.

Asimismo, se ha creado un Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual, en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, a fin de reducir las distorsiones y los impedimentos al comercio y la circulación de bienes y servicios en el territorio de los Estados partes y garantizar que el ejercicio de tales derechos no represente en sí mismo una barrera al comercio legítimo²⁰

Finalmente, queremos señalar que el Tratado de Asunción no contiene una disposición que consagre excepciones a los principios fundamentales que establecen el mercado único como la que se contiene el artículo treintiséis del TCEE, que señala como razones que justifican las restricciones a la importación, exportación o tránsito de mercancías al orden público, moral, seguridad pública, protección de la salud y vida de las personas y animales, protección del patrimonio artístico, histórico y arqueológico nacio-

nal, preservación de vegetales y protección industrial y comercial. Sin embargo, creemos que por la importancia de estos temas estos mismos criterios van a ser tomados en cuenta para ponderar alguna medida adoptada por un Estado parte que sea contraria a la libre circulación de mercancías dentro del Mercosur.

Destino regional de las exportaciones por país exportado (%)

Región de destino	Argentina*	Brasil*	Chile**	México*
Mercosur.	35	13	11	1
Resto de América Latina y el Caribe sin México.	14	8	7	5
América Latina y Caribe, sin México.	49	21	18	6
Nafta	10	21	16	87
América	59	42	34	93
Unión Europea	22	27	27	5
Asia-Pacífico	6	18	35	2
Resto del mundo	13	13	4	0
TOTAL	100	100	1000	100

*1 bimestre de 1996

**Año 1995

Fuente: Embajada Argentina en Brasil

[Htt/www.intervoz.com.ar/cordoba/mecosur.htm](http://www.intervoz.com.ar/cordoba/mecosur.htm)

B. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Otro de los principales objetivos del Mercosur es asegurar las condiciones adecuadas de competencia entre los Estados miembros, por medio de la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los países firmantes.

Para tal fin, los países miembros han firmado el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur²¹, a fin de consolidar la Unión Aduanera y asegurar las condiciones adecuadas de competencia. Asimismo, se han firmado otros documentos con miras a asegurar la libre competencia dentro de la zona como el "Reglamento relativo a la Defensa contra las Importaciones que sean objeto de *Dumping* o de Subsidios provenientes de países no miembros del mercado común". De igual forma, el Programa de Acción hasta el 2000, en el capítulo uno (Consolidación y Perfeccionamiento de la Unión

²⁰ Este Protocolo es de suma importancia y deberá jugar un papel primordial en la creación de un mercado común, ya que, como se puede apreciar de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, estos asuntos generan gran cantidad de conflictos en lo referente a la libre circulación de mercancías.

²¹ El Protocolo entrará en vigencia, según se señala en su artículo 33 (Disposiciones Finales y Transitorias), 30 días después del depósito del segundo instrumento de ratificación, con relación a los dos primeros Estados partes que lo ratifiquen y, en el caso de los demás signatarios, en el trigésimo día después del depósito del respectivo instrumento de ratificación. Debemos señalar que hasta la fecha ningún Estado parte ha ratificado este documento.

Aduanera), punto uno (Consolidación de Libre Comercio y las Condiciones de Competencia intra Mercosur)²², numeral 1.3 (Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad), señala como meta garantizar a la producción de los Estados partes condiciones equitativas de competencia, para que la liberalización del comercio efectivamente permita la constitución de un espacio económico ampliado, y para tales efectos la Comisión de Comercio del Mercosur identificará las políticas públicas que puedan distorsionar la competencia; y el numeral 1.4 (Defensa de la Competencia) señala la necesidad de concluir e implementar el Protocolo de Defensa de la Competencia a fin de buscar la mayor eficacia práctica de dicha norma.

Como se aprecia –y no podía ser de otra forma-, la Defensa de la Competencia es un tema al cual se ha dado una importancia relevante, contando ya con una norma especial, así como con planes de futuro. En los considerandos del Protocolo de Defensa de la Competencia se señala que los Estados deben asegurar, en el ejercicio de las actividades económicas en sus territorios, iguales condiciones de libre competencia; así tenemos que ésta se torna en un principio fundamental para el buen funcionamiento del Mercado Común del Sur.

El artículo dos del Protocolo señala que forman parte de su ámbito de aplicación tanto los actos realizados por personas físicas o jurídicas, sean de Derecho público o privado, u otras entidades que produzcan efectos sobre la competencia en el

Mercosur, quedando expresamente excluidas las empresas que ejercen monopolio estatal²³.

El capítulo dos está dedicado a las Conductas y Prácticas Restrictivas de la Competencia, señalándose en el artículo cuarto²⁴ que serán considerados así: los actos individuales o concertados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados partes²⁵.

Luego, el artículo seis establece un listado muy amplio y abierto de conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia²⁶ y que por razones de espacio no vamos a transcribir aquí.

