

Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios. Su aprobación por la República Argentina

LUIS CRUZ PEREYRA

SUMARIO: I. *El comercio de servicios. Su importancia.* II. *Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del 15 de diciembre de 1997.* III. *Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios dentro del Mercado Común del Sur. Fuentes jurídicas del Mercosur.* IV. *Reflexiones finales.*

I. El comercio de servicios. Su importancia

Las sociedades pos-industriales están caracterizadas, e incluso definidas, en el pensamiento de algunos autores, por el cambio de los bienes de producción a las actividades de servicios. Ésta es la tendencia empírica más sólida, repetidamente usada por los teóricos sociales como evidencia del pos-industrialismo.

Como consecuencia de los imperativos económicos y de las demandas socioinstitucionales, una proporción creciente de la actividad humana y de los recursos está dedicada en nuestras sociedades al procesamiento de información y a otras actividades no productivas. Este mundo que amplía el sistema de producción no sólo hace referencia a corporaciones multinacionales. Redes y empresas, y las redes auxiliares de distribución, también se organizan en una producción global de dirección.

Los procesos de producción y consumo, más allá de las esferas de la vida económica y social, están cada vez más entrelazados debido a las

nuevas tecnologías de la información, uniendo los procesos de producción, distribución y dirección por medio de organizaciones y diferentes tipos de actividades.¹

La estructura ocupacional se diversifica en lo que se refiere a la actividad. La expansión de los “servicios” significa simplemente una extensión de crecimiento del trabajo humano más allá de la esfera de la producción material, y esa expansión es, al mismo tiempo, necesitada y posibilitada por las nuevas fuerzas de producción.

Pero es también la productividad generada en la economía informacional la que permite la expansión de las actividades de servicios, algunas de las cuales (como los servicios sociales) están más unidas a las demandas sociales que a las demandas directas de la economía (aunque también tienen, en un segundo orden, efectos de incremento sobre la productividad en aumento).

Los sectores agrícola e industrial no pueden ya ser concebidos independientemente de la información y de las actividades de servicios que forman parte de la producción de bienes, lo que trae como consecuencia la superación de la distinción tradicional entre agricultura y servicio o entre manufactura y servicio, y la gran diversidad de “actividades de servicios”.²

El desarrollo del comercio de servicios y la perspectiva de creación de empleo en este sector dinámico y en rápido crecimiento llevaron a que, como conclusión de la Ronda Uruguay y dentro de la Organización Mundial de Comercio (OMC) —base institucional del nuevo orden comercial—, se establecieran a través del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)³ una serie de normas multilaterales,

¹ Castells, Manuel, *Flujos, redes e identidades: una teoría crítica de la sociedad de la información*, ponencia presentada en el “Congreso Internacional de Nuevas Perspectivas Críticas en Educación”, Universidad de Barcelona, 6-8 de julio de 1994.

² Consideramos necesario delimitar el concepto de *servicio* como: “toda aquella actividad temporal integrada por elemento personal y material, que tiende a satisfacer una necesidad general y que como contrapartida tiene una remuneración equivalente a la prestación de que se trate”. Chamorro, Rafael, *Circulación de personas, mercaderías y servicios en el sistema de la integración centroamericana*, exposición del V Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur, “El desarrollo de la integración hacia el siglo XXI”, Buenos Aires, 6-8 de junio de 1996.

³ Los Estados partes del Mercosur han ratificado el AGCS. La creación del AGCS fue uno de los logros principales de la Ronda Uruguay, cuyos resultados entraron en

creándose simultáneamente el marco de un proceso continuo de liberalización en este sector. El AGCS tiene como principal propósito promover la liberalización de los servicios, siendo el primer acuerdo multilateral que establece derechos exigibles jurídicamente en lo que respecta al comercio de todos los servicios. Incorpora el compromiso de continuar la liberalización sobre el comercio de servicios mediante negociaciones periódicas, y es al mismo tiempo el primer acuerdo multilateral mundial sobre inversiones.⁴

En principio, el AGCS es aplicable a todos los sectores de servicios, excepto los “servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”,⁵ es decir, están excluidos aquellos servicios que no se suministran en condiciones comerciales ni en competencia con otros proveedores.⁶ Por su parte, el Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo establece que el acuerdo no es aplicable a las medidas que afectan a los derechos de tráfico aéreo ni a los servicios directamente relacionados con los mismos.

