

Cuadernos de Integración Europea #5 - Junio 2006 - páginas 61-93
<http://www.cuadernosie.info>

La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional Análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el Mercosur

 **Alejandro Pastori Fillol**

Profesora Adjunto de Derecho Internacional Público,
Facultad de Derecho. Universidad de la República del Uruguay



RESUMEN

La Unión Europea y el MERCOSUR comparten la preocupación por establecer mecanismos que aseguren la ejecución de las decisiones jurisdiccionales de sus tribunales comunitarios. Sin embargo, cada proceso ha instrumentado diferentes formas de sanción y distintos procedimientos para procurar dicha ejecución, los cuales se inscriben respectivamente dentro de la lógica del derecho comunitario o del derecho internacional público en el que se enmarcan ambas jurisdicciones.

El presente artículo describe, analiza, compara y valora las normas y procedimientos establecidos en la Unión Europea y en el MERCOSUR para los casos de inejecución, por parte de los Estados miembros, de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o de los laudos de los Tribunales del MERCOSUR que declaran un incumplimiento de las obligaciones asumidas por dichos Estados en el marco de sus respectivos procesos de integración regional.

PALABRAS CLAVE

La Unión Europea Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Ejecución de sentencias del TJCE - Artículo 228 TUE - Sanciones - Protocolo de Olivos - Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR - Laudos arbitrales - Medidas Compensatorias - Retorsión.



Presentación

La ejecución de las decisiones jurisdiccionales y arbitrales internacionales forma parte del conjunto de problemas existenciales del Derecho Internacional Público. La noción de ejecución forzada se inserta con dificultad en un ámbito donde la soberanía de los Estados está a la base del funcionamiento del sistema.

Por ello, en el plano internacional, si bien se entiende unánimemente que las resoluciones finales que culminan un procedimiento de solución de controversias al que los Estados se han sometido voluntariamente, deben ser cumplidas obligatoriamente por las Partes (en la medida en que no tendría sentido establecer y someterse a un mecanismo de solución de controversias y desconocer luego su resultado) no existe un órgano supranacional encargado de la ejecución de las resoluciones finales de los órganos jurisdiccionales ante los cuales los Estados han llevado voluntariamente sus controversias.

En el campo más reducido de la integración regional, los diferentes sistemas constituidos hasta el presente, en una práctica casi unánime, han previsto la existencia de procedimientos específicos destinados a procurar la ejecución de las sentencias o laudos establecidos en sus mecanismos de solución de controversias a efectos de paliar, en lo posible, los efectos negativos de la carencia existente en ese punto.

En este sentido, el sistema jurisdiccional europeo y el arbitral del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) no han sido excepciones.

Ambos sistemas han entendido en efecto que de nada vale la existencia de un mecanismo de solución de controversias complejo y elaborado, cualquiera que sea su naturaleza, si el laudo o la sentencia que clausura los procedimientos es de cumplimiento voluntario y no es ejecutable, o no se puede hacer cumplir, porque no existe, directa o indirectamente, un poder de coacción suficiente para que la resolución jurisdiccional o arbitral se haga efectiva cuando no hay voluntad de cumplimiento por parte del Estado obligado por la misma¹.

Cada sistema, sin embargo, ha resuelto el tema a su manera, fundamentalmente debido a la diferente naturaleza de ambos sistemas de integración: en la UE existe un sistema jurídico específico que regula los procedimientos, el derecho comunitario europeo y en el MERCOSUR, en cambio, prevalecen exclusivamente los mecanismos del derecho internacional público.

¹ El Estado "afectado", en la terminología europea, es el Estado obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia, o sea que es el Estado incumplidor (ver artículo 228CE). Utilizaremos la expresión "Estado afectado" al referirnos al marco comunitario europeo conjuntamente con la expresión "Estado obligado", la que utilizaremos exclusivamente en el marco del MERCOSUR, donde no se utiliza la expresión "Estado afectado", sino que se menciona siempre al "Estado obligado a cumplir con el laudo" para referirse al Estado afectado.

De esta diferencia de esencia se derivarán importantes consecuencias para las soluciones que cada sistema de integración le ha dado al tema de la ejecución de las sentencias o laudos, como veremos.

En ese contexto, el propósito del presente artículo será analizar los mecanismos previstos en la UE y en MERCOSUR para dar solución a los casos de inejecución, por parte de los Estados obligados, de las sentencias o laudos que declaran un incumplimiento, a efectos de conocer las características y comparar las ventajas, desventajas y límites de cada mecanismo respecto del otro de forma de ser capaces de responder a la siguiente pregunta: en materia de ejecución ¿quién le pone mejor el cascabel al gato, el derecho comunitario o el derecho internacional público?

I. La ejecución de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)

Es necesario recordar algunas características de la jurisdicción comunitaria y de las sentencias del TJCE, para comprender donde se ubica específicamente, dentro del mismo, el tema de la ejecución de las sentencias del Tribunal que nos interesa.

1. Las sentencias del TJCE susceptibles de recurso por inejecución

El TJCE se ha visto atribuir por los tratados comunitarios tres grandes áreas de competencias, que suponen la adopción de distintos tipos de sentencias.

Veamos con más detalle las diferentes sentencias que puede adoptar el TJCE en el marco de las competencias que le han sido atribuidas, para evitar confusiones y a la vez precisar el alcance de nuestro estudio, pues no todas estas sentencias habrán de interesar a nuestro trabajo por no ser susceptibles de un recurso por inejecución:

-Por un lado el TJCE está encargado de controlar las acciones de los órganos comunitarios. A tales efectos se han instituido vías de recurso ante el Tribunal para controlar la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias (el contencioso de anulación, de omisión y el de plena jurisdicción) los que pueden culminar con la anulación, corrección o condena de la acción de los órganos comunitarios. El cumplimiento de las sentencias que adopta el Tribunal en estos casos es de carácter inmediato (caso del recurso de anulación frente a un acto comunitario ilegal) o de carácter interno al sistema (caso del recurso por omisión de un órgano comunitario o del recurso por reparación por acciones de la Comunidad donde el TJCE condena y ordena al órgano comunitario infractor que emitió el acto a cumplir con la sentencia), por lo que la ejecución de las mismas no puede ofrecer dificultades.

-Por otro lado, el TJCE debe garantizar una aplicación e interpretación uniformes del derecho comunitario. A estos efectos se estableció un mecanismo de cooperación entre el juez nacional (cuyos jueces son los primeros jueces que aplican el derecho comunitario) y el juez comunitario conocido como el “reenvío prejudicial”.

Este mecanismo, a través del cual el juez nacional puede (y a veces debe) consultar al Tribunal de Justicia cuando está en juego la validez o la interpretación de una norma comunitaria, se establece solo a efectos de garantizar una interpretación y una aplicación uniformes de este derecho en todo el territorio comunitario. La sentencia prejudicial del TJCE por tanto no resuelve el caso sino que está dirigida solamente al juez nacional, el que deberá tenerla en cuenta y no apartarse de lo que establece al dictar su propia sentencia.

En el mecanismo del reenvío prejudicial aparecerán entonces dos sentencias: la sentencia del TJCE y la del juez nacional. Ambas aplican el derecho comunitario y pueden ser consideradas como parte de la jurisdicción comunitaria en sentido amplio (por algo el juez nacional es el primer juez comunitario) pero en sentido estricto solo la primera es adoptada por un órgano comunitario.

En materia de ejecución, ambas sentencias tienen caracteres distintos en virtud de su distinta función y destinatarios. En la sentencia prejudicial del TJCE el obligado por la misma es el juez nacional. Es él que debe cumplirla. La sentencia del juez nacional en cambio es la que resuelve la causa y debe ser cumplida por la parte perdedora en el proceso.

Esta sentencia del juez nacional no reviste interés para nuestro trabajo, amén de no ser en puridad comunitaria. Su ejecución está asegurada por los mecanismos habituales de ejecución de las sentencias del derecho interno².

-Finalmente, el Tribunal tiene asignada la competencia de velar por el respeto, por parte de los Estados miembros, de sus obligaciones comunitarias. Para estos efectos se ha establecido el recurso de incumplimiento que están legitimados a interponer tanto la Comisión, en su condición de “guardiana de los tratados comunitarios” (artículo 226 CE), como los Estados miembros (artículo 227 CE).

² En cuanto a la sentencia prejudicial del TJCE, la misma carece de fuerza ejecutiva por lo cual no se puede recurrir directamente a forma alguna de ejecución de la misma (ver al respecto: Cienfuegos, Manuel “Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados Miembros” JB 1998, pg 73 y ss). Por tanto, frente a la hipótesis en que exista un incumplimiento de la sentencia prejudicial por parte del Juez nacional (para el caso de que éste dicte una sentencia con desviación u omisión de la sentencia comunitaria), lo que corresponde es considerar que la sentencia del juez nacional constituye un incumplimiento del Estado a una normativa comunitaria por un hecho de su poder judicial, pasible del recurso comunitario de incumplimiento. Si al término de un recurso por incumplimiento por ese hecho, el Estado fuese declarado omiso y pese a ello no ejecutara la sentencia, entonces corresponderá iniciarle el proceso por inejecución de sentencias previsto de forma general para los casos de incumplimiento del Estado, y que se verá *infra*. En este sentido entonces, el incumplimiento de la sentencia prejudicial por parte del juez nacional podría indirectamente interesar a nuestro trabajo, si se traduce en un incumplimiento, por parte de un Estado, de una norma comunitaria (en este caso de una sentencia comunitaria). Por ser un caso de incumplimiento estatal, su ejecución recaerá en la hipótesis del punto siguiente. Cabe señalar que aunque técnicamente posible, el incumplimiento del juez nacional en estos casos resulta muy improbable.

Las sentencias del TJCE que recaen sobre esos procesos por incumplimiento son obligatorias para los Estados miembros y deben ser ejecutadas por el Estado miembro afectado (228.1).

Es solamente la falta de ejecución de estas sentencias de incumplimiento, por parte de los Estados, la que habrá de interesar a nuestro trabajo. Para el caso entonces, solo tendrá sentido hablar de inejecución cuando el destinatario de la sentencia (o sea el que la debe cumplir) sea un Estado.

Por otra parte, ésta es la única hipótesis comparable a la inejecución de los laudos arbitrales del MERCOSUR, que tienen también por destinatarios a los Estados.

2. Las formas de asegurar la ejecución de las sentencias de incumplimiento del TJCE: la vía comunitaria y la vía nacional

Las formas de asegurar la ejecución de las sentencias del TJCE que declaran el incumplimiento de un Estado pueden encontrarse:

- **a nivel comunitario** a través de los mecanismos establecidos a tales efectos en el propio Tratado de la Unión Europea (TUE), en su artículo 228.2, que en última instancia pueden dar lugar a una nueva sentencia del TJCE (de inejecución) la que podrá establecer una sanción pecuniaria contra el Estado infractor como forma de obligarlo a cumplir con la sentencia de incumplimiento;

- **a nivel nacional**, (ante los Tribunales del Estado infractor), a través de la acción de un particular especialmente afectado por la falta de ejecución de una sentencia de incumplimiento por parte de dicho Estado, que reclame ante esa jurisdicción responsabilidad al Estado por los daños sufridos, lo que operaría como una forma de sanción contra el Estado infractor que lo induciría a ejecutar la sentencia de incumplimiento.