Los Estados partes del Mercosur deberán adoptar normas comunes para el control de los actos y contratos restrictivos de la competencia a fin de incorporarse a la normativa del Mercosur²⁷.

Ahora bien, cuando una conducta es susceptible de caer en el ámbito de aplicación del artículo cuarto del Protocolo de Defensa de la Competencia, se inicia el procedimiento de aplicación del Protocolo, regulado en el capítulo V del mismo, y que puede ser iniciado de oficio o por la parte legítimamente interesada ante los órganos nacionales²⁸ de aplicación, que lo elevarán conjuntamente con una evaluación técnica al Comité de Defensa de la Compe-

²² Este punto primero señala que la meta inmediata y permanente en relación al comercio intrarregional es implementar los acuerdos existentes, de forma tal que se garantice la efectiva existencia del espacio económico ampliado, y se permita una asignación de recursos más eficiente y consecuentemente niveles más altos de ingreso y bienestar.

²³ En la medida que las reglas del Protocolo de Defensa de la Competencia no impidan el desempeño regular de atribuciones legales.

²⁴ El TCEE contiene dos artículos que tratan el tema de la Libre Competencia y que son muy similares a éste, como el artículo 85, que prohíbe los acuerdos, decisiones de asociaciones y prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia; y el artículo 86, que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de una posición dominante en el mercado o en un parte sustancial del mismo, siempre que dicha situación pueda afectar al comercio entre Estados miembros.

²⁵ Los conductas mencionadas en el artículo cuatro serán restrictivas de la competencia con independencia de la culpa, sean éstas individuales o concertadas sin importar su forma de manifestación.

²⁶ Este listado no es cerrado, sino que además de las conductas señaladas pueden darse otras, siempre que configuren la hipótesis del artículo 4, ya que en él se dice: "las siguientes conductas entre otras...". Creemos que esta fórmula es acertada, ya que da flexibilidad a la norma y le permite no quedar obsoleta ante la posibilidad de que surjan futuras prácticas restrictivas que no se encuentren indicadas expresamente.

²⁷ El propio artículo 7 establecía a este respecto un plazo de dos años. También, y con relación el artículo 32 (Disposiciones Finales y transitorias), la misma norma señalaba que desde la entrada en vigencia del Protocolo los Estados partes se comprometían, dentro del plazo de dos años, a elaborar normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas del Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados partes. Y para ello se debe tener en consideración los avances sobre el tema de las políticas públicas que distorsionan la competitividad y las normas pertinentes de la OMC.

²⁸ Son órganos de aplicación del Protocolo en cada Estado parte.

tencia²⁹, quien luego de un análisis previo procederá a abrir investigación o, *ad referendum* de la Comisión de Comercio del Mercosur lo archivará.

Hay que señalar que la Comisión de Comercio del Mercosur³⁰ es el máximo organismo de aplicación del Protocolo y a ella se elevarán regularmente informes sobre el estado de tramitación de los casos. Existe la posibilidad de que dentro de este procedimiento se adopten medidas cautelares o preventivas –como las llama la propia norma-, que podrán tomarse en caso de urgencia o amenaza de daño irreparable a la competencia por el Comité de Defensa de la Competencia, *ad referendum* de la Comisión de Comercio, y que serán aplicadas por el órgano nacional donde se encuentra domiciliada la parte denunciada. Estas medidas incluyen el cese inmediato de la práctica sometida a la investigación, el restablecimiento a la situación anterior u otras que sean necesarias.

Las investigaciones de las prácticas restrictivas se llevarán a cabo por el órgano nacional del domicilio del denunciado, quien será auxiliado por los órganos nacionales de los demás Estados partes; teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos económicos de la práctica investigada. Una vez concluida la investigación, el órgano nacional deberá presentar un dictamen conclusivo al Comité de Defensa de la Competencia; quien teniendo en cuenta el dictamen y *ad-referendum* de la Comisión de Comercio, determinará las prácticas infractoras y establecerá las sanciones o demás medidas que correspondan, y será también el órgano nacional quien ejecute las penalidades.

Las sanciones podrán ser el cese definitivo de la práctica infractora: multa basada en las ganancias obtenidas por la comisión de la práctica infractora, la facturación bruta o los activos involucrados; prohibición de participar en los regímenes de compras públicas en cualquiera de los Estados parte y prohibición de contratar con instituciones financieras públicas de cualquier Estado parte por un plazo determinado.

Si el Comité de Defensa de la Competencia no alcanzara consenso en su decisión sobre el proceso,

elevará sus conclusiones a la Comisión de Comercio; consignando las divergencias existentes, y esperando el pronunciamiento que emitirá mediante la adopción de una Directiva.