En la actualidad, los servicios, aunque representan más del 60% de la producción y el empleo mundiales,⁷ no suponen más del 20% del comercio total. Sin embargo, no debemos subestimar este porcentaje, aparentemente pequeño. Muchos servicios, que desde hace tiempo han sido considerados como actividades genuinamente nacionales, han

vigor en enero de 1995. El AGCS se inspiró básicamente en los mismos objetivos que su equivalente en el comercio de mercancías, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): crear un sistema creíble y fiable de normas comerciales internacionales; garantizar un trato justo y equitativo a todos los participantes (principio de no discriminación); impulsar la actividad económica mediante consolidaciones garantizadas, y fomentar el comercio y el desarrollo a través de una liberalización progresiva. Todos los miembros de la OMC (actualmente 140 economías) son asimismo miembros del AGCS y han asumido compromisos específicos en sectores determinados.

⁴ Esto es así ya que el AGCS abarca no sólo el comercio transfronterizo, sino también todos los medios posibles de proporcionarlos, incluido el derecho de establecer una presencia comercial en el mercado de exportación. Así, se distinguen cuatro modos de suministro de servicios: el comercio transfronterizo, el consumo en el extranjero, la presencia comercial y la presencia de personas físicas.

⁵ Excluidos en el párrafo 3 del artículo I del AGCS.

⁶ Pueden citarse como ejemplos los sistemas de seguridad social y cualquier otro servicio público, como la sanidad o la educación, que no se preste en condiciones de mercado.

⁷ GATT-FOCUS, *Boletín de Información*, núm. 104, diciembre de 1993, p. 2.

ido adquiriendo cada vez más movilidad internacional. Es probable que esta tendencia se mantenga debido a la introducción de nuevas tecnologías de transmisión (por ejemplo, las operaciones bancarias electrónicas y los servicios de telemedicina o de teleeducación), la supresión en muchos países de monopolios existentes desde hacía mucho tiempo (por ejemplo, en las esferas de la telefonía y los servicios postales), y las reformas normativas en sectores sometidos hasta ahora a una estricta reglamentación, como el de los transportes. Unidas a los cambios en las preferencias de los consumidores, estas innovaciones técnicas y normativas han potenciado la “comerciabilidad” de los servicios y, de esta forma, han hecho necesario el establecimiento de disciplinas multilaterales.

II. Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del 15 de diciembre de 1997

Siendo conscientes de que los procesos de producción y consumo no pueden ser ya concebidos independientemente de las actividades de servicios que forman parte de la producción de bienes, los Estados partes del Mercado Común del Sur, teniendo en cuenta el AGCS de la OMC y los compromisos asumidos en su marco, y reafirmando los objetivos del Tratado de Asunción, suscribieron el *Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios dentro del Mercado Común del Sur* el 15 de diciembre de 1997, el cual ha sido aprobado por la República Argentina por ley 25.623 —PLN— (BON del 15 de agosto de 2002).

En su Preámbulo el Protocolo reafirma los objetivos del Tratado de Asunción, lo que implica, entre otros compromisos, *asegurar* la libertad de circulación de los servicios.

Se reconoce que para el desarrollo de las economías de los Estados partes, la profundización de la unión aduanera y la progresiva conformación del mercado común es necesaria:

- a) La *participación creciente* en el mercado de servicios de los países y regiones menos desarrolladas del Mercosur, y
- b) La *promoción* del comercio de servicios sobre la base de reciprocidad de derechos y obligaciones.

Se consagran así, en un instrumento común, las normas y principios con miras a la expansión del comercio de servicios entre los Estados partes en condiciones de *transparencia y liberalización progresiva*.