2.1. El mecanismo previsto para la ejecución de las sentencias de incumplimiento del TJCE a nivel comunitario.

El análisis del mecanismo de ejecución comunitario puede dividirse en tres puntos diferentes, que se refieren a los *caracteres* del mecanismo de ejecución (es un mecanismo indirecto); con el *funcionamiento* del mecanismo de ejecución (que se compone de distintas etapas); y, finalmente, con la *aplicación* del mismo hasta el presente (jurisprudencia).

2.1.1. Caracteres del mecanismo de ejecución comunitario

Es necesario aclarar ante todo que a nivel comunitario no existe la ejecución forzada de las sentencias que establecen el incumplimiento de un Estado, tal como se conoce en el derecho interno. La soberanía de los Estados nacionales no haría posible un mecanismo semejante.

Lo que existe, desde la aparición del inciso 2 del artículo 228, es un procedimiento de ejecución indirecto, una presión que se puede ejercer sobre los Estados para que cumplan con la sentencia que declara el incumplimiento o se vean alcanzados por una sanción que les puede ser impuesta por el Tribunal en su sentencia por inejecución.

Pero vayamos por partes y veamos como llegamos hasta este procedimiento por inejecución.

En primer lugar, naturalmente, debe existir la sentencia declarando el incumplimiento de un Estado Miembro. Esta se obtiene luego de interpuesto ante el TJCE un recurso por incumplimiento contra el Estado que ha violado el derecho comunitario.

Como se vio en el capítulo anterior, el recurso por incumplimiento podrá ser interpuesto por la Comisión (artículo 226 CE), o bien por otro Estado miembro (artículo 227 CE). La obligatoriedad de cumplimiento de la sentencia que culmina este recurso está prevista en el artículo 228 numeral primero (228.1)³, de igual forma que estaba previsto antes del Tratado de la Unión Europea (TUE-Maastricht) por el artículo 171.

La sentencia de incumplimiento del TJCE es de carácter declarativo y su única, aunque indispensable, finalidad y utilidad es dejar constancia de que un Estado ha omitido el cumplimiento de una determinada responsabilidad que había asumido como consecuencia de su pertenencia a la Comunidad Europea.

El Estado infractor tiene naturalmente la obligación de cumplir con la sentencia, pero no es sino hasta la aparición, en el texto del TUE en Maastricht, del segundo numeral del artículo 228, que se establece un procedimiento específico para proveer a la efectiva ejecución de la misma⁴.

Hasta entonces, solo existía el artículo 171, que establecía la obligatoriedad de la sentencia declarativa de incumplimiento, pero no agregaba nada en materia de ejecución si el Estado obligado (afectado) no cumplía con la sentencia comunitaria. El nuevo artículo 228 retoma el 171 en lo que se refiere a la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias del Tribunal (228.1, similar al anterior

³ Dicho inciso establece:

228.1. "Si el Tribunal de Justicia declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia."

⁴ 228.2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia.

Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entrañe la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado.

Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227."

La ejecución sentencias y laudos en la integración regional / Alejandro Pastori 171), pero agrega un procedimiento destinado a la ejecución posterior del fallo (228.2) para el caso de que la sentencia que declara el incumplimiento no sea ejecutada por el Estado obligado.

La aparición entonces del artículo 228.2, agregado recién en Maastricht, constituye un salto adelante fundamental respecto de la legislación anterior y ha sido producto de la necesidad de introducir en la sistema de la UE un mecanismo específico y eficaz (a diferencia del anterior) que favoreciera el cumplimiento del derecho comunitario en general y de las sentencias del Tribunal en particular.

Pero debe quedar claro lo que dijimos al comienzo: esta novedad en el sistema jurisdiccional de la UE no es un medio de ejecución de sentencias en sentido estricto sino solo una forma de presionar a los Estados miembros incumplidores para que lleven a cabo las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones comunitarias. El órgano judicial comunitario, en puridad, carece *strito sensu* de la potestad de ejecutar sus fallos.

En este sentido la aparición del artículo 228.2, con la posibilidad de imponer sanciones económicas a los Estados Miembros que no ejecutan la sentencia, no pone fin al incumplimiento declarado por el Tribunal. Solo permite realizar una presión respecto de éste, o sea forzarlo indirectamente al cumplimiento de la sentencia a través de la amenaza o, en su caso, de la aplicación de una sanción económica. Pero en teoría, el incumplimiento de la sentencia declarativa puede persistir *sine die*, incluso mediando el pago de la sanción económica impuesta por la segunda sentencia de inejecución, una situación por cierto poco probable a todas luces y difícilmente sostenible desde un punto de vista político por el Estado involucrado, pero que ilustra sobre la particularidad del mecanismo indirecto de ejecución establecido.

En consecuencia, está claro que el procedimiento previsto en el artículo 228.2 tiene por finalidad hacer más eficaz el procedimiento por incumplimiento pero sin que se pueda hablar con propiedad de ejecución forzosa de la sentencia de incumplimiento.

2.1.2. Funcionamiento del mecanismo de ejecución comunitario.

El procedimiento por ejecución en el marco comunitario consta de una fase pre-contenciosa y, eventualmente, de una fase contenciosa.

Debe resaltarse desde un comienzo el papel central y preponderante que le toca a la Comisión en estos procedimientos, y que diferencia claramente al procedimiento europeo del procedimiento mercosuriano: en el marco comunitario, la Comisión es quién decide el inicio del proceso de ejecución contra un Estado incumplidor, así como también su continuación y su eventual clausura. Veamos de qué forma.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 228.1, los Estados condenados por el TJCE (sentencia de incumplimiento pronunciada en virtud de procedimientos iniciados de acuerdo a los artículos 226 o 227, como vimos), tienen la obligación de ejecutar dicha sentencia conforme a los términos de la misma y de informar a la Comisión sobre los medios empleados a tales fines.

Si los medios de ejecución empleados por el Estado no dieran cumplimiento cabal a la sentencia, a juicio de la Comisión, o si simplemente ésta no recibiera la información requerida sobre la forma en que el Estado ha dado cumplimiento a la misma, entonces la Comisión puede iniciar el procedimiento previsto en el artículo 228.2 en su fase pre-contenciosa.

El fundamento de otorgarle esta capacidad de iniciativa al órgano estrictamente comunitario se justifica en el rol que tiene la Comisión como guardiana de la legalidad comunitaria (artículo 211). Es importante señalar que hasta este momento, la carga de la prueba del cumplimiento de la sentencia le corresponde al Estado infractor, sobre el cual pesa la presunción de la falta de ejecución de la sentencia del TJCE hasta tanto demuestre fehacientemente lo contrario.

La Comisión carece de discrecionalidad para decidir si inicia o no el procedimiento por inejecución. La propia razón de ser del instituto creado por el artículo 228.2 conlleva la obligatoriedad de la acción de la Comisión cuando se presumen o verifican supuestos mínimos de no ejecución de una sentencia de incumplimiento por parte del Estado infractor. La no existencia de un plazo para que la Comisión inicie esta etapa no ha sido óbice para que, ante la detección de anomalías en el cumplimiento de una sentencia por parte del Estado infractor, ésta inicie de forma sistemática el procedimiento del artículo 228.2 en su fase pre-contenciosa, tal como corresponde a su papel de garante de la legalidad comunitaria.

Cabe señalar que la Comisión actúa tanto por iniciativa propia, cuando detecta ella misma la falta de ejecución de una sentencia, como también gracias a las reclamaciones realizadas por particulares u otros Estados a través del recurso de las quejas ante la Comisión, que operan en definitiva como denunciadores de los incumplimientos.

En esta fase, la Comisión, a través primero de una “Carta de Requerimiento” al que se agrega un “Dictamen Motivado” informa al Estado presuntamente infractor del inicio de los procedimientos invitándolo a responder a sus requerimientos. En esta etapa el Estado incumplidor puede aún cumplir voluntariamente sin que el caso pase a la fase contenciosa.

La importancia de esta etapa radica en que se fijan los términos del asunto y el Estado infractor se ve otorgar las condiciones y el plazo específico para la ejecución de la sentencia incumplida⁵.

⁵ Es que los tratados comunitarios no establecen un plazo a tales efectos, limitándose el artículo 228.1 a señalar la obligatoriedad de ejecución de la sentencia de incumplimiento.

Por lo demás, la existencia de esta etapa pre-contenciosa o administrativa llevada adelante por un órgano comunitario como la Comisión, permite la realización de una valoración puntual, específica y hasta política de las circunstancias que pueden haber llevado a la falta de ejecución de la sentencia del TJCE por parte del Estado infractor. Esto puede redundar en una cierta flexibilidad en el tratamiento de las causas de la inejecución que puede resultar beneficiosa para lograr el objetivo final que es en definitiva la ejecución de la sentencia, circunstancia que difícilmente se verificaría si se acudiera directamente ante el órgano de naturaleza jurisdiccional (TJCE), o, por el contrario, se correría el riesgo de politizar en exceso si el órgano encargado de aplicarla fuera de naturaleza política (Consejo).

Esta “ponderación” se puede ver reflejada en los plazos que la Comisión otorgue para la ejecución, o en la valoración de la gravedad de la falta de ejecución o en la evaluación de los esfuerzos que está haciendo el Estado infractor para ejecutar la sentencia junto con las circunstancias especiales que pueden estar incidiendo en la falta de ejecución⁶.

Pero nada de esto puede eximir al Estado infractor de su obligación central: ejecutar la sentencia de incumplimiento.

Por ello, ante el mantenimiento de la no ejecución de la misma, el artículo 228.2 permite a la Comisión franquear el acceso a la jurisdicción del TJCE –etapa contenciosa- solicitándole la imposición de sanciones económicas.

El punto esencial de discordia en esta transición es si la Comisión está obligada a remitir el asunto al TJCE o si puede no hacerlo, haciendo prevalecer los criterios de apreciación de la oportunidad y conveniencia -muchas veces políticos- ya referidos, en uso de un margen de acción del que puede suponerse que debe beneficiar en esta instancia.

Al respecto, el texto del artículo 228.2, establece que, llegado este caso, la Comisión “(...) *podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia*”, lo cual deja un amplio campo interpretativo a favor de la potestad discrecional de la Comisión de valorar la oportunidad de hacerlo o no hacerlo.

El tema no es menor, naturalmente, pues tendría numerosas consecuencias prácticas y jurídicas. Por un lado lo dispuesto en el artículo 228.2 parece claro a favor de la discrecionalidad de esta acción; la Comisión también ha defendido su capacidad discrecional⁷, y lo ha hecho asimismo gran parte de la doctrina⁸. En las opiniones vertidas en los casos ventilados ante el TJCE hasta el

⁶ Isaac Martín Delgado, op. cit. Pág 65 y ss.

⁷ En la “Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 (actual 228) del TCE” (DO C 242, de 21.8.96).

⁸ En este sentido pueden leerse las opiniones contestes de Diez-Hochleitner, J. “La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros” en la *Revue du Marché Unique* nº 2/1999 pg 111; Bonnie A. en “Comisión Discretion under Article 171(2) EC” en *European Law Review*, nº 23, 1998 pg 537 y ss; Theodossiou M.A. en “An analysis of the recent response of the Community to non-compliance with the Court of Justice judgments: article 228(2) EC” in *European Law Review*, vol 27, nº1, 2002, pg25 y, aunque con reservas, de Masson B. en “L’obscurité de l’article 228.2 CE” en *RTD eur* (4), oct-déc 2004. En desacuerdo en cambio se encuentra Martín Delgado I. en op cit, pgs 103 y ss. y también Ortega, Luis en el prólogo de la misma obra.