C. PROTOCOLO DE ARMONIZACIÓN DE NORMAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Esta norma tiene una gran importancia dentro del establecimiento de un mercado común, ya que gran parte de los conflictos, en lo que a libre circulación de mercancías se refiere, vendrán precisamente por el lado de los derechos de propiedad industrial, sean estos marcas, indicaciones de procedencia, denominaciones de origen, patentes, etc. Es por esta razón, que vamos a tratarla de forma un poco más amplia.

El Protocolo se ocupa especialmente de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen. Los Estados partes se comprometen a otorgar como mínimo una protección efectiva a los derechos de propiedad industrial derivada de los principios del referido Protocolo; se puede conceder una protección más amplia, siempre que no sea incompatible con las normas y principios del Convenio de París (Acta de Estocolmo de 1867) y el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Industrial Relacionados con el Comercio del 15 de abril de 1994 (Acuerdo Trips) negociado en el ámbito de la Ronda de Uruguay, que los Estados partes están obligados a observar.

Establece también el Protocolo la obligación de los Estados partes de conceder a los nacionales de los demás Estados partes un tratamiento no menos favorable que el que conceden a sus propios nacionales.

En lo que se refiere a las marcas, el artículo quinto de la mencionada norma señala que se reconocerán como tales, a los efectos de su registro, a cualquier signo que sea susceptible de distinguir en el comercio productos o servicios. Es decir, el Protocolo exige la inscripción para que un signo obtenga protección; y señala luego que los Estados partes podrán exigir como condición del registro que el signo sea visualmente perceptible.

²⁹ El Comité de Defensa de la Competencia es un órgano de naturaleza intragubernamental, que está integrado por los órganos nacionales.

³⁰ El artículo 10 del Protocolo de Ouro Preto señala las atribuciones de este organismo, entre las cuales se encuentra ésta.

Se obliga también a los Estados partes a proteger las marcas de servicio y las marcas colectivas, dejando, sin embargo, a la decisión de cada Estado la protección de las marcas de certificación.

El artículo seis del Protocolo contiene un listado abierto de signos que pueden constituir marcas tales como: las palabras de fantasía, nombres, seudónimos, lemas comerciales³¹, cifras, monogramas, figuras, retratos, etiquetas, escudos, estampas, orlas, líneas y franjas, combinaciones y disposiciones de colores, y la forma de los productos, de sus envases o acondicionamientos, o de los medios o locales de expendio de los productos o servicios³².

Las marcas podrán consistir en indicaciones geográficas nacionales o extranjeras, siempre que no constituyan indicaciones de procedencia o una denominación de origen según el Protocolo.

La solicitud del registro de la marca podrá ser hecha tanto por personas físicas como jurídicas con legítimo interés, y tendrá prelación en el registro aquél que primero la solicite, salvo que ese derecho sea reclamado por un tercero que la haya usado en forma pública, pacífica y de buena fe, en cualquier Estado parte, durante un plazo mínimo de seis meses, siempre que al formular su impugnación solicite el registro de la marca. Nótese que no se protege el uso sino que se otorga prioridad para el registro a aquél que cumpla con los requisitos mencionados; creemos que esta fórmula es acertada, porque permitirá a aquellos signos que han sido usados en el comercio de un Estado parte, sin que hayan sido registrados y sean reconocidos por un número de consumidores, acceder al registro y tener una protección más fuerte que aquella que se podía otorgar en su caso por competencia desleal.

El artículo nueve contiene un listado abierto de las prohibiciones (absolutas) para que un signo sea registrado como marca, prohibiendo así el acceso al registro a los signos que sean descriptivos o genéricamente empleados para designar productos o servicios o tipos de productos o servicios que el signo pretende distinguir; así como los que constituyan indicación de procedencia o denominación de ori-

gen; los signos engañosos, contrarios a la moral, al orden público, ofensivos para las personas vivas o muertas o a los credos; los constituidos por símbolos nacionales de un país; los susceptibles de sugerir falsamente vinculación con personas vivas o muertas o con símbolos nacionales de cualquier país, o atentatorios de su valor o respetabilidad. También señala el propio artículo nueve la prohibición (relativa) de registro de aquellos signos que afecten derechos de terceros, en particular, los que imiten o reproduzcan, en todo o en parte, una marca que el solicitante evidentemente no podía desconocer como perteneciente a un titular establecido o domiciliado en un Estado parte y susceptible de causar confusión o asociación.

Se sanciona con nulidad los registros de marcas solicitados de mala fe que afecten comprobadamente derechos de terceros, con lo cual corresponde a la persona que pretende oponerse al registro probar la mala fe del solicitante. También el artículo 14 prevé la nulidad si el registro contraviene lo establecido en los artículos 8 y 9 del Protocolo, debiendo declararse además dicha nulidad únicamente respecto de los productos o servicios para los que se dieran las causales.