1. Estructura y contenido⁸

El Protocolo contiene *tres elementos principales*:

- *Un acuerdo marco* en el que constan las obligaciones básicas de los Estados partes;
- *Las listas nacionales de compromisos*, que contienen otros compromisos nacionales específicos que serán objeto de un proceso continuo de liberalización, y
- *Anexos* relativos a la situación especial de los distintos sectores de servicios.

2. Objeto y ámbito de aplicación

El *objeto* del Protocolo está establecido en su artículo I, 1: “...promover el libre comercio de servicios en el Mercosur”, reafirmando con ello, una vez más, la voluntad de los Estados partes de lograr una de las libertades fundamentales, instrumento necesario para conformar el mercado común.

El *ámbito de aplicación*, contemplado en el artículo II, 1, se refiere a

...las medidas adoptadas por los Estados partes que afecten al comercio de servicios en el Mercosur, incluidas las relativas a:

- i) La prestación de un servicio;
- ii) La compra, pago o utilización de un servicio;
- iii) El acceso a servicios que se ofrezcan al público en general por prescripción de esos Estados partes, y la utilización de los mismos, con motivo de la prestación de un servicio;
- iv) La presencia, incluida la presencia comercial, de personas de un Estado parte en el territorio de otro Estado parte para la prestación de un servicio.

⁸ Cfr. Ferreyra, María Andrea *et al.*, “La libre circulación de servicios profesionales en el Mercosur. Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios”, *La Revista del Foro de Cuyo*, Díké, Mendoza, núm. 38, 1998, pp. 68 y ss.

Es de hacer notar que, siendo el objeto del Protocolo la “promoción del libre comercio de servicios”, su ámbito material de aplicación contempla específicamente a las “medidas adoptadas por los Estados partes” que afecten el comercio de servicios, siendo tales medidas definidas en su texto.⁹

Asimismo, el instrumento, en su artículo II, 2,¹⁰ califica la expresión *comercio de servicios*.

Desde el punto de vista de la *cobertura*, respecto de los *modos de suministro*, regula la prestación de servicios en dos modalidades, *transfronteriza* y *transfronteriza con presencia comercial*.

La prestación de servicios transfronteriza es comprensiva de los servicios suministrados del territorio de un Estado parte al territorio de cualquier otro Estado parte; en el territorio de un Estado parte a un consumidor de servicios de cualquier otro Estado parte (por ejemplo, turismo), y por un prestador de servicios de un Estado parte mediante la presencia de personas físicas de un Estado parte en el territorio de otro Estado parte (por ejemplo, proyectos de construcción o servicios de consultorías).

La prestación de servicios transfronteriza con presencia comercial, en cambio, está referida a los servicios, incluidos los modos anteriormente descritos, suministrados por un prestador de un Estado parte mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro Estado parte (por ejemplo, servicios bancarios).

Así también, en aras de una aplicación e interpretación uniforme, el Protocolo brinda calificaciones autárquicas de lo que debe entenderse por *servicios*, comprendiendo a “...todo servicio de cualquier sec-

⁹ Artículo II, 3, a: “...se entenderá por ‘medidas adoptadas por los Estados partes’ las medidas adoptadas por: i) gobiernos y autoridades centrales, estatales, provinciales, departamentales, municipales o locales; e ii) instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por los gobiernos o autoridades mencionadas en el literal i)”.

¹⁰ Artículo II, 2: “A los efectos del presente Protocolo, se define el comercio de servicios como la prestación de un servicio: a) del territorio de un Estado parte al territorio de cualquier otro Estado parte; b) en el territorio de un Estado parte a un consumidor de servicios de cualquier otro Estado parte; c) por un prestador de servicios de un Estado parte mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro Estado parte; d) por un prestador de servicios de un Estado parte mediante la presencia de personas físicas de un Estado parte en el territorio de cualquier otro Estado parte”.

tor, excepto los servicios prestados en ejercicio de facultades gubernamentales”,¹¹ considerando a éstos como el que “...no se preste en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios prestadores de servicios”;¹² además de las definiciones de *medida*, *prestación de un servicio*, *presencia comercial*, *sector*, *servicio de otro Estado parte*, *prestador de servicio*, *consumidor de servicios*, *persona*, *persona física de otro Estado parte*, *persona jurídica*, y *persona jurídica de otro Estado parte*.¹³