La ejecución sentencias y laudos en la integración regional / Alejandro Pastori
momento, en aplicación del artículo 228.2, ese criterio igualmente parece prevalecer⁹.

Sin embargo, aún no ha habido jurisprudencia específica respecto del carácter discrecional de la actuación de la Comisión en esta instancia. La misma se producirá cuando se interponga concretamente un recurso por omisión frente a una decisión de la Comisión de no remitir el asunto a la fase contenciosa, o sea, cuando exista un eventual afectado directo por un “mal uso” de la discrecionalidad otorgada a la Comisión para seguir adelante con el procedimiento que deba ser resuelto por el TJCE.

Es que la discrecionalidad de la acción de la Comisión en la especie encuentra su límite en los derechos de los interesados que pueden verse afectados por su inacción, careciendo de legitimación propia alternativa para accionar.

Por este motivo, los argumentos a favor de la discrecionalidad de la acción de la Comisión en la instancia parecen perder fuerza cuando se presenta como incoherencia manifiesta que la Comisión esté obligada a iniciar el procedimiento del 228.2 por inejecución, en su fase pre-contenciosa, pero no se lo obligue luego a extraer todas las consecuencias posibles de dicho procedimiento, a saber llevar el asunto ante el TJCE para que le imponga sanciones al Estado infractor¹⁰.

Pero sea esta acción de carácter discrecional o no, lo que sí está claro es que la fase contenciosa se inicia, como dijimos, cuando la Comisión pasa el asunto al TJCE.

Parece existir, en la especie, un nexo indisoluble entre la remisión del asunto al Tribunal y la solicitud de imposición de sanciones por parte de la Comisión, la que podrá consistir, como dice el artículo 228.2 in fine en “(...) *el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado*” (esto es, infractor). A estos efectos, la propia Comisión ha establecido los criterios que piensa aplicar para solicitar al TJCE la imposición de tales medidas.

Estos criterios han sido modificados recientemente luego de la última sentencia por inejecución del TJCE, en el caso de la Comisión c/ Francia (que se verá luego). Hasta entonces, la Comisión entendía que el método más idóneo para obligar a la ejecución era la imposición de una multa coercitiva¹¹, pero luego del caso referido -en que el Tribunal se apartó de dicho criterio, estimando que el establecimiento conjunto de una multa coercitiva y de una suma a tanto alzado era la forma más eficiente de llevar adelante la sanción por inejecución - la Comisión elaboró una nueva comunicación en que retomó y precisó la aplicación de dicho criterio para su acción futura, considerándolo también como el más eficaz¹².

⁹ Ver opinión Abogado General Fennelly, Comisión c/ Grecia, asunto C-197/98 (sobre el que no recayó sentencia por desistimiento previo de la Comisión) y Ruiz Jarabo Colomer, en asunto C-387/07, también Comisión c/Grecia, que concluyó con sanciones contra ese país.

¹⁰ I.M. Delgado, op cit; B. Masson, op cit;

¹¹ Criterio antes incluido en la “Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 (actual 228) del TCE” (DO C 242, de 21.8.96).

¹² Comunicación Sec (2005) 1658.

La justificación de esta superposición de medios de sanción reside en el hecho de que, con el criterio anterior, los Estados tendían a cumplir tardíamente con las indicaciones de la Comisión, normalmente en la última etapa cuando ya el caso había pasado al Tribunal. El pedido de una multa coercitiva lógicamente caía y el Estado no recibía ninguna sanción por el incumplimiento pasado, ni por su tardanza en ejecutar la sentencia, lo cual no se compadecía con el objetivo de desalentar los incumplimientos a futuro. Con el nuevo criterio de pedir ambas sanciones, la Comisión se reserva el derecho de mantener un pedido de sanción incluso en los casos de cumplimiento tardío, de forma tal que pueda existir una sanción al Estado por el tiempo en que incumplió. De esta manera se estimulará la ejecución inmediata de las sentencias del incumplimiento o el cumplimiento de las recomendaciones posteriores de la Comisión tendientes a lograr dicha ejecución, en el caso de que se iniciara un procedimiento por el 228.2

En cuanto a los criterios rectores para fijar el monto de las multas, la Comisión establece que tendrá en consideración tres pautas: a) la gravedad de la infracción, que se valora teniendo en cuenta la gravedad de las normas comunitarias infringidas y las consecuencias de dicha infracción para los intereses generales y particulares; b) la duración de la misma y c) la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la medida¹³.

El TJCE tiene libertad absoluta para apreciar la oportunidad, el tipo y el monto de la sanción que eventualmente habrá de aplicar en la instancia, no estando condicionado por la solicitud de sanción de la Comisión más que en la medida en que constituye una base de referencia útil¹⁴. El Tribunal por lo tanto podría no imponer la sanción que solicita la Comisión o imponer una diferente¹⁵.

La sentencia, una vez adoptada por el tribunal, pasa en autoridad de cosa juzgada y debe ser ejecutada por el Estado infractor. Si incluye una sanción económica -pago de una suma a tanto alzado y/o una multa coercitiva- el Estado infractor deberá cumplir con lo estipulado. En el marco de sus competencias generales, le corresponde a la Comisión velar por la ejecución de la sentencia y/o el pago de la sanción impuesta, hasta tanto se verifique el cumplimiento de aquella.

A tales efectos el propio TJCE le ha conferido cierto margen de apreciación acerca del grado de ejecución, aunque sin por ello otorgarle la posibilidad de modificar la sanción impuesta en la sentencia¹⁶.

¹³ Estos criterios y la forma de su aplicación han sido desarrollados en detalle en la Comunicación de la Comisión antes referida: Sec (2005) 1658, que reemplaza a las existentes de 1996 y 1997 y que fuera adoptada, como se dijo, luego del caso Comisión c/ Francia asunto C-304/02.

¹⁴ TJCE asunto C-387/97

¹⁵ Lo que ha hecho en el caso Comisión c/ Francia en donde la Comisión le solicitara la imposición de una multa coercitiva pero el Tribunal entendiera pertinente la aplicación de ambas cosas, la suma a tanto alzado y la multa coercitiva.

¹⁶ En el caso Comisión c/ España se planteó esta posibilidad. El Tribunal finalmente impuso una multa coercitiva que permitía tener en cuenta la progresividad del cumplimiento de la sentencia del Tribunal y encomendó a la Comisión a apreciar la evolución del mismo y ejecutarlo en consecuencia (ver infra 2.3)

La sanción que puede imponer el TJCE es de carácter económico y apunta a la ejecución de la sentencia de incumplimiento. No es un medio de castigo, no es una sanción de naturaleza penal, tiene por finalidad la ejecución señalada y la prevención de un comportamiento futuro similar¹⁷.

Quedan por tanto descartadas en el marco comunitario la posibilidad de imponer medidas compensatorias o contramedidas por la falta de ejecución de una sentencia de incumplimiento del TJCE¹⁸. Las razones para haber deliberadamente evitado ese mecanismo y haber optado por el establecido por el artículo 228.2 tienen su fundamento en el temor de que una práctica de ese tipo, incluida en una comunidad económica de carácter general como la UE, supusiera en definitiva un escollo, directo o indirecto, a los intercambios comunitarios y, consecuentemente, fomentaran un repliegue proteccionista de los Estados¹⁹.

La sanción se mantiene hasta tanto el Estado infractor ejecute la sentencia de incumplimiento.

La pregunta que surge es: ¿qué pasa si el Estado igualmente no cumple con la sanción impuesta (pago de una multa coercitiva y/o suma a tanto alzado)? En ese caso se abre la posibilidad teórica de que la Comisión le retenga sumas debidas a dicho Estado en el marco del presupuesto comunitario (ayudas de fondos estructurales). Sin embargo esta posibilidad no está establecida a texto expreso en el marco del procedimiento por ejecución y tampoco resulta de una competencia general atribuida a la Comisión. En función de ello, este nuevo incumplimiento no sería jurídicamente solucionable, para lo cual sería necesario recurrir a los procedimientos diplomáticos. Parece improbable que se verifique tal extremo en la práctica, pues la posición del Estado infractor ante el resto de los Estado miembros y como parte de una Comunidad de derecho, se volvería políticamente insostenible.

Pero lo cierto es que esta apreciación marca los límites del procedimiento de ejecución comunitario que, como se dijo desde el comienzo, no es un verdadero proceso de ejecución de sentencias sino una forma de constreñir al incumplidor a que finalmente cumpla con las mismas, a través de la imposición de sanciones económicas.

En descarga de esta circunstancia, debe decirse que en definitiva, cualquier sistema de ejecución que condene a un Estado y necesite de una acción del Estado condenado para su cumplimiento, precisará siempre el sometimiento voluntario de ese Estado a la regla de derecho como presupuesto previo y necesario para la eficacia del sistema jurídico de que se trate (sea nacional, comunitario o internacional).

¹⁷ Sentencia del TJCE. Comisión c/Grecia, asunto citado.

¹⁸ El propio Tratado en su artículo 292 prohíbe que los Estados miembros acudir a otros procedimientos diferentes a los previstos en los tratados para solucionar sus controversias.

¹⁹ Masson B. op cit pg 660.

Sin este sometimiento voluntario no existe sistema coercitivo que se sostenga (sea nacional, comunitario o internacional), en la medida en que los Estados no pueden ser directamente encauzados por la fuerza a ejecutar una sentencia (sea ésta de carácter nacional, comunitaria o internacional), como lo pueden ser los particulares condenados por la jurisdicción que les corresponda, cuando por ejemplo se les ejecuta forzosamente sus bienes para pagar a sus acreedores. Ni en el derecho interno resulta fácil concebir la ejecución de las sentencias de condena contra la administración pública si no contamos con el respaldo de un Estado de derecho al que se someta la autoridad estatal.

Finalmente, no debe confundirse el pago que en carácter de sanción realiza un Estado condenado por el 228.2 (que solo tiene por finalidad la ejecución de la sentencia de incumplimiento), con la reparación de los daños causados por el incumplimiento que el Estado infractor está obligado a reparar independientemente de ello²⁰.

Esta reparación se puede deber a otro Estado o a un particular, como se verá más adelante.

2.1.3. Aplicación del mecanismo de ejecución comunitario (jurisprudencia).

Los Informes Anuales sobre la Aplicación del Derecho Comunitario²¹ muestran que los Estados, por lo general, ejecutan las sentencias de incumplimiento antes de que los procedimientos lleguen al Tribunal, o, en el peor de los casos, antes de que éste dicte su sentencia. Esto es, sin dudas, positivo, aunque ha contribuido a demorar el plazo para la ejecución voluntaria de las sentencias de incumplimiento, en la medida en que muchos Estados se han visto tentados a esperar el inicio de una acción contra ellos por el artículo 228.2, antes de sentirse verdaderamente obligados de ejecutar la sentencia declarativa de su incumplimiento del artículo 226. Como casi siempre sucede, la seguridad jurídica conspira contra la celeridad de los procedimientos, pero para el caso, la concesión temporal (que por cierto es solo eventual) que se deriva de este hecho resulta más que compensada por la importancia que reviste para el sistema en general la existencia del procedimiento del artículo 228.2.

Tres casos han llegado sin embargo hasta una sentencia del TJCE.

En el primero de ellos -Comisión c/ Grecia-, la Comisión inició una acción contra Grecia basada en el artículo 228.2, en virtud de que este país no ejecutaba la sentencia de incumplimiento pronunciada por el TJCE el 7 de abril de 1992.