El plazo de prescripción de la acción de nulidad puede ser establecido por cada parte, sin embargo, el Protocolo señala que si el registro ha sido obtenido de mala fe, el plazo para ejercer la acción es imprescriptible.

De manera muy acertada, el artículo nueve también otorga protección a la marca notoria en los términos del artículo 6bis del Convenio de París, sea esta de productos o de servicios, y, para tal efecto, señala que se debe tomar en cuenta el conocimiento del signo en el sector del mercado pertinente, inclusive el conocimiento en el Estado parte en que se reclama la protección, adquirido por efecto de una publicidad del signo.

Finalmente, el artículo nueve regula, a nuestro entender con una no muy acertada redacción, la marca renombrada³³, cuando señala expresamente que las partes asegurarán en su territorio la protección de

³¹ Los lemas comerciales no están regulados en todos los países, por ejemplo, en España la Ley de Marcas no los regula como marca, y existen otros países que lo regulan como un signo distintivo independiente de las marcas como es el caso de la legislación mercantil del Perú.

³² Esto se refiere a la disposición, ordenamiento y decorado de los locales o establecimientos comerciales, lo cual a nuestro entender es acertado, ya que antes éstos debían ser protegidos únicamente por competencia desleal.

³³ El profesor José Massaguer define la marca renombrada como "la que, como consecuencia del uso que de la misma se ha hecho en el tráfico, primero, posee una extraordinaria fuerza distintiva: es conocida como marca que utiliza una determinada empresa por la mayor parte del público consumidor de todo el Estado -y no sólo por parte de los destinatarios naturales o característicos de los productos o servicios en principio distinguidos con ella o por los consumidores de sólo una parte del mercado- y, además, posee una considerable fama o buen nombre, específicamente debido a la calidad elevada de los productos o servicios a que aplica", (Voz "marca renombrada" en: Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas 1995, pág. 4192).

las marcas de los nacionales de los Estados partes que hayan alcanzado "un grado de conocimiento excepcional", contra su reproducción o imitación "en cualquier ramo de la actividad", siempre que haya posibilidad de perjuicios. De ser esto así, creemos que es un acierto, ya que la marca renombrada como tal casi no ha sido consagrada en ninguna norma y es, como señala el profesor Massaguer, una creación de la doctrina científica³⁴.

El artículo diez del Protocolo regula el plazo de vigencia del registro de marca (diez años), la posibilidad de su prorrogación por períodos iguales³⁵ y la obligación de los Estados partes de cumplir como mínimo con lo establecido en el artículo 5bis del Convenio de París³⁶.

En lo que se refiere a los derechos conferidos por el registro de la marca, ésta confiere a su titular el uso exclusivo, e impide a cualquier tercero realizar sin su consentimiento, entre otros, los siguientes actos: uso en el comercio de un signo idéntico o similar a la marca para cualquier producto o servicio cuando tal uso pudiese crear confusión o riesgo de asociación con el titular del registro; o de un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza o del valor comercial de la marca; o de un aprovechamiento indebido del prestigio de la marca o de su titular.

El artículo doce del Protocolo regula el uso de la marca por terceros y no permite al titular del registro prohibir que un tercero use, a menos que lo haga de buena fe y no sea capaz de causar confusión, entre otras, las siguientes indicaciones: a) su nombre o dirección o las de sus establecimientos mercantiles; b) indicaciones o informaciones sobre la disponibilidad, la utilización, aplicación o compatibilidad de sus productos o servicios, en particular con relación a piezas de recambio o accesorios.

En el artículo trece se regula un tema fundamental y de gran trascendencia para el establecimiento de

un mercado único, como lo es el del agotamiento del derecho de marca. Se señala que el registro de una marca no podrá impedir la libre circulación de los productos marcados, introducidos legítimamente en el comercio por el titular o con su autorización, comprometiéndose los Estados partes a prever en sus respectivas legislaciones medidas que establezcan el agotamiento del derecho conferido por el registro.

Como señala el profesor José Massaguer³⁷, la finalidad del agotamiento reside en evitar que la protección jurídica de la marca permita a su titular monopolizar el tráfico de productos distinguidos con una marca -cuando ésta cumpla adecuadamente la función que le es propia y se halle tutelada jurídicamente por el ordenamiento- y, al tiempo, evitar que la marca se convierta en instrumento que permita discriminar precios y mercados locales sin que ello encuentre justificación en el aseguramiento de la función del sistema de marcas.