En cuanto a la cobertura en relación con los sectores comprendidos por la disciplina del acuerdo y de los compromisos relativos a la liberalización, se utiliza un *enfoque universal*, ya que se aplica a todos los sectores y subsectores de servicios, y de *lista positiva*, ya que el Protocolo se aplica con exclusión de los sectores, subsectores y actividades no comprendidos en las listas de compromisos.¹⁴

3. Obligaciones y disciplinas generales¹⁵

El esfuerzo por abrir y liberalizar los mercados de servicios usualmente se orienta hacia la adopción de uno o más principios, la mayoría de los cuales han sido legitimados en las relaciones comerciales in-

¹¹ Artículo II, 3, b del Protocolo de Montevideo.

¹² Artículo II, 3, c del Protocolo de Montevideo.

¹³ Artículo XVIII.1.a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k del Protocolo de Montevideo.

¹⁴ El *enfoque universal* es aquel en el que todos los sectores y subsectores de servicios son objeto de la disciplina del acuerdo y de los compromisos relativos a la liberalización de servicios. Cuando se utiliza el enfoque universal existen dos maneras de proceder a la aplicación de las disciplinas a las diversas actividades de servicios: a) *lista positiva*, y b) *lista negativa*, según que las disciplinas del acuerdo se apliquen taxativamente por las partes en su lista de compromisos, o sobre el universo de sectores con excepción de aquellos sectores o subsectores individualizados por cada Estado parte del acuerdo. En el *enfoque sectorial*, en cambio, los compromisos liberalizados se circunscriben a sectores o subsectores específicos de una industria, de común acuerdo entre los países partes de un acuerdo (enfoque tradicional de los compromisos tradicionales en servicios), por ejemplo, acuerdos en el sector de transporte marítimo, aéreo, carretero, etcétera. Prieto Serigos, Francisco, *La significación de nuevos temas en esquemas de integración a nivel zona de libre comercio*, ponencia presentada en el V Seminario Internacional “La dimensión jurídica de la integración”, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 11 y 12 de mayo de 1998.

¹⁵ Cfr. Ferreyra, María Andrea *et al.*, “La libre circulación de servicios profesionales en el Mercosur...”, *op. cit.*, nota 8, pp. 71 y ss.

ternacionales desde hace un largo tiempo. Estos principios tienen una guía conceptual común que consiste en el propósito compartido de reducir o eliminar la utilización de prácticas discriminatorias en el comercio internacional.¹⁶

Metodológicamente, un acuerdo sobre comercio de servicios puede incluir los *principios de liberalización* de diversas maneras. Así, pueden estar receptados:

- a) Como *obligaciones generales*, o
- b) Como *compromisos específicos* del acuerdo, o
- c) De las dos maneras a la vez.

Desde este punto de vista, podemos decir que el Protocolo de Montevideo recepta algunos principios con *carácter general*, como el de nación más favorecida, mientras que otros, como el de acceso a los mercados y el de trato nacional, están contenidos en las *listas de compromisos específicos*.

Estos *principios de liberalización* son:

1) *Principio de la nación más favorecida* (NMF). Este principio constituye una obligación básica que estriba en que cada Estado parte “...otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los prestadores de servicios de cualquier otro Estado parte un *trato no menos favorable* que el que conceda a los servicios similares y a los prestadores de servicios similares de cualquier otro Estado parte o de terceros países”.¹⁷

Sin embargo, se reconoce la posibilidad de conceder ventajas en el trato NMF a países limítrofes, sean o no Estados partes, y con el objeto de facilitar intercambios limitados a zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente.

2) *Principios de acceso a los mercados y de libertad para elegir el modo de suministro*. En el artículo IV del Protocolo, al consagrar el principio de *acceso a los mercados*, expresamente se establece que cada Estado parte otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Estados partes un *trato no menos favorable que el previsto de con-*

¹⁶ Artículo III, 1 del Protocolo de Montevideo.