²⁰ Recordemos que en el derecho comunitario, la obligación de reparar los daños causados por el incumplimiento ya existe desde el momento de que se dicta por el TJCE una sentencia de incumplimiento (artículos 226 o 227), o incluso desde antes si se dan ciertos supuestos (ver infra), por lo cual, si el incumplimiento afectara a otro Estado en concreto, la ejecución de la sentencia de incumplimiento implicará además la reparación patrimonial del daño causado a dicho Estado. De la misma forma sucede respecto de un particular afectado (v.infra). La obligación del Estado infractor, en efecto, es terminar con el incumplimiento declarado y luego eliminar sus consecuencias pasadas y futuras, lo que incluye la reparación. Al respecto, ver, además del artículo 228.1, las sentencias del TJCE *Humblet*, del 16/12/60 y *Comisión c/Alemania* del 12/07/73.

²¹ Se ha consultado hasta el vigésimo segundo, último disponible, del año 2004.

Dicha sentencia había sido adoptada porque Grecia no había tomado las medidas necesarias para eliminar los desechos tóxicos en la región de La Canea, obligación que le incumbía en virtud de sendas directivas comunitarias que establecían esa obligación para Grecia desde 1981, cuando ese país entró a formar parte de la entonces Comunidad Europea.

Iniciando la acción prevista en el 228.2, la Comisión envió la Carta de Requerimiento al gobierno griego el 21 de setiembre de 1995 iniciando la fase pre-contenciosa o administrativa. El asunto pasó al Tribunal el 14 de noviembre de 1997 con la solicitud de la Comisión de una imposición de una multa coercitiva diaria. El TJCE ratificó la oportunidad y tipo de sanción, aunque cambió el monto sugerido por la Comisión, condenando finalmente a Grecia, el día 4 de abril de 2000, al pago de 20.000 euros por día de retraso en ejecutar la sentencia de incumplimiento, el que se deberá efectivizar en la cuenta “recursos propios de la CE” (punto 99 de la sentencia).

Es preciso llamar la atención sobre los plazos.

La falta de cumplimiento de las directivas comunitarias por parte de Grecia comenzó en 1981. La sentencia por el incumplimiento (artículo 226) se dicta en 1992, es decir once años después, pero el incumplimiento persiste. Se inicia el proceso por inejecución (artículo 228.2) en 1995, por lo cual la Comisión se tomó tres años para detectar la falta de ejecución y mantener infructuosos contactos informales en vistas a su ejecución. Iniciada la acción, pasan dos años más en el procedimiento pre-contencioso o administrativo antes de llevarse el caso ante el Tribunal. Y finalmente casi tres años más hasta la sentencia del TJCE en abril del 2000. En total, se suman 19 años desde que se comienza a incumplir las directivas por parte de Grecia.

Visto de otra manera, igualmente transcurren más de 8 años entre que se dictó la sentencia que declara el incumplimiento y la que impone la sanción por la falta de ejecución de la primera sentencia.

Pero ahora bien, ¿resultó al menos efectiva la sanción? ¿Cumplió Grecia con ejecutar la sentencia y aplicar las directivas? ¿Pagó la multa coercitiva mientras no ejecutaba? ¿Y cuánto tiempo estuvo Grecia para ejecutar la sentencia?

Debe consignarse al respecto que Grecia ejecutó finalmente la sentencia el día 26 de febrero de 2001, fecha en que la Comisión analiza las mediadas comunicadas por ese país y concluye que se ha dado cumplimiento a las directivas comunitarias. Hasta esa fecha, transcurrieron ocho meses desde que la sentencia del TJCE le impusiera a Grecia la sanción por inejecución. En ese lapso, el gobierno griego efectivamente pagó en carácter de multa coercitiva la suma de 5.400.000 euros, cifra que terminó de integrar al conocer la resolución de la Comisión entendiéndolo que había dado ejecución a la sentencia de incumplimiento.

El segundo caso es el de la Comisión c/ España, sobre la calidad de las aguas de baño.

El 25 de noviembre de 2003 el TJCE condena a España por falta de ejecución de la sentencia de incumplimiento del 12 de febrero de 1998 que constata que la calidad de sus aguas de baño no es conforme con la dispuesta por la directiva 76/160/CEE de 1975.

El proceso por inejecución (artículo 228.2) es iniciado por la Comisión con el correspondiente envío de la Carta de Requerimiento el 24 de febrero de 2000. La fase pre-contenciosa termina el 13 de julio de 2001 cuando el caso pasa a la fase contenciosa del TJCE, con solicitud de sanción.

El Tribunal, en la fecha antes señalada, condenó a España a pagar una multa coercitiva de 12.483.000 euros al año por el 20% de las zonas de baño que aún no alcanzan los valores de la directiva. Pero tuvo en cuenta el cumplimiento progresivo que podía realizar el Estado infractor por lo que decidió eliminar el carácter constante de la multa y considerar la multa en 624.150 euros por año por cada 1% de zona de baño no conforme a la directiva.

Como puede notarse, en materia de plazos, este caso es diferente al anterior, pues si bien por un lado la directiva incumplida era de 1975 y es recién en 1998 que se adopta una sentencia de incumplimiento al respecto, por el otro, se ha pasado a apenas más de cuatro años para adoptar una sentencia por inejecución.

En cuanto al grado de cumplimiento, España ha cumplido el fallo pero no completamente aún. El documento "Financial Penalties for Members who fail to comply with judgements of the European Court of Justice: European Commission Clarifies Rules" (MEMO 05/482 del 14 de diciembre de 2005, disponible en la página web de la Unión Europea), señala que España aún no ha tomado todas las medidas necesarias para cumplir con la sentencia de 1998.

Sin embargo, España no ha tenido que pagar sanción alguna. Consultada sobre esta aparente contradicción, la Dirección de Medioambiente de la Comisión Europea explica que "Dado que la sentencia condenaba a España a pagar una cantidad (x) por punto porcentual de no conformidad, y dado que los datos de la temporada balnearia daban como resultado una no conformidad de sólo el 0,4 por ciento o similar, pero en todo caso bastante menos del 1%- la Comisión consideró que no había lugar a imponer multa coercitiva o sanción alguna".

El tercer caso es muy reciente. Ha sido el asunto Comisión c/ Francia relativo al cumplimiento de medidas de conservación en materia de pesquerías.

Una sentencia anterior, de junio de 1991, ya había declarado que las autoridades francesas habían incumplido sus obligaciones en materia de pesca, específicamente sobre insuficiencia de los controles en materia de mallado mínimo de las redes y de fijación de las redes de dispositivos prohibidos por la normativa comunitaria.

Estas prácticas incumplían las obligaciones de control en materia de capturas accesorias y las medidas técnicas de conservación por las que se prohíbe la venta de peces de talla inferior a la permitida.

Los controles de la Comisión durante los siguientes 11 años demostraron que Francia no cumplía con las disposiciones de esa sentencia y que peces de talla inferior a la permitida eran ofrecidos a la venta ante la tolerancia de las autoridades locales.

La Comisión llevó finalmente el caso ante el TJCE el 27 de agosto de 2002 solicitando la imposición de una multa coercitiva a Francia por el incumplimiento de la sentencia de 1991. El TJCE dictó sentencia el 12 de julio de 2005 imponiendo a Francia el pago de una suma a tanto alzado de 20 millones de euros y una multa coercitiva de 58 millones de euros por cada periodo de seis meses, a contarse desde el 12 de julio de 2005, en que la sentencia de 1991 no haya sido plenamente ejecutada.

Consultada la Dirección General de Pesca y Asuntos Marítimos de la Comisión Europea sobre el grado de cumplimiento de esta sentencia por parte de Francia, respondió textualmente: “Je peux vous informer que la France a payé les montants financiers imposés par la Cour dans le cadre de l'affaire C-304/02”.

2.2. El mecanismo para la ejecución de las sentencias comunitarias de incumplimiento a nivel nacional.

Junto al artículo 228.2 TUE existe otra forma indirecta de obligar a los Estados a ejecutar las sentencias de incumplimiento adoptadas por el artículo 228.1, que hemos denominado la vía nacional, y que está en manos de los particulares.

Es el propio Tribunal que ha desarrollado una jurisprudencia destinada a permitir que los particulares por ellos mismos y sin plazos excesivos, obtengan la aplicación del derecho comunitario recurriendo al juez nacional.

Desde el caso *Francovich y Bonifaci*, de 1991, un particular directamente afectado por la acción incumplidora de un Estado que no traspone una directiva a su derecho interno, tiene derecho a reclamar directamente, ante la jurisdicción de ese Estado, la aplicación efectiva de esa directiva o, en su defecto, que se le reparen los daños causados por su falta de aplicación. Esta responsabilidad del Estado incumplidor fue posteriormente ampliada al conjunto de las violaciones del derecho comunitario (*Caso Brasserie du Pêcheur et Factortame*, 1996) por lo cual el principio se ha ampliado considerablemente.

Al estar bien establecido en la jurisprudencia comunitaria el principio de la responsabilidad de los Estados por violaciones del derecho comunitario que afectan a los particulares, y en consecuencia, que éstos pueden acudir a la jurisdicción nacional del Estado incumplidor a solicitar la reparación por

La ejecución sentencias y laudos en la integración regional / Alejandro Pastori
los daños sufridos por la violación del derecho comunitario, será posible que la falta de ejecución de una sentencia de incumplimiento (en tanto resulta una violación del derecho comunitario) sea considerada como título suficiente para una declaración de responsabilidad extra contractual y ampare la reclamación de daños consecuente²².

Recordemos que el juez nacional es el primer juez comunitario y que por tanto, de probarse los extremos de la responsabilidad estatal (para nuestro trabajo, la existencia de una sentencia de incumplimiento no ejecutada), deberá hacer lugar a la pretensión del particular. Naturalmente, de existir alguna duda sobre la aplicación o la interpretación de las normas en juego, el juez nacional deberá utilizar el recurso prejudicial al que le habilita el sistema comunitario, de forma tal que el TJCE le indique el camino a seguir en la dilucidación del asunto (tal como sucedió en los casos arriba mencionados, que ya marcaron definitivamente el rumbo).

Por tanto, en lo referido específicamente a nuestro tema, se abren dos vías de ejecución de una sentencia incumplida: la vía comunitaria del artículo 228.2, a través de la acción de la Comisión, y la vía nacional a la que pueden tener acceso los particulares.

Ambos medios por supuesto, son medios de ejecución indirecta, ambos son formas de coaccionar al Estado para que ejecute la sentencia de incumplimiento bajo la amenaza de un mal mayor: la sanción en la hipótesis del 228.2 y la reparación económica en la hipótesis de la vía nacional.

Cabe tener presente que en el caso de la vía nacional, la sentencia (nacional) que recaiga contra el Estado infractor será –ahora sí– una sentencia de condena del propio poder judicial del Estado infractor (a diferencia de la sentencia de incumplimiento que es solo declarativa como vimos), la que deberá en consecuencia ser cumplida por la administración infractora de acuerdo a sus procedimientos internos de ejecución.

Finalmente debe consignarse que este reclamo del particular es sin perjuicio de que la Comisión recurra por su lado al procedimiento del 228.2 ya visto, en tanto ha existido un incumplimiento ya establecido por una sentencia del TJCE. En ese caso habría dos acciones paralelas: la de la Comisión procurando la ejecución de la sentencia de incumplimiento con eventual fase ante el TJCE, y la del particular solicitando la reparación ante la jurisdicción del Estado infractor, con eventual reenvío prejudicial al TJCE. En cualquier caso ambas deberían ser resueltas en última instancia por la jurisdicción comunitaria lo que asegura la uniformidad interpretativa.