El agotamiento priva al titular de la marca de la facultad de prohibir a terceros su utilización en relación con productos previamente comercializados por él o con su consentimiento. El artículo trece habla de "autorización del titular", lo que supone, entendemos, consentimiento; creemos también que este consentimiento no debe ser expreso, como lo regula por ejemplo el artículo treintidós de la Ley de Marcas española, sino que tal consentimiento debe ser interpretado, como dice el profesor Masaguer³⁸, en el sentido de la Directiva de la Marca Comunitaria de la CEE; con lo que deben reputarse consentidas o autorizadas -en términos del propio artículo trece- no sólo las comercializaciones efectuadas por el titular de la marca, sino también por terceros vinculados -económica o jurídicamente- siempre que el titular de la marca hubiere estado en condiciones de determinar la calidad de los productos distinguidos con ella. Debemos mencionar que en este punto seguimos al profesor Massaguer y su estudio sobre el tema en la CEE, ya que considera-

³⁴ Cfr. José Massaguer, voz "Marca Renombrada"... ob.cit., pág. 4192.

³⁵ En este punto es importante resaltar que llama la atención que el punto cinco del artículo diez del Protocolo señala que "a efectos de la prórroga ninguna de las partes podrá exigir que la marca esté en uso". En el caso de la Ley de Marcas argentina, la misma exige en su artículo veinte que el que solicita la prórroga haga una declaración jurada de que la misma ha sido utilizada.

³⁶ El mismo concede "un plazo de gracia, que deberá ser de seis meses como mínimo, para el pago de las tasas previstas para el mantenimiento de los derechos de propiedad industrial, mediante el pago de una sobretasa, si la legislación nacional lo impone. Los países de la Unión tienen la facultad de prever la rehabilitación de las patentes de invención caducadas como consecuencia de no haber pagado las tasas".

³⁷ Cfr. "Acerca del agotamiento internacional del derecho de marca (A propósito de algunas recientes Sentencias de Audiencia Provincial)". *Arazadi Civil*, 1996, pág. 10.

³⁸ "Acerca...", ob.cit.

mos que los problemas suscitados ahí serán muy similares, sino los mismos, que en el futuro se darán en el Mercosur.

No cabe duda también que en el Mercosur se dará la polémica –teniendo en cuenta que el Protocolo no se pronuncia expresamente- sobre el alcance territorial del agotamiento del derecho de marca: de si éste tendrá un carácter comunitario (limitación del agotamiento al Mercado Común del Sur como ámbito en el que se produce la comercialización) o si, por el contrario, su carácter es supralocal/internacional (eficacia universal del agotamiento).

En lo que a cancelación del registro por falta de uso de la marca se refiere, el artículo quince señala que en los Estados partes donde esté prevista la obligación del uso de la marca, la autoridad competente, a pedido de parte, (que no procederá antes de transcurridos cinco años contados desde la fecha de su registro), podrá cancelar el registro de la marca si ésta no hubiese sido usada en ningún Estado firmante durante los cinco años precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación (a menos que la autoridad nacional competente considere que existen motivos que a su juicio justifiquen su no uso). Existe en este punto la posibilidad de prever la caducidad parcial del registro.

La carga de la prueba del uso de la marca corresponde al titular de la marca según el artículo dieciséis, con lo que la carga probatoria se invierte.

Finalmente, en lo que a marcas se refiere, el artículo dieciocho contiene el compromiso de los Estados partes de establecer un procedimiento administrativo de oposición a las solicitudes de registro, así como para la nulidad del mismo.

Sobre las Indicaciones de Procedencia y las Denominaciones de Origen, el Protocolo contiene una regulación muy acertada, ya que unificará en este punto lo que los Estados partes deberán entender por aquéllas. El Protocolo define lo que para efectos del mismo se debe entender por Indicación de Procedencia, señalando que serán consideradas como tales “el nombre geográfico del país, ciudad, región o localidad de su territorio, que sea conocido como centro de extracción, producción o fabricación de determinado producto o de prestación de determinado servicio”; y son consideradas Denominación de Origen “el nombre geográfico de país o ciudad, región o localidad de su territorio, que designe productos o servicios cuyas cualidades o características se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, incluidos factores naturales y humanos”.

El artículo veintiuno del Protocolo, que se encuentra dentro las Disposiciones Finales, señala la obligación de los Estados partes de proteger las variedades de plantas y otras obtenciones vegetales mediante patentes, o un sistema *sui-generis*, o cualquier otro sistema resultante de la combinación de ambos. Este es un tema que, a nuestro juicio, merece por parte de los países miembros del MERCOSUR una regulación especial, ya que hay que tener en cuenta que dentro del mismo se encuentran dos países con una rica variedad de especies vegetales como Brasil y Argentina, y que Chile, otro país con gran potencial en este campo, es país asociado.

Finalmente, en los artículos veintidós y veintitrés se prevé que los Estados partes deberán implementar medidas efectivas para reprimir la producción y el comercio de productos piratas o falsificados, y el compromiso de éstos de realizar esfuerzos por concluir a la brevedad acuerdos adicionales sobre patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, derechos de autor y conexos, así como de otras materias relativas a la propiedad intelectual.