¹⁷ Contenido en el artículo III, 1 del Protocolo de Montevideo.

formidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su lista.

Esta disposición tiene por objeto eliminar progresivamente los siguientes tipos de medidas: limitaciones al número de proveedores de servicios, al valor total de las transacciones de servicios o al número total de operaciones de servicios o de personas empleadas. Del mismo modo, han de suprimirse en forma progresiva las restricciones a los tipos de personas jurídicas o de empresas conjuntas por medio de los cuales se suministre un servicio, así como cualquier limitación relacionada con los niveles máximos de participación extranjera en el capital.

3) *Principio de trato nacional.* El artículo V del Protocolo consagra este principio estableciendo la obligación de otorgar a los servicios y a los prestadores de servicios de cualquier Estado parte *un trato no menos favorable* que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.

Sin embargo prevé la posibilidad de que haya alguna diferencia de trato entre los proveedores de servicios de los demás Estados partes y sus propios servicios y prestadores de servicios similares; pero, en ese caso, las condiciones de competencia no deberían modificarse como resultado de ello en favor de los proveedores de servicios locales.

El punto 3 del citado artículo define cuándo “un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable”.¹⁸

4) *Principio de reglamentaciones y restricciones nacionales no discriminatorias.* Dado que las *reglamentaciones nacionales* son las que más influyen en el comercio de servicios, el artículo X del Protocolo dispone que todas esas medidas internas *deberán ser administradas de manera razonable, objetiva e imparcial.* Los Estados partes se obligan a establecer los tribunales o procedimientos necesarios para la pronta revisión de las decisiones administrativas que afecten al comercio de servicios.

Este principio persigue que los acuerdos de liberalización de servicios en un proceso de integración tengan “una cobertura sectorial sus-

¹⁸ Artículo V, 4: “Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o prestadores de servicios del Estado parte en comparación con los servicios similares o los prestadores de servicios similares de otro Estado parte”.

tancial” y establezcan *la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre los Estados partes*.

Específicamente en relación a los títulos de aptitud y requisitos en materia de licencia y a los fines de asegurar que las medidas relativas a las normas técnicas, requisitos y procedimientos en tales materias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios, el acuerdo contiene obligaciones en lo concerniente a las prescripciones en materia de *reconocimiento* (por ejemplo, la formación académica) y fomenta la *armonización y la utilización de criterios internacionalmente convenidos*.

Muchas veces, la propia realidad demuestra que ciertas exigencias nacionales pueden convertirse en un obstáculo fundamental para la libre circulación, sobre todo cuando se trata de exigir la posesión de una titulación específica para la prestación de servicios profesionales, impidiendo a través de ella, o en su caso, mediante otros requisitos o pruebas, la calificación requerida para realizar esa actividad o servicio.

5) *Principio de reserva de orden público y seguridad*. Consiste en la facultad de restringir en casos singulares y por motivos justificados el derecho de libre circulación de servicios, de modo que sólo se permite actuar a las autoridades nacionales ante casos concretos y debidamente identificados.

El Protocolo de Montevideo, en su artículo XIII, establece que ninguna disposición del mismo se interpretará en el sentido de impedir que un Estado parte adopte o aplique medidas necesarias para proteger la moral o mantener el orden público, pudiendo solamente invocarse la excepción cuando se plantee una *amenaza inminente y suficientemente grave* para los intereses fundamentales de las sociedades; necesarias para la protección de la vida y salud de las personas y de los animales o para la preservación de vegetales; necesarias para la observancia de las leyes y reglamentos (prevención del fraude en el incumplimiento de los servicios; protección de la intimidad de las personas, y la seguridad); diferencia de trato para garantizar la tributación o recaudación de impuestos directos; diferencia de trato a fin de evitar la doble imposición o la disposición de acuerdos internacionales en esos sentidos.

Éstas son las excepciones generales que contempla el Protocolo, a condición de que no se apliquen en forma *arbitraria o injustificable*

cuando prevalezcan entre los países condiciones similares, o una restricción encubierta al comercio de servicios.