²² Debe decirse que el reclamo de los particulares por responsabilidad ante las jurisdicciones nacionales puede prosperar incluso sin que exista una sentencia previa de incumplimiento del TJCE, siempre que se verifiquen ciertas condiciones objetivas que configuran la responsabilidad y la posibilidad de reclamar que el propio Tribunal ha establecido específicamente (ver sentencias antes citadas). Pero esto no sería entonces un caso de ejecución forzada indirecta, pues no habría aún sentencia de incumplimiento que ejecutar, por lo que escapa de nuestro tema específico.

II. La ejecución de los laudos arbitrales del Mercosur

Es necesario recordar algunas características del sistema jurídico del MERCOSUR y de su sistema de solución de controversias, para comprender como se ubica, dentro del mismo, el tema de la ejecución de los laudos arbitrales.

1. El sistema de justicia del MERCOSUR y los laudos de los Tribunales

En el MERCOSUR no existe un derecho comunitario. Su sistema jurídico es el del derecho internacional público. Esto determina que las normas adoptadas por el MERCOSUR deben ser incorporadas a los sistemas jurídicos internos para su entrada en vigor lo cual adquiere una relevancia especialísima en materia de solución de controversias. En efecto, significará en definitiva que, junto a la jurisdicción mercosuriana, siempre existirá la posibilidad de recurrir a las jurisdicciones nacionales para accionar en contra de un Estado infractor de las normas adoptadas por el MERCOSUR.

A nivel MERCOSUR al mecanismo jurisdiccional instituido se reduce en definitiva a la solución de las controversias entre Estados, careciendo de toda la batería de recursos que adornan al sistema jurisdiccional europeo. A diferencia del TJCE, el sistema es de naturaleza arbitral y culmina con un laudo arbitral, a semejanza de numerosos acuerdos conocidos²³. El texto fundamental que regula este tema es el Protocolo de Olivos (en adelante PO)²⁴.

Deben señalarse al menos dos características propias que diferencian el mecanismo del PO de otros sistemas similares y que interesan a nuestro trabajo.

En primer lugar el sistema incluye un capítulo donde la iniciativa del proceso está a cargo de los particulares²⁵. Este derecho de iniciativa de los particulares ante la jurisdicción del MERCOSUR agrega a éstos una posibilidad adicional de defender sus intereses en los casos en que resulten afectados, la que se sumará a la posibilidad de accionar ante la jurisdicción nacional del Estado infractor, como se verá luego.

²³ Entendimiento Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), Tratado de Libre Comercio Canada EE.UU; Tratado Antártico, Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA) y varios otros mecanismos previstos en acuerdos suscritos entre países miembros de la ALADI.

²⁴ El Protocolo de Olivos para la Solución de las Controversias en el MERCOSUR sustituyó al Protocolo de Brasilia (1991), que también preveía una solución arbitral.

²⁵ El Protocolo de Olivos establece para este caso que el particular debe convencer al Estado donde tiene su residencia principal a que haga suya su causa y que accione ante el Estado que le causó un perjuicio, en un mecanismo que tiene semejanzas con la protección diplomática y que está previsto en los artículos 39 y siguientes del Protocolo de Olivos.

Pero esto no cambia la naturaleza del mecanismo el que sigue siendo arbitral y entre Estados, y como consecuencia de esto, tampoco modifica las condiciones previstas para asegurar la ejecución de los laudos que clausuran estos procedimientos, por lo cual para el tema de la ejecución de los laudos resulta en principio indiferente a quién –Estado o particular- correspondió la iniciativa del procedimiento que se sustancie a través del Protocolo de Olivos y que culminó con un laudo.

En segundo lugar, debe destacarse que el PO establece la posibilidad de revisar el primer laudo arbitral emitido por el llamado Tribunal *ad hoc*, recurriendo ante el llamado Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR). Éste puede actuar como órgano de revisión del anterior, para cuestiones de derecho solamente, o constituirse en instancia única si las partes así lo entienden más conveniente. El tribunal correspondiente (*Ad hoc* o TPR) emite un laudo que los Estados Partes deberán cumplir en forma obligatoria (artículos 26 y 27 del PO)²⁶. De esta forma debe tenerse en cuenta que pueden existir laudos “definitivos” y por tanto obligatorios y ejecutables, que son dictados por dos tribunales diferentes, según se haya o no presentado un recurso de revisión contra el primero de ellos.

2. Las formas de asegurar la ejecución de los laudos: La vía prevista por el MERCOSUR y la vía nacional

También en el MERCOSUR el tema de la ejecución de los laudos puede plantearse a nivel mercosuriano o a nivel nacional, juntos o separadamente.

Es que si bien en el marco del MERCOSUR, el PO establece la posibilidad, para el Estado beneficiado, de imponer medidas compensatorias como forma de coaccionar al Estado infractor a ejecutar un laudo al que no ha dado cumplimiento, siempre quedará abierta la posibilidad de acudir a los jueces nacionales del Estado infractor para intentar también, por esa otra vía, ejecutar el laudo.

Por ese motivo también veremos por separado esas dos opciones que se abren para dar solución al problema de la inejecución.

2.1. El mecanismo previsto a nivel del MERCOSUR

Los laudos deben ser ejecutados en la forma y con el alcance con que fueron dictados y en los plazos que se fija para ello (artículos 27 y 29.1 del PO).

²⁶ Salvo, naturalmente, que el laudo del Tribunal *Ad hoc* sea objeto de un recurso de revisión ante el TPR.

Una falta de ejecución del laudo habilitará al Estado beneficiado por el mismo a imponer las llamadas medidas compensatorias²⁷.

La adopción de medidas compensatorias no exime al Estado obligado a cumplir con el laudo (que llamaremos en adelante Estado obligado) de su obligación de cumplir el laudo (artículo 27 PO).

2.2.1. Caracteres de las medidas compensatorias en general y en el MERCOSUR en particular: otra vez la ejecución indirecta.

Las medidas compensatorias son un instrumento válido de sanción frente al incumplimiento, por una Parte, de obligaciones internacionales. Pueden aplicarse unilateralmente como contramedidas o bien encontrarse previstas en acuerdos internacionales. En este último caso se hablará de las medidas compensatorias como una contramedida institucionalizada. Esta última figura, que se emplea mayormente en el ámbito del comercio internacional, implica la regulación de las medidas compensatorias y se aleja por tanto de la noción “medida compensatoria - contramedida unilateral”, en forma deliberada, pues justamente se pretende eliminar las arbitrariedades que pueden derivarse de su aplicación unilateral no regulada.

La naturaleza jurídica de las contramedidas ha sido profusamente analizada en el derecho internacional público²⁸. Para el caso de los acuerdos comerciales, las medidas compensatorias, en tanto contramedidas, son un mecanismo que se puede asociar tanto con la retorsión como con la represalia, aunque difiere de ambas, pues no se adapta exactamente a ninguna de las dos figuras²⁹.

En efecto, mientras la retorsión es una respuesta legítima frente a un acto inamistoso pero ciertamente legítimo de otro Estado, la represalia es una respuesta en principio ilegítima que se origina frente a un acto ilegítimo de otro Estado, pero que se legitima y acepta como acorde a derecho por ser justamente una respuesta a una ilegalidad. Como enseguida se verá, las medidas compensatorias institucionalizadas son en cambio una respuesta totalmente legítima frente a un acto claramente ilegítimo. En este sentido deben ser catalogadas de sanción. La legitimidad de su imposición está dada por su previsión en el tratado que las establece y regula, a la vez que la ilegitimidad del acto de la otra parte consistirá en la falta de cumplimiento del laudo adoptado por el Tribunal. Por estas características especiales, emplearemos también la expresión “retaliación” para referirnos al mecanismo de las medidas compensatorias institucionalizadas, expresión que se extrae de su formulación en lengua inglesa (*retaliation*) y que para el caso nos permite individualizarla como figura específica.

²⁷ Sin perjuicio de ello, también puede procurar obtener un nuevo pronunciamiento del Tribunal para el caso de que existan divergencias sobre el cumplimiento del laudo, como se verá luego.

²⁸ Díez de Velasco, Manuel “Instituciones de Derecho internacional Público”; XV edición año 2005; Ed Tecnos; pgs 985-993.

²⁹ Gros Espiell H, entiende que es la aplicación de la “exceptio non adimpleti contractus” (excepción de contrato no cumplido) principio que según el autor ya ha sido recogido como principio general de derecho internacional por la CPJI en el caso del Escalda entre Holanda y Bélgica. (ver intervención de Gros Espiell en “Jornada Académica sobre le Protocolo de Olivos para la Solución de las Controversias en el Mercosur “ Ed. ALADI. 10 de Junio de 2002).

Las mediadas compensatorias previstas en los artículos 31 y 32 del PO se inscriben en el marco de las contramedidas institucionalizadas, permitiendo al Estado beneficiado por el laudo “retaliar” contra el Estado obligado (esto es contra el Estado que debe cumplirlo), si no ha ejecutado el laudo del Tribunal o lo ha hecho solo parcialmente.

Naturalmente, esta forma de remediar el incumplimiento de otro Estado dista mucho de ser una forma de ejecución del laudo propiamente dicho. Se trata de una forma de castigo, indirecto y regulado, que puede aplicar el Estado perjudicado al Estado obligado, por la no ejecución del laudo. Una suerte de “ley del talión” (ojo por ojo, diente por diente) aplicada a las relaciones internacionales.

La “retaliación” se incluye hoy en día en la mayoría de los procedimientos de solución de controversias comerciales entre Estados, en los cuales la sanción sigue siendo descentralizada. La gran crítica al sistema es que deja librada su eficacia a la relación de poderes, de manera tal que la fuerza de que dispone el país que adopta las medidas compensatorias es la que va a determinar que se respeten o no los derechos. Los países pequeños, que no pueden apostar al impacto que provoquen las medidas de retaliación que aplique, se encuentran en situación clara de desventaja.

Por lo demás, tampoco los particulares perjudicados por la falta de ejecución de la sentencia ven claramente satisfechas sus aspiraciones con el sistema de la “retaliación”, pues lo que en definitiva ellos quieren es que se cumpla con la sentencia que les afecta sus actividades comerciales, siendo que el castigo de la “retaliación”, en sí mismo, no les produce ningún beneficio económico directo hasta tanto no produzca el efecto esperado de la ejecución el laudo. Y aún allí, no existe en la “retaliación” una compensación prevista para el perjuicio sufrido por el particular durante los largos meses en que se llevó a cabo el procedimiento, se condenó al Estado infractor y el mismo ejecutó la sentencia, restableciéndose la situación previa al incumplimiento.

En el sistema de la Unión Europea, en cambio, se deben pagar los daños y perjuicios al particular o Estado perjudicados pues rige el principio de la responsabilidad del Estado por la violación del Derecho Comunitario.

2.1.1. Funcionamiento de la etapa *post laudo* en el MERCOSUR (artículos 29.3, 30, 31, 32 del PO)

El artículo 29.3 del PO establece que el Estado obligado a cumplir el laudo (en adelante Estado obligado) informará a la otra parte en la controversia y al Grupo Mercado Común (en adelante: GMC) sobre las medidas que adoptará para cumplir con el mismo.

Independientemente de este aviso, las medidas adoptadas por el Estado podrán cumplir o no cumplir, total o parcialmente con lo que establece el Laudo.