Como vemos, la propiedad intelectual es un tema de gran importancia para el establecimiento del Mercado Común del Sur, habiendo sido tratado también este tema en el Programa de Acción del MERCOSUR hasta el año 2000 en su Capítulo tres (Dimensión Global de la Integración), punto siete (Propiedad Intelectual), donde se señala que el objetivo central de este Programa es dar seguimiento a las negociaciones para la elaboración de acuerdos que, con base en las normas internacionales vigentes en la materia, protejan adecuadamente los derechos de propiedad intelectual en el Mercosur, evitando, entre otros, prácticas desleales y eventuales obstáculos al comercio.

En lo que a Defensa del Consumidor se refiere está pendiente de aprobación el Reglamento en Materia de Defensa del Consumidor; mientras no se apruebe, cada Estado parte aplicará su legislación interna y no podrá imponer otras exigencias superiores a las vigentes para sus propios productos y servicios nacionales.

VI. SECTOR LABORAL

Este aspecto, junto con el social, no han sido priorizados por el Mercosur desde un inicio; tanto es así, que el Tratado de Asunción en su preámbulo señalaba únicamente, refiriéndose al aspecto social, que el Tratado plantea como objetivo “acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social, a fin de mejorar las condiciones de vida de sus

habitantes". Sin embargo, como la integración regional impacta tanto en el aspecto social como en el laboral, los Ministros de Trabajo y los sectores sindicales de los países miembros constituyeron, mediante la firma en diciembre de 1991 de un protocolo adicional, el Sub-Grupo de Trabajo número once (Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social)³⁹, en el cual se ha abordado el problema mediante el análisis y la negociación sobre estos temas.

Repetidas veces hemos señalado que la integración regional implica la desaparición de barreras arancelarias y no arancelarias entre los países miembros, así como el establecimiento de condiciones del bloque regional frente al resto del mundo. Situación que se va estableciendo paulatinamente y que impacta directamente en la estructura productiva de los países involucrados, provocando efectos en el nivel de seguridad en el empleo, condiciones de trabajo, niveles de remuneración, desequilibrio de poderes en las relaciones colectivas de trabajo, etc. Además, la articulación de empresas entre los países, así como la mayor presencia de multinacionales y la movilidad de los factores de producción, presentan entre los países de la región un nuevo escenario.

Todo esto exige la creación de políticas y acuerdos que eviten estos desequilibrios, así como las prácticas de *dumping* social⁴⁰.

Frente a esto se plantea una respuesta ágil y adecuada en la recapacitación del trabajador en los procesos de reconversión de empresas y sectores para disminuir el impacto; en un perfeccionamiento del seguro de desempleo, que permita cubrir al mayor número posible de personas afectadas; en la creación de un Fondo de Garantía contra la insolvencia de las empresas, que proteja al trabajador de la pérdida de su trabajo y de la imposibilidad de cobrar sus beneficios.

Por la libre circulación de mano de obra que generará migraciones de trabajadores dentro del Mercosur, es necesario, a fin de remediar el desequilibrio, regular la admisión de trabajadores en otros países (supresión de trámites migratorios, unificación de la documentación de identidad, facilidades para establecerse con su familia y sus bienes etc.) bajo el principio de igualdad de trato. Se trata de garantizar en cada país -mientras se reglamenta esta liber-

tad- el cumplimiento de la normativa laboral (condiciones de trabajo, remuneración, jornada, descansos); basando la competencia entre las empresas en la calidad de los productos o servicios, la tecnificación, la mejora de los procedimientos de comercialización, y no a expensas de los trabajadores reduciendo los beneficios adquiridos, o a través de la aplicación de prácticas de *dumping*.

Se hace necesario también coordinar los sistemas de Seguridad Social, garantizando mecanismos que permitan la acumulación de servicios prestados en los distintos países, el goce del beneficio generado en un país aún cuando se esté residiendo en otro, etc. Finalmente, cabe señalar que la evolución histórica, política y legislativa de los países del Mercosur, así como los distintos grados de desarrollo, provocan un conjunto de diferencias importantes en las legislaciones de los países, menores a nivel de Derecho Individual y mayores a nivel de Derecho Colectivo. Por tales motivos, existe el convencimiento de que la unificación de la normativa laboral es casi imposible, por lo que se trata de identificar las diferencias que afectan o impiden el desarrollo de la integración, mediante una labor preparatoria de conocimiento y acercamiento recíproco de las realidades nacionales, desarrollando un proceso de convergencia en los puntos definidos y tratando incluso de establecer regulaciones comunes.

VII. REALIDAD Y PERSPECTIVAS DEL MERCOSUR

Como se ha desarrollado en el transcurso del presente trabajo, hoy en día el Mercosur nos plantea una realidad muy particular, tanto en el plano jurídico como económico. Antes de culminar, nos ha parecido que puede resultar interesante hacer un esfuerzo por detectar las principales consecuencias que trae aparejada la actual estructura jurídica del Mercosur.