Por su parte, el artículo XIV establece que ninguna disposición del Protocolo de Montevideo se interpretará en el sentido de que imponga a un Estado parte la obligación de brindar informaciones que considere contrarias a los intereses esenciales de su seguridad, o impida a un Estado parte la adopción de medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad (relativas a la prestación de servicios destinados al abastecimiento de las fuerzas armadas; a las materias fusionables o fisionables aplicadas en tiempos de guerra o grave tensión internacional), o impida a un Estado parte la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas.

Las razones de orden público y seguridad pueden llevar a abusos por parte de los Estados, materializados a través del establecimiento de medidas que afecten el libre comercio de servicios, dado que tales expresiones pueden definirse e interpretarse de diferente manera en cada país.

Esta reserva, por su *carácter excepcional*, debe ser de *interpretación restrictiva*. De ahí la necesidad de que dichos conceptos sean comprendidos en el marco, límites y objetivos del Tratado de Asunción y de los acuerdos celebrados en consecuencia.

“Los principios inspiradores de una sociedad democrática y las exigencias de la misma han de servir de canon interpretativo a la hora de precisar el alcance de los poderes conferidos a los Estados miembros para imponer esas restricciones”.¹⁹

Entendemos, por nuestra parte, que la justificación de tales medidas debe estar dada por la *actualidad* y la *gravedad* de tal amenaza, no bastando una mera peligrosidad ni una simple infracción de la normativa legal, si ésta no afecta un interés fundamental de la sociedad. Se evitaría así que el recurso a esta medida se produzca indirectamente con fines económicos.

¹⁹ Durán López, Federico, *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, Madrid, La Ley, 1986, Colección Jurídica Profesional, p. 12.

4. Alcance y profundidad de los compromisos²⁰

La profundidad de los compromisos contenidos en diferentes acuerdos comerciales sobre servicios puede variar significativamente, siendo preciso distinguir entre los *acuerdos vinculantes* y los *no vinculantes*.²¹

Los *acuerdos vinculantes* incluyen alguna suerte de “congelamiento” o *stand still* respecto de las medidas disconformes²² o disposiciones obligatorias para cumplir con los compromisos de liberalización, o ambos a la vez (caso AGCS-GATT o TLCAN-NAFTA).

Los *acuerdos no vinculantes* están basados en acciones voluntarias no vinculantes o de cooperación.

El Protocolo de Montevideo es un acuerdo vinculante que incluye la adopción de una suerte de “cláusula del abuelo” para las medidas disconformes vigentes y disposiciones obligatorias que deben cumplirse respecto de los compromisos de liberalización.

Por otra parte, dentro de un acuerdo de servicios pueden estar contenidos distintos *niveles de compromiso* en los esfuerzos por lograr una mayor liberalización.

Los mecanismos más utilizados son *transparencia*, *fijación de un techo*, *congelamiento* o “*stand still*” respecto de las medidas disconformes existentes, *compromiso de cremallera*, *compromiso de lista o eliminar y liberalización futura*.²³

El Protocolo de Montevideo en cuanto a la profundidad de los compromisos recepta los niveles de:

- a) *Transparencia*. Es el nivel más básico de un acuerdo sobre comercio de servicios. Este compromiso requiere que los Estados partes informen a los otros Estados partes todas las medidas pertinentes de aplicación general que se refieran al Acuerdo o afecten el comercio transfronterizo de servicios.

²⁰ Cfr. Ferreyra, María Andrea et al., “La libre circulación de servicios profesionales en el Mercosur...”, *op. cit.*, nota 8, pp. 77 y ss.

²¹ Prieto Serigos, *La significación de nuevos temas...*, *cit.*, nota 14.

²² Este compromiso, conocido como “cláusula del abuelo”, es utilizado en acuerdos comerciales de mercancías y en algunos acuerdos de servicios (caso del AGCS-GATT en lo que se refiere a NMF). *Idem.*

²³ *Idem.*

Receptado en el Protocolo en su artículo VIII como el *compromiso de publicar* antes de la fecha de su entrada en vigor todas las medidas pertinentes de aplicación general que se refieran al presente Acuerdo o afecten su funcionamiento, como también el de *informar* al menos anualmente a la Comisión de Comercio del Mercosur el establecimiento de nuevas leyes, reglamentos o directrices administrativas, o la introducción de modificaciones a las ya existentes, que considere afecten significativamente el comercio de servicios. Cada Estado parte, además, tiene la facultad de notificar a la Comisión antes referida cualquier medida que adopte otro Estado parte.