El artículo 30 establece que si un Estado beneficiado por un laudo entiende que las medidas adoptadas por el Estado obligado por el laudo no dan cumplimiento al mismo, tendrá un plazo de 30 días desde la adopción de aquellas para llevar la situación a conocimiento del Tribunal que consideró el asunto en última instancia, el que en 30 días más deberá dirimir la cuestión.

La hipótesis prevista por el artículo 30 (“Divergencias sobre el cumplimiento del laudo”) presupone entonces la existencia de una acción, por parte del Estado obligado, tendiente a cumplir con el Laudo y no de una omisión completa de ejecución (el artículo se refiere a “medidas adoptadas”; a “desde la adopción de aquellas”). El procedimiento del artículo 30 por tanto, no se puede aplicar a los casos de inacción completa del Estado obligado sino solo a los casos en que se ha adoptado una medida concreta por parte de dicho Estado con la intención manifiesta de ejecutar el Laudo y que la misma no es evaluada como suficiente o correcta, por parte del Estado beneficiado. Si no hay acción alguna del Estado obligado tendiente a ejecutar el Laudo no podría haber divergencias sobre su cumplimiento.

Ante la ausencia absoluta de declaración prevista por el 29.3, y ante una completa inacción del Estado obligado no corresponderá llevar el caso ante el Tribunal por el artículo 30. Sin embargo, sería posible en teoría concebir que la inacción fuera la forma declarada por el Estado obligado para ejecutar el Laudo, en cuyo caso su inacción se convertiría en una “medida” y se le podría aplicar la instancia del artículo 30.

¿Cuál es la utilidad de este artículo 30?

Si partimos de la base que en el marco de relaciones comerciales amistosas, la existencia de una disputa que se dirime a través de un mecanismo de solución de controversias preestablecido no tiene porqué suponer una situación traumática ni por ende presumirse la mala fe de las Partes, la ejecución parcial o incompleta de un Laudo puede no configurar un acto inamistoso sino consistir simplemente un desencuentro de opiniones. La finalidad del artículo 30 es dar un espacio para resolver la inejecución parcial del laudo, manteniendo la definición del tema en el ámbito imparcial del Tribunal sin necesidad de llegar a la desagradable instancia de la “retaliación”.

La inclusión del artículo 30 en el marco del Capítulo VIII “Laudos Arbitrales” (y no en el IX Medidas Compensatorias), demuestra que se trata de un instrumento adicional que las Partes acordaron para mejor proveer al cumplimiento del laudo y no de un mecanismo de carácter sancionatorio como lo son las medidas compensatorias.

El pronunciamiento del Tribunal en el marco del artículo 30 puede tener consecuencias directas sobre la posibilidad de aplicar medidas compensatorias. El Reglamento del PO en su artículo 43.1 establece en efecto que las medidas compensatorias no podrán aplicarse *“en el caso que existiere un pronunciamiento del Tribunal en base a procedimientos establecidos en el artículo 30 disponiendo que las medidas adoptadas para dar cumplimiento al laudo son suficientes (...)”*.

Cabe preguntarse a esta altura si la instancia del artículo 30 es preceptiva, es decir si el Estado beneficiado que entiende que las medidas que ha adoptado el Estado obligado no dan cumplimiento al laudo, necesariamente debe obtener un pronunciamiento del Tribunal en ese sentido para franquear el acceso a la posibilidad de “retaliación”.

Al respecto, el artículo 31 del PO establece que las medidas compensatorias se podrán aplicar por parte del Estado beneficiado cuando el otro Estado no cumpla (ejecute) total o parcialmente el laudo del Tribunal, “*independientemente de recurrir a los procedimientos del artículo 30*”, lo cual sugiere que ambas acciones son independientes. Por otro lado, ratificando esta interpretación, el artículo 43.1 del Reglamento del PO, al referirse a los efectos suspensivos del pronunciamiento del Tribunal bajo el artículo 30, indica que “(…) *si las medidas compensatorias ya se estuvieran aplicando, deberán ser dejadas sin efecto*”. Se desprende en consecuencia de ambos textos que la instancia del artículo 30 no es preceptiva y que perfectamente el Estado beneficiado puede imponer medidas compensatorias conjuntamente o independientemente de solicitar el pronunciamiento del Tribunal previsto en el artículo 30, el que resulta por ende facultativo.

El Protocolo de Olivos sin embargo, a la vez que concede la posibilidad del artículo 30, no quiso que la misma se convirtiera en una prolongación inadecuada de la etapa *post laudo* que terminara beneficiando a los Estados que de mala fe dieran una ejecución parcial al laudo con el solo objeto de postergar la imposición de medidas compensatorias. Por ello mantuvo la discrecionalidad del Estado beneficiado de acudir a la “retaliación” apenas entienda que no hubo cumplimiento, sin limitar dicha posibilidad a la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal en el marco de la opción “amistosa” del artículo 30, que por este motivo resulta tan facultativa como independiente de la imposición de medidas compensatorias.

Para el Estado beneficiado por un laudo, la razón de acudir al artículo 30 será entonces, por un lado, entender que efectivamente gracias a esa instancia el Estado obligado modificará las medidas insuficientes que adoptó para dar cumplimiento al laudo, o sea en definitiva tener indicios de la buena fe del accionar internacional del Estado obligado. Y por otro, que no es menor, asegurarse un pronunciamiento favorable del Tribunal respecto del carácter parcial de las medidas de ejecución del Estado obligado lo que, en el peor de los casos, le servirá luego para evitar que dicho Estado le cuestione la imposición de medidas compensatorias por ese motivo (ver infra comentarios al artículo 32).

Si existiera tal convencimiento de la buena fe del Estado obligado (y al respecto habrá que estar al detalle y contexto de cada controversia), es probable que el Estado beneficiado no aplique medidas compensatorias antes de que finalice la breve instancia del artículo 30, aún pudiendo hacerlo.

Por el contrario, si el Estado beneficiado tiene motivos para creer que el Estado obligado tampoco ejecutará el laudo de forma correcta pese a un pronunciamiento en su contra bajo el artículo 30, entonces es probable que aplique directamente medidas compensatorias sin recurrir al artículo 30 o conjuntamente con ellas.

En los casos en que el Estado obligado no adoptó ninguna medida de ejecución, y como consecuencia de ello el Estado beneficiado le impuso medidas compensatorias bajo el artículo 31, puede suceder que el Estado obligado, bajo la presión de la “retaliación”, tome finalmente una serie de medidas que considera que dan ejecución al laudo, pero que no sean suficientes a juicio del Estado beneficiado. En ese caso es interesante constatar que el Estado beneficiado sigue teniendo abierto el plazo de los treinta días para acudir a la instancia del artículo 30 pues el artículo no tiene marcado un plazo de caducidad más que referido a “30 días desde la adopción de (las medidas insuficientes) para llevar la situación a la consideración del Tribunal”. Como se dijo, dichas medidas pueden ser interpuestas varios meses después de dictado el laudo, e incluso con medidas compensatorias en curso. Las divergencias a que se refiere el artículo 30 pueden por tanto plantearse como tales ante el Tribunal en cualquier momento, cumpliendo con el plazo establecido.

Finalmente queda referirnos a la naturaleza del pronunciamiento del Tribunal bajo el artículo 30.

El “pronunciamiento” del Tribunal no es un nuevo laudo, pero es una decisión del Tribunal que tiene por objeto “dirimir” las divergencias sobre el cumplimiento del laudo y en ese sentido es una suerte de extensión de sus competencias para mejor proveer a la eficacia de su decisión de fondo³⁰. De esto se deriva su carácter vinculante para las Partes, aunque nada se especifica al respecto a texto expreso. Tampoco se especifica la posibilidad de recurrirlo, lo que no correspondería por la especificidad de la instancia y el carácter derivado o complementario del laudo original –inapelable– que el mismo tiene. Dicho pronunciamiento por tanto causa estado y, según el fallo, tiene consecuencias sustanciales sea sobre las medidas compensatorias que se estuvieran aplicando, las que podrían tener que dejarse de lado, o bien sobre las medidas de ejecución del Estado obligado, a las que puede declarar insuficientes, afianzando por el contrario la aplicación de las medidas compensatorias.

Frente a la importancia que reviste este pronunciamiento debemos preguntarnos cuáles serían las consecuencias de la falta de cumplimiento del mismo por parte del Estado que debe ejecutarlo.

Cabe remarcar que el incumplimiento del pronunciamiento del tribunal bajo el artículo 30 puede ser perpetrado tanto por el Estado beneficiado por el laudo y que ya está imponiendo medidas compensatorias, como por el Estado obligado que las está sufriendo. En este último caso, el incumplimiento no crea problemas pues lo que sucederá es que se aplicarán o continuarán aplicando medidas compensatorias por parte del Estado beneficiado.

En el caso anterior, en cambio, en que sea el Estado beneficiado el que deba suspender la aplicación de medidas compensatorias declaradas improcedentes por el Tribunal y que no lo haga, la situación se deberá resolver conjuntamente con lo que dispone el artículo 32 respecto de la facultad de cuestionar la imposición de medidas compensatorias excesivas, que se verá luego.

³⁰ En cierta forma el pronunciamiento del Tribunal en el recurso de aclaratoria de los laudos previsto en el artículo 28 tiene una naturaleza similar.

Esta disposición del artículo 30 constituye una reforma respecto del régimen anterior para la solución de las controversias del Protocolo de Brasilia, y bajo el cual se adoptaron la mayoría de los laudos hasta el momento, pues ese mecanismo no preveía la instancia del artículo 30 y por tanto de darse una divergencia sobre el cumplimiento del laudo bajo ese anterior régimen, había que iniciar un nuevo procedimiento desde el comienzo, por tratarse de una nueva controversia.

Nótese que el Tribunal del artículo 30 puede tener que constituirse muchos meses después de haber emitido el laudo, para tratar la divergencia, lo cual puede no resultar sencillo, ni muy práctico (imaginemos que se trata de un Ad-Hoc). De la misma forma debe notarse que en el MERCOSUR es el mismo tribunal el que aprecia el grado de ejecución (un trabajo que en el marco europeo hace la Comisión). Esto determina que no haya en el MERCOSUR ningún órgano encargado del seguimiento de la ejecución en el tiempo, para verificar si el Estado obligado que ejecuta el laudo en un comienzo, impone una nueva medida de otro tenor que signifique volver a la situación anterior que originó la controversia. De ello se deduce que esta labor será del Estado beneficiado, que por otra parte será el primero en detectarla por tener que sufrirla. Sin embargo, este sistema no parece el más conveniente. Más apropiado hubiera sido establecer una forma de seguimiento permanente del grado de cumplimiento del Laudo que no esté en manos de tribunal alguno.

De otra forma, para la hipótesis referida solo le queda al Estado iniciar otro procedimiento desde un comienzo. En cambio, si de alguna forma la nueva medida pudiera estar enmarcada en la misma controversia anterior, por causar el mismo efecto, sería posible pasar a las medidas compensatorias.

Para terminar debemos referirnos a los artículos 31 y 32, que regulan la imposición de las medidas compensatorias.

El Estado beneficiado puede recurrir a la imposición de medidas compensatorias temporales durante el plazo de un año contado a partir del momento en que se debió cumplir el laudo (29.3).

Se plantea aquí la pregunta de si el particular podría obligar a su Estado –ante la existencia de un laudo favorable – a que éste aplique medidas compensatorias para obligar a que el Estado obligado lo ejecute. Este es el caso que mencionamos anteriormente en donde puede tener influencia el hecho de que la iniciativa haya sido de un particular.