A nuestro criterio, el Mercosur está hasta ahora más cerca de ser un modelo de **cooperación** entre sus Estados miembros, que de **integración regional** propiamente dicha. Creemos que esto último es el gran objetivo del Mercosur, que en ese sentido se han dado pasos importantes, pero al mismo tiempo decisiones políticas futuras deberán producir cambios estructurales importantes que posibiliten alcanzar esa meta de forma más clara y decisiva.

³⁹ Hay que destacar que este sub grupo es el único que tiene integración tripartita: gobierno, trabajadores, empresarios.

⁴⁰ Se entiende por *dumping* social la utilización por las empresas de las diferencias de nivel de protección y remuneración entre los trabajadores de los países miembros, eligiendo aquellos con mano de obra más barata.

En un modelo de integración podemos al menos identificar cinco elementos configuradores: 1) la organización ejerce poderes propios conferidos a ella en el marco de una distribución de potestades, estos poderes resultan necesarios para el desarrollo de la integración; 2) en los órganos formados por representantes de los Estados, las deliberaciones pueden realizarse según las reglas de la mayoría, por oposición a la regla de la unanimidad; 3) los órganos están formados por personas que no son representantes de los Estados y que, sin embargo, participan en el poder de decisión; 4) los poderes de la organización se ejercen inmediatamente, sin pasar por el filtro que suponen los gobiernos nacionales, en beneficio o en contra de los particulares, lo que significa que pueden modificar directamente los ordenamientos jurídicos nacionales; 5) la organización se encuentra sometida a un ordenamiento jurídico muy desarrollado, cuya salvaguarda es preciso confiar a un Tribunal Superior de Justicia⁴¹.

Dicho esto, podemos afirmar que, tal como está diseñado hasta el momento el esquema institucional del Mercosur, no permite cumplir con estas exigencias. Tanto el CMC, como el GMC, están facultados para dictar normas, las mismas que se consagran como obligaciones para los Estados parte del Mercosur, pero hasta que no se produzca su incorporación al Derecho de cada país, las mismas no pueden ser aplicadas por los jueces como derecho positivo. Al mismo tiempo, la carencia de un Tribunal de Justicia genera, entre otras cosas, mayores dificultades cuando un Estado parte no cumple con lo resuelto por los órganos del MERCOSUR.

El Derecho de toda organización comunitaria supone tres características fundamentales:

1. Un Derecho Comunitario integrado de pleno derecho en el ordenamiento interno de los Estados.
2. Que las normas comunitarias ocupen su lugar en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte en calidad de Derecho Comunitario.

3. Que, por tanto, los jueces nacionales tengan la obligación de aplicar ese Derecho Comunitario⁴².

Haciendo algún parangón con el modelo de la Unión Europea, vemos que la facultad decisoria de los órganos del Mercosur no tiene el mismo alcance que las que corresponden a las instituciones de la Unión Europea. De esta manera, los reglamentos que dicta el Consejo de la Unión Europea, son obligatorios en todos sus elementos, se trata de normas directamente aplicables "en" cada Estado miembro y no "por" cada Estado miembro; generan derechos individuales en cada uno de los ciudadanos que integran la comunidad, permitiendo a estos invocar su regulación ante sus propios Tribunales nacionales y, finalmente, son normas que, tal como declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidad en el asunto Costa/Enel, se imponen inclusive por sobre las propias constituciones de los Estados miembros⁴³. En la órbita del Mercosur esto no ocurre. Del análisis de los artículos 38, 40 y 41 del Protocolo de Ouro Preto surge que las normas que dictan los órganos del Mercosur requieren de un proceso de incorporación en cada uno de los ordenamientos nacionales⁴⁴, siendo los Estados partes quienes deciden los mecanismos necesarios para su ejecución. Si volvemos al sistema de la Unión Europea podríamos decir que las normas propias del Mercosur resultan de alguna manera semejantes, en cuanto a su naturaleza y características, a las Directivas que dicta el Consejo de la CEE. Sin embargo, esto tampoco sería del todo acertado. Una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea regula, aunque con otros efectos que los propios del reglamento, la aplicabilidad directa de las mismas teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Esto no sucede, ni podrá ocurrir, en el MERCOSUR.

Pero las dificultades no acaban aquí, es decir, no solo estamos en presencia de normas que se imponen como mandatos para los Estados partes, sino que el incumplimiento por parte de los mismos no puede ser atacado ante ningún órgano jurisdiccio-

⁴¹ En este punto hemos seguido la exposición del doctor Francisco Molina del Pozo en su "Manual de Derecho de la Comunidad Europea". Edit. Trivium S.A. Madrid, 1990, Véase pág. 62.