El *límite* a este deber de publicidad e información está dado por la *confidencialidad de la información*, cuya divulgación resulte un obstáculo para el cumplimiento de las leyes.

- b) *Cláusula de congelamiento o "stand still"*. En cierta manera, el Protocolo congela el régimen de las medidas disconformes existentes a una determinada época y se compromete a no hacerlas más disconformes en el futuro. Este principio estaría plenamente vigente con posterioridad al programa de liberalización.
- c) *Liberalización futura*. Este instrumento, en su parte III, artículo XIX, bajo el epígrafe *Programa de liberalización*, consagra el marco general para la progresiva liberalización del comercio de servicios en un plazo máximo de diez años.

Para cumplir con ese objetivo, la normativa dispone la obligación de los Estados partes de mantener negociaciones anuales a los efectos de determinar qué sectores, subsectores y actividades estarán incluidos en el programa de liberalización y reducir los efectos desfavorables sobre el comercio de servicios para asegurar un efectivo acceso a todos los mercados.

Cada país miembro debe presentar listas de compromisos específicos que esté dispuesto a cumplir, y que deberán ser incrementados progresivamente. No obstante, en el artículo XX se faculta a los Estados a modificar o suspender compromisos específicos incluidos en su lista durante la implementación del Programa de Liberalización, siendo tales medidas aplicables sólo a partir de la fe-

cha en que hayan sido establecidas y respetando el principio de no retroactividad para preservar los derechos adquiridos. Opera en condiciones excepcionales y previa comunicación al Grupo Mercado Común de las razones para tal modificación o suspensión. Asimismo, se establece un sistema de negociaciones con los Estados partes que puedan resultar afectados por tal modificación, a fin de alcanzar un entendimiento consensuado sobre la medida y el plazo de vigencia de la misma.

5. Disposiciones institucionales

En la parte IV (artículos XXI, XXII, XXIII y XXIV) está receptado el conjunto de estas disposiciones, en las cuales se establece que:

- a) El *Consejo Mercado Común* se ocupa de aprobar los resultados de las negociaciones en materia de compromisos específicos.²⁴
- b) El *Grupo Mercado Común* es competente para: *convocar y supervisar* las negociaciones de compromisos específicos (artículo XIX);

²⁴ Así, encontramos el decreto 10/2001 del XXI CMC, Montevideo, 20 de diciembre de 2001, que da por concluida la *Tercera Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios*. La misma establece:

“Visto: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur, las decisiones núms. 01/00 y 56/00 del Consejo del Mercado Común y las resoluciones núms. 36/00, 76/00 y el artículo 3o. de la resolución núm. 26/01 del Grupo Mercado Común.

Considerando: que el artículo XIX del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios establece que los Estados partes mantendrán sucesivas rondas de negociaciones anuales con el objetivo de completar, en un plazo máximo de diez años, el Programa de Liberalización del Comercio de Servicios; que el Protocolo de Montevideo atribuye al Grupo Mercado Común la competencia para la negociación de servicios en el Mercosur; que el Grupo Mercado Común delegó la negociación de la liberalización del comercio de servicios al Grupo de Servicios; que la resolución núm. 76/00 convocó la realización de la Tercera Ronda de Compromisos Específicos; *El Consejo del Mercado Común decide:*

Artículo 1o. Dar por concluida la ‘Tercera Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios’. Artículo 2o. Aprobar las Listas de Compromisos Específicos de los Estados partes del Mercosur, resultantes de la ‘Tercera Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios’, que constan en el Anexo y forman parte de la presente Decisión. Artículo 3o. La presente Decisión deberá ser incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales, de acuerdo a los procedimientos respectivos de cada Estado parte”.

recibir las notificaciones y resultados de las consultas relativas a la modificación y/o suspensión de compromisos específicos (artículo XX); *examinar* periódicamente —por lo menos una vez cada tres años— las normas y criterios mutuamente aceptables para el ejercicio de las actividades y profesiones pertinentes en la esfera de los servicios (artículo XXI); *evaluar* periódicamente la evolución del comercio de servicios en el Mercosur, y *desempeñar* todas las tareas que le sean encomendadas por el Consejo Mercado Común.