El tema es interesante, pues plantea la posibilidad de considerar obligatoria la imposición de medidas compensatorias, no por lo que dice Olivos (que las considera facultativas: “*tendrá la facultad*” dice el PO), sino por la obligación que el Estado tiene de proteger los derechos afectados del particular del que ha hecho suyo el reclamo, la que incluiría la imposición de medidas compensatorias como forma de obtener la ejecución del laudo y la satisfacción de sus intereses. El tema es discutible, pues si bien el Estado ejerce una suerte de representación de los derechos de los particulares en el PO (art. 39 y ss), lo que implicaría defender sus derechos utilizando todos los recursos que le brinda el PO, la misma defensa está enmarcada en los límites jurídicos que le marca el Protocolo.

Creemos que la falta de imposición de medidas compensatorias, pudiendo hacerlo, puede obedecer a razones de estrategia para no dañar una negociación en curso, pero la negativa a imponerlas por razones ajenas al mismo caso (razones de naturaleza política, por ejemplo, que desaconsejen tal actitud), puede equivaler a una omisión del deber de defensa que el Estado ha asumido respecto de la causa del particular que podría ameritar el recurso de éste contra el Estado omiso.

Las medidas compensatorias consisten en suspender concesiones u otras obligaciones equivalentes respecto del Estado infractor. Las mismas tienen ciertos límites establecidos por el PO de forma tal que la discrecionalidad del Estado beneficiado en aplicarlas no es absoluta.

El Estado beneficiado que aplica medidas compensatorias tiene que suspender las concesiones u otras obligaciones, primeramente, en el mismo sector o sectores afectados. Solo si esto resultara impracticable o ineficaz podrá realizar lo propio en otros sectores. Por otro lado, las medidas deben ser proporcionadas a la infracción del Estado obligado. Finalmente, deberá comunicar las medidas que piensa adoptar al Estado infractor con una antelación de quince días, lo que otorga a dicho Estado una última posibilidad de ejecutar el laudo antes de verse afectado por la imposición de medidas compensatorias

El PO regula la posibilidad de que el Estado obligado por la “retaliación” pueda reclamar, sea 1) porque ha cumplido, sea 2) porque el Estado obligado se ha excedido en su “retaliación”.

La primera posibilidad de reclamo está prevista en el 32.1 y no puede producirse en cualquier momento sino que debe producirse al comienzo de la aplicación de las medidas compensatorias, pues se indica que el Estado que las sufre tiene 15 días desde el plazo de notificación de la imposición de las medidas para recurrir al Tribunal a cuestionar el hecho de dicha imposición por entender que ha cumplido.

Esta posibilidad, a nuestro juicio, se le cierra al Estado obligado si ya ha habido un pronunciamiento del Tribunal en el marco del artículo 30 estableciendo la falta de una correcta ejecución del laudo por parte de dicho Estado. El Tribunal no debería entonces aceptar nuevamente un planteo sobre el mismo tema pues ya se ha pronunciado al respecto y se trataría entonces de un verdadero recurso de revocación encubierto.

Se desprende de su propia naturaleza en tanto mecanismo de “retaliación”, de carácter temporal, y de su finalidad (*“tendientes a obtener el cumplimiento del laudo” dice el 32.1*), que las medidas compensatorias deben cesar cuando dicho extremo se verifique. Curiosamente el PO no establece este hecho tan obvio a texto expreso como sí lo hacen los demás mecanismos de

La ejecución sentencias y laudos en la integración regional / Alejandro Pastori
solución de controversias de otros acuerdos comerciales en la región³¹.

La segunda posibilidad de recurso, contra las medidas excesivas, está prevista en el 32.2. Para estos casos, el Tribunal podrá evaluar la proporcionalidad o la fundamentación esgrimida para aplicar medidas compensatorias en un sector diferente del afectado, teniendo en cuenta el volumen y valor de comercio perjudicado, así como todo otro factor que haya incidido en la determinación del nivel o monto de las medidas.

El Tribunal se pronunciará sobre las medidas compensatorias adoptadas. Si estimare que las medidas compensatorias son excesivas, el Estado que las tomó deberá adecuarlas a la decisión del Tribunal en un plazo de diez días, salvo que éste dispusiera otro plazo.

Un incumplimiento de esta nueva decisión del Tribunal marca los límites del sistema. A nuestro juicio, si esto sucediera, el otro Estado le podría imponer a su vez medidas compensatorias no institucionalizadas (pues tal hipótesis no está específicamente establecida en el PO). Según los casos, se podría producir un “circulo vicioso” de medidas compensatorias cruzadas que no son más que el talón de Aquiles del sistema.

Es importante señalar finalmente que el cuestionamiento de las medidas compensatorias, en ningún caso tiene efectos suspensivos o sea que se siguen imponiendo hasta que se determine que no corresponden o que son excesivas.

2.1.2. Aplicación de la etapa *post laudo* en el MERCOSUR

No se ha verificado la aplicación del artículo 30 del PO ni de medidas compensatorias en el MERCOSUR. Todos los laudos del MERCOSUR han sido formalmente ejecutados por el Estado obligado a cumplirlos. En ese supuesto, no ha habido nunca hasta ahora una situación en la que se haya planteado la posibilidad de que un Estado amenace con imponer o imponga medidas compensatorias.

En algunos casos el cumplimiento se ha dado fuera de los plazos establecidos para hacerlo³², pero sin que esto resulte ni excesivo ni cuestionado por la contraparte. Fuera de esta circunstancia, el cumplimiento de los mismos ha sido completo.

³¹ La casi totalidad de los mecanismos de solución de controversias de los Acuerdos de Complementación Económica (ACE) celebrados en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en el capítulo referido a la posibilidad de imponer medidas compensatorias, establecen a texto expreso que la suspensión será temporal y durará hasta que la parte demandada cumpla con el laudo arbitral o hasta que las Partes lleguen a un acuerdo mutuamente satisfactorio sobre la controversia. (ver ALADI/SEC/di 865/Rev 3, Regímenes de Solución de Controversias; Principales mecanismos y disposiciones vigentes en la región).

³² Laudos 1 y 4 por ejemplo.

La ejecución sentencias y laudos en la integración regional / Alejandro Pastori
Es necesario señalar sin embargo que en dos casos el Estado infractor, pese a ejecutar el laudo, incurrió posteriormente en prácticas que han hecho que en definitiva el problema que dio origen al laudo se mantenga entre los países³³ .

Hasta el presente se han adoptado 11 laudos en otros tanto Tribunales *ad hoc*, 10 de ellos bajo el régimen del Protocolo de Brasilia y uno por el régimen del PO. Este último fue recurrido y pasó al Tribunal Permanente de Revisión creado por el PO (el anterior régimen no preveía esta posibilidad), el que emitió su laudo definitivo revocando el laudo del Tribunal *ad hoc*³⁴ .

2.2. El mecanismo de ejecución alternativo: la jurisdicción nacional.

La existencia de un mecanismo de “retaliación” como forma de sancionar al Estado que no ejecuta el laudo del MERCOSUR por parte del Estado beneficiado, no obsta a que un particular (individuo u empresa) que se vea directamente afectado por la no ejecución, pueda acudir a la jurisdicción nacional del Estado incumplidor para reclamar por la falta de ejecución del laudo.

En este caso, el laudo incumplido del MERCOSUR será el título habilitante del reclamo del particular ante la jurisdicción local.

El particular puede tener especial interés en este reclamo, pues además de solicitar la ejecución del laudo, probablemente solicite también la imposición de daños y perjuicios por el daño que le haya producido la acción ilegal del Estado omiso en ejecutar el laudo desde la fecha en que comenzó el incumplimiento. Desde esta perspectiva el acceso a la jurisdicción local para reclamar daños y perjuicios podría ser incluso independiente de si el Estado obligado ejecutó el laudo, siempre que el particular pueda demostrar la existencia de daños y perjuicios.

El recurso a la jurisdicción interna del Estado infractor por el particular se podrá verificar incluso si el Estado beneficiado está imponiendo medidas compensatorias por falta de ejecución del laudo.

Debe mencionarse que la posibilidad de que el particular pueda acudir a la jurisdicción interna para solicitar la ejecución supone el riesgo teórico de que existan dos decisiones opuestas sobre la misma causa.

³³ Caso de las bicicletas entre Argentina y Uruguay. Laudo V. en donde Argentina, luego de eliminar las trabas al ingreso de bicicletas uruguayas a la Argentina, volvió más adelante a adoptar otras medidas internas que impedían el ingreso de bicicletas uruguayas, las que no fueron recurridas por no ser de hecho ilegales (ver). La empresa uruguaya, que se abastecía en gran medida de sus ventas al mercado argentino, ya no vende más bicicletas a la Argentina (ver).
Caso del laudo VII Fitosanitarios, donde se condenó a Brasil a incorporar cierta normativa, lo que fue ejecutado por Brasil en el 2002, Argentina reclama ahora la falta de aplicación de la misma a través de un nuevo procedimiento. El objeto de la nueva controversia es diferente, pero es indudable que se trata de darle solución al mismo problema.

³⁴ Un lista de la forma de ejecución de los primeros 8 laudos puede encontrarse en “A consilidação da Arbitragem no MERCOSUR: O sistema de Solução de Controversias após oito Laudos Arbitrais” Liliam Chagas de Moura, en “Solução de Controversias no Mercosul”, publicación de la Câmara de Deputados do Brasil . Sección Comisión Parlamentaria Conjunta. Brasilia 2003. El laudo noveno, posterior a dicha publicación, fue ejecutado por Uruguay (Decreto 121/03). El décimo laudo también fue ejecutado (de hecho antes de la adopción del propio laudo, que resultó inútil) y el último laudo, ahora del TPR, está dentro del plazo para ser cumplido por Argentina.

En efecto, por un lado puede existir una decisión de los jueces nacionales de condenar al Estado infractor por entender que no ha ejecutado el laudo y por el otro una del tribunal del MERCOSUR declarando improcedente la aplicación de medidas compensatorias por entender que el laudo se ha ejecutado correctamente, o viceversa. Las dificultades que se derivarían de tal circunstancia marcan otro límite del sistema jurídico del MERCOSUR³⁵.

Finalmente también debe considerarse la posibilidad de que el reclamo ante la jurisdicción nacional sea presentado por los particulares del propio Estado obligado que resulten perjudicados por la “retaliación” del Estado beneficiado realizada en un sector diferente del afectado.

Esta hipótesis se daría en los casos en que el Estado beneficiado imponga medidas compensatorias en detrimento de otro sector por considerar impracticable e ineficaz la suspensión en el mismo sector. Esto causaría un perjuicio a un grupo de particulares que nada tuvieron que ver con el objeto de la controversia, ni se beneficiaron por la ilegalidad de su propio Estado, por pertenecer a un sector distinto al del objeto de la controversia. En una situación como la descrita, es de suponer que presionarán a su propio Estado a ejecutar el laudo para que cesen las medidas compensatorias y/o le demandarán ante la jurisdicción local, tanto por la falta de ejecución del laudo como por los perjuicios sufridos por ese motivo. De esta forma, esta acción podría resultar otra forma indirecta de inducir al Estado obligado a cumplir con el laudo.

Conclusiones

Tanto la ejecución de las sentencias del TJCE en el marco europeo como la ejecución de los laudos de los tribunales del MERCOSUR tienen un carácter voluntario.