⁴² En estos términos lo expresa el profesor Guy Isaac en su "Manual de Derecho Comunitario General", ed. Ariel, 1991, pág. 159.

⁴³ Cfr. en "Manual de Derecho Comunitario General" de Guy Isaac, ob cit. págs. 122 y 123.

⁴⁴ Con la única excepción de las que se destinan a organizar los trabajos y el funcionamiento de los órganos del proceso de integración. Ver X Reunión del CMC, Acta 1/96.2

nal del Mercosur por la sencilla razón de que el mismo no existe. Este es otro de los puntos de vital importancia. Sin un poder supranacional que interprete y asegure el cumplimiento del Derecho Comunitario será imposible alcanzar verdaderamente una integración regional⁴⁵.

Con lo hasta aquí expresado, más que obvia es la siguiente conclusión: un mercado común exige reglas de conducta comunes a sus Estados y a sus propios actores económicos, esto es, los particulares. La creación de ese marco regulatorio común debe provenir, en todo lo que sea necesario para garantizar la permanencia y desarrollo de los objetivos comunitarios, de un órgano de ese carácter. Los conflictos deben ser resueltos en base a ese substrato normativo, y, finalmente, su aplicación debe estar necesariamente encomendada a un órgano independiente y supranacional. Posibilitar que esto sea una realidad es el gran paso que debe dar el Mercosur.

Otro de los grandes desafíos del MERCOSUR es empezar a cumplir, aunque sea paulatinamente, con el "Programa de Acción del Mercosur hasta el Año 2000", aprobado por Decisión 9/95.

En él se fijan en gran medida el conjunto de exigencias necesarias para llegar a tener un mercado integrado, unificado, con reglas comunes en todo lo que tenga que ver con su actividad comercial, y con políticas macroeconómicas también comunes. Son materias aún pendientes la ejecución del cronograma de desgravación para los productos exceptuados hasta llegar al año 2000 con libertad absoluta de barreras arancelarias, en igual sentido, es objetivo permanente la eliminación de todo tipo de restricción no arancelaria, la aprobación e implementación del Protocolo de Defensa de la Competencia, el perfeccionamiento de una política comercial común, el cumplimiento de los procedimientos, plazos y metas para la convergencia de los aranceles nacionales aplicables temporariamente a los productos que se encuentran en excepción hasta arribar al 2006, con un arancel externo común que no supere el 20%, según las proyecciones que hasta el momento se hacen.

En relación a las relaciones externas del Mercosur, se ha dado un importante paso desde el momento en que se le otorgó personalidad jurídica. Para adelante, el Mercosur deberá asegurar la compatibilidad

de su normativa con lo establecido por las disposiciones del GATT de 1994, y los acuerdos resultantes de la Ronda de Uruguay. Asimismo, el Mercosur se ha planteado planificar las acciones de coordinación necesarias para la participación de los estados partes en las actividades de la OMC, en particular en lo relativo a las nuevas negociaciones que puedan iniciarse sobre los acuerdos aprobados en Marrakesh. La integración con la Unión Europea, y con los Estados Unidos y la Nafta se inscribe también en este punto. En lo que tiene que ver con la Unión Europea, todas las acciones deberán estar encaminadas a la ejecución del Acuerdo de Cooperación firmado para el establecimiento de una Asociación Interregional que incluya la liberalización progresiva y recíproca de los intercambios comerciales. Finalmente, la apertura del Mercosur a otros países del hemisferio sur es otro de los temas que ocuparán su agenda. Chile y Bolivia ya han firmado acuerdos bilaterales con el Mercosur, pero su integración definitiva aún no se ha producido.

En síntesis, como en todo proceso de integración regional, es largo y difícil el camino que queda por delante. Lo hasta ahora recorrido no es una cuestión menor, pero las necesidades de una mayor integración son cada vez más acuciantes para países que no logran conseguir estabilidad y crecimiento en sus economías. Frente a un mundo globalizado, ello sólo será posible desde un posicionamiento regional.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Agotar en un trabajo todo lo que sobre el Mercosur hay que decir y saber, sería muy pretensioso y casi imposible por lo extenso del tema. Sin embargo, creemos que el presente artículo, a pesar de no ser un estudio profundo sobre la materia, es una buena guía para aquel que quiera acercarse al estudio de un tema que hoy es de gran actualidad y que en el futuro tomará cada vez más importancia.

El Mercosur es, sin duda, en nuestra opinión, la respuesta adecuada por parte de los países sudamericanos a la consolidación de grandes espacios económicos como la Comunidad Económica Europea, Nafta o Asia-Pacífico, y pensamos que así también lo cree el gobierno del Perú, que por medio de la Comisión Andina ha iniciado conversaciones con el Mercosur tendientes a alcanzar un acuerdo de libre comercio.

⁴⁵ Vid. Supra.