Ninguno de los dos procesos de integración ha dotado a su sistema jurisdiccional de la capacidad de sustituirse a los ordenamientos internos para la ejecución de los laudos. Tal cosa hubiera equivalido a otorgarles competencias propias de las jurisdicciones constitucionales de los Estados federales, lo que carecía de viabilidad política en ambos sistemas. Por tanto, el sometimiento voluntario de los Estados a la regla de derecho comunitario o mercosuriano resulta imprescindible a la hora de ejecutar las disposiciones de los jueces o árbitros.

Más allá de este aspecto que es propio, en definitiva, de cualquier sistema jurídico, ambos procesos de integración han entendido pertinente establecer mecanismos de sanción, a nivel de los respectivos procesos de integración, para compeler a los Estados a ejecutar las decisiones jurisdiccionales.

³⁵ Ver sobre este tema José Carlos de Magalhaes, “Os laudos arbitrais proferidos com base no Protocolo de Brasília para a Solução de Controversias” en “Solução...” op cit, y Alejandro Pastori en “Jornada Académica sobre el Protocolo de Olivos para la Solución de las Controversias en el Mercosur”; 10 de Junio de 2002. Ed. ALADI, pg 93 y ss.

Como vimos, estos mecanismos de sanción, solo pueden constituirse en una forma indirecta de ejecución de las decisiones de los jueces o árbitros. Una forma de obligarlos a cumplir dichas decisiones, bajo la amenaza de un mal mayor.

Además de estos mecanismos instituidos en el marco de cada sistema de integración, la posibilidad para los particulares afectados de recurrir a la jurisdicción interna del Estado infractor queda abierta en ambos sistemas, aunque con diferentes condiciones. Esta posibilidad de que los particulares puedan plantear reclamos por la falta de ejecución de una sentencia o un laudo que les favorece, responsabilizando al Estado incumplidor, es un instrumento que en ambos sistemas debe considerarse como positivo para el logro de la ejecución, aunque no sea funcional a la construcción de un sistema de derecho comunitario en el MERCOSUR.

Pese a estos caracteres comunes a la hora de hacer ejecutar los fallos judiciales o arbitrales, (una sanción indirecta institucionalizada y la posibilidad de presión por reclamos de los particulares ante las jurisdicciones internas), las dos jurisdicciones (UE y MERCOSUR) difieren en cambio en la forma de llevar a cabo ambas posibilidades de sanción.

En el primer caso (la sanción institucionalizada), y como ya se mencionó más arriba al describir a los distintos sistemas, las diferencias a nivel de los mecanismos instituidos en los procesos de integración se producen esencialmente por el contraste entre la naturaleza comunitaria de la UE y la naturaleza internacional del MERCOSUR.

Se pueden destacar dos aspectos centrales que aparecen en el mecanismo de sanción institucionalizada de la UE y no en el MERCOSUR, que permiten garantizar una eficacia mayor al sistema comunitario, a saber: la descentralización de la sanción y la ausencia de conflicto entre jurisdicciones

La descentralización comunitaria de la sanción tiene diversas ventajas:

En primer lugar la existencia de un órgano comunitario, la Comisión, que en forma independiente de los Estados o de los particulares, está encargado de detectar la falta de ejecución de los Estados de las sentencias de incumplimiento. Esto supone que existirá un control institucionalizado regular y periódico acerca del grado de ejecución de estas decisiones jurisdiccionales que determinan el incumplimiento de un Estado.

El carácter continuado de la posibilidad de control resulta una forma de seguimiento que ha resultado muy eficaz en el sistema europeo³⁶.

³⁶ Las estadísticas que brindan los Informes Anuales sobre la Aplicación del Derecho Comunitario muestran que numerosas sentencias de incumplimiento no han sido ejecutadas en todos los países miembros, pero que los procedimientos del artículo 228 que ha iniciado la Comisión a los efectos de su ejecución han sido sumamente efectivas en lograr terminar con la falta de ejecución.

Para una mejor acción de la Comisión en esta tarea, un Estado o particular especialmente afectados pueden llamar la atención de la Comisión denunciando la falta de ejecución, por lo que no están descartados de la misión de control sino únicamente impedidos de ejercerla directamente a nivel comunitario.

La existencia de este control institucionalizado también desalienta la inejecución, porque nadie quiere quedar primero en la lista de incumplidores.

En segundo lugar, la iniciativa exclusiva de ese órgano comunitario, con competencias claramente pautadas, casi automáticas, para iniciar el mecanismo por inejecución contra el Estado infractor en su primera fase administrativa permiten despolitizar la controversia .

La despolitización derivada de la independencia de la Comisión permite que no se mezclen en un tema de ejecución de sentencias elementos ajenos a un mecanismo que por su esencia debe mantenerse en el estricto plano del derecho.

En tercer lugar, la intervención de un órgano imparcial, con el objeto de procurar la ejecución de la sentencia lo antes posible, pero en el marco de una tarea prejudicial casi mediadora con capacidad para ponderar las diferentes coyunturas que rodean cada situación de inejecución, otorga la flexibilidad necesaria para el cumplimiento del objetivo que tiene asignado.

La posibilidad de negociar, en esta fase, la mejor forma para ejecutar el laudo con un órgano imparcial, le quita la rigidez que se derivaría de una inmediata solución jurisdiccional, favoreciendo la ejecución voluntaria prejudicial.

En cuarto lugar, a la hora de imponer una sanción por la falta de ejecución, la descentralización permite que la misma sea impuesta por el TJCE, a propuesta de la Comisión, sin que exista una intervención directa de los afectados. Esto garantiza una mayor efectividad en la aplicación de la misma porque nuevamente estará descontaminada de factores políticos.

Esto es así porque al igual que para iniciar la acción por inejecución, también a la hora de imponer la sanción pueden mezclarse factores políticos en los casos en que la misma dependa de la voluntad de los gobiernos, pudiendo esto desvirtuar el carácter estrictamente jurídico que debe revestir la misma.

En quinto lugar, en cuanto a la forma de las sanciones, la adopción de una multa y/o la condena al pago de una suma a tanto alzado es una forma de coaccionar al Estado que no perjudica los intercambios comerciales. La “retaliación”, en cambio, como forma de sanción “espejo”, tiende a fomentar indirectamente la aparición de restricciones a la libertad de comercio que está a la base de los procesos de integración económica, induciendo al reflejo proteccionista de los Estados.

La imposición de una sanción pecuniaria no supone en ningún caso la disminución de una nueva corriente comercial, como sucede en las medidas compensatorias.

En sexto lugar, los intereses de los pequeños países parecen mejor cuidados con la descentralización de la sanción. Si ellos son los incumplidores no hay duda que la sanción, aunque dura, será acorde a su capacidad de pago y sin consecuencias indirectas para las corrientes comerciales establecidas. Y si son los que reclaman la ejecución, por los mismos motivos obtendrán mejores posibilidades de coacción con un sistema descentralizado que a través de la “retaliación”, en donde quedan disminuidos por su falta de peso comercial.

En último lugar, respecto de los plazos para llevar adelante los procedimientos en el marco comunitario, la lentitud inicial ha dado paso a plazos más reducidos. Un aspecto que igualmente podría mejorarse, en particular respecto del inicio del procedimiento por inejecución, más que en la duración del mismo.

En cuanto a la coacción ejercida por los particulares, si bien la forma en que puede ejercerse en ambos sistemas es en esencia la misma (el recurso al juez interno), existe una ventaja en el campo europeo desde el momento en que en la UE, la cooperación entre los sistemas jurídicos comunitario y nacional hace imposible la oposición de pareceres judiciales a la hora de sancionar a un Estado infractor por la falta de ejecución de una sentencia, lo cual es técnicamente posible en el MERCOSUR en donde las jurisdicciones nacionales y mercosurianas son independientes. Si bien el PO ha establecido la semilla de la cooperación a través del procedimiento de las consultas al Tribunal de Revisión por parte las jurisdicciones nacionales, el mecanismo está aún lejos de constituirse en un reenvío prejudicial.

Además, esta cooperación asegura otra ventaja, y es que en el sistema de la Unión Europea, el particular tiene una defensa completa de sus derechos, pues se le garantiza que se le deben pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento estatal pues rige el principio de la responsabilidad del Estado por la violación del Derecho Comunitario. En el MERCOSUR en cambio, en materia de reparación, el sistema mercosuriano deja desamparado al particular víctima de la falta de ejecución de un laudo, debiendo éste recurrir ante la jurisdicción interna del Estado incumplidor a reclamar sus derechos, sin el respaldo de un principio superior que le ampare en su acción ante los jueces del propio Estado infractor.

Finalmente, debe comprobarse si estas características han influido en el grado de eficacia del sistema. Creemos que sí, particularmente respecto de dos aspectos: la disuasión y el control de la ejecución.

En ambos casos la tarea descentralizada de la Comisión y la perspectiva de la sanción se han revelado esenciales para el sistema, el cual se verá incluso fortalecido aún más luego de la adopción del nuevo criterio acumulativo establecido por el TJCE en la sentencia de las pesquerías contra

La ejecución sentencias y laudos en la integración regional / Alejandro Pastori Francia. De la misma forma, en cuanto a la verificación y seguimiento de la ejecución, es indudable la ventaja que representa el que se lleve a cabo por un órgano no jurisdiccional, lo que garantiza una supervisión permanente de la ejecución. Éste cometido no puede ser de cargo de un órgano de carácter jurisdiccional cuya función es simplemente, y sabiamente, establecer el derecho.

Bibliografía

Unión Europea

1. AUDRETSCH, H. (1986) "Supervision in European Community Law. Observance by the Member States of Their Treaty Obligations. A Treatise on International and Supranational Supervision", 2ª Ed., Amsterdam: Ed. North Holland, 1986
2. BONNIE, A (1998) « Commission discretion under Article 171 (2) EC, en *European Law Review*, Nº 23, pág 537-544
3. CIENFUEGOS, Manuel (1998) "Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados Miembros" *JB* 1998, pg 73 y ss
4. DIEZ-HOCHLEITNER, J (1999) « La respuesta del TUE al incumplimiento de las sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados Miembros" *Revue du Marché Unique* Nº 2, pág 111
5. MARTIN DELGADO, Isaac (2004) "El procedimiento por inejecución en la Justicia europea" Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid 2004. 185 págs.
6. MASSON, Bénédicte (2004) "L'obscurité de l'article 228.2 CE », *RTD eur* 40 (4), oct-déc 2004, Pág 660 y ss.
7. THEODOSSIOU M.A. (2002) en "An analysis of the recent response of the Community to non-compliance with the Court of Justice judgments: article 228(2) EC" in *European Law Review*, vol 27, nº1, 2002, pág 25

Mercosur

- I. CHAGAS DE MOURA, Lilián (2003) "A consolidação da Arbitragem no MERCOSUR: O sistema de Solução de Controversias após oito Laudos Arbitrais", en "Solução de Controversias no Mercosul", publicación de la Câmara de Deputados do Brasil . Sección Comisión Parlamentaria Conjunta. Brasília 2003.
- II. DIEZ DE VELAZCO, Manuel (2005) "Instituciones de Derecho internacional Público"; XV edición año 2005; Ed Tecnos; pgs 985-993.
- III. MAGALHAES, José Carlos, "Os laudos arbitrais proferidos com base no Protocolo de Brasília para a Solução de Controversias" en "Solução de Controversias no MERCOSUR"; SPCP. Brasília 2003.
- IV. "Jornada Académica sobre le Protocolo de Olivos para la Solución de las Controversias en el Mercosur " Ed. ALADI. 10 de Junio de 2002. Textos de las ponencias.