- c) La *Comisión de Comercio* tiene a su cargo: la *aplicación* del Protocolo; *tutelar* el cumplimiento del deber de transparencia; *entender* en las consultas y reclamaciones que presenten los Estados partes con respecto a la aplicación, interpretación o incumplimiento del presente Protocolo y a los compromisos que asuman en las listas específicas, aplicando los mecanismos y procedimientos vigentes en el Mercosur; *recibir* información de los Estados partes con relación a acciones o prácticas que distorsionen la competencia y ponerla en conocimiento de los órganos nacionales de aplicación del Protocolo de Defensa de la Competencia,²⁵ y *desempeñar* las demás tareas que le sean encomendadas por el Grupo Mercado Común en materia de servicios.

Respecto de las *controversias* que pudieran suscitarse entre los Estados partes, con relación a la aplicación, interpretación o incumplimiento de los compromisos establecidos en este Protocolo, las mismas serán resueltas de conformidad con los procedimientos y mecanismos de solución vigentes en el Mercosur. Es decir, que resulta de aplicación, en principio, el *Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias*.²⁶

²⁵ El Protocolo de Defensa de la Competencia de Fortaleza aprobado por decisión núm. 18/96 resulta aplicable en todo lo referente al monopolio de servicios y servicios públicos.

²⁶ Aprobado por decisión núm. 1/1991 del Consejo Mercado Común y ratificado por los Estados partes. El Protocolo de Ouro Preto —ratificado por Argentina mediante ley 24.560 de 1995— completa y fija definitivamente la estructura institucional del Mercosur, creando la *Comisión de Comercio*. En materia de solución de controversias remite en general al sistema del Protocolo de Brasilia (artículo 43) salvo en lo atinente a la Comisión de Comercio del Mercosur, órgano a través del cual se canalizan una serie de conflictos que finiquitan por medio de las *directivas* que emite.

III. Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios dentro del Mercado Común del Sur. Fuentes jurídicas del Mercosur

Los Estados, por su propia voluntad y haciendo uso de sus derechos soberanos, se integran en bloques regionales y asumen atribuciones y limitaciones que vienen a conformar de un modo distinto el espacio jurídico, y al reconocer la legitimidad de los órganos e instituciones comunitarias —creadoras de una normativa jurídica en el ámbito de sus propias competencias—, cada Estado debe identificarse con ese ordenamiento, compartirlo con el suyo y someterse a sus fuentes.

Al incorporarse cada Estado en nuestro Mercado Común del Sur, su ordenamiento jurídico viene a caracterizarse por la concurrencia de varios conjuntos normativos: el nacional o estatal, el internacional y el de la integración.

El *Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios dentro del Mercado Común del Sur* es una fuente jurídica institucional regional o de derecho de la integración.

El tema de las fuentes jurídicas del derecho del Mercosur y el orden de prelación de las normas que lo integran no fue materia de regulación en el Tratado de Asunción, como debería haber sido en una correcta técnica de hermenéutica jurídica, lo cual, sumado a la disparidad existente entre las disposiciones constitucionales de los cuatro Estados partes,²⁷ genera problemas en cuanto a la aplicación e interpretación de las normas emanadas del Mercosur, existiendo jurisprudencia encontrada entre las Cortes Supremas de Argentina y Brasil al no haber sido consensuado el criterio de jerarquía de las normas.

El *Protocolo de Ouro Preto* establece la pirámide jurídica con base en la cual se estructura la normativa mercosureña en su artículo 41, que reemplaza a la dada en el artículo 19 del Protocolo de Brasilia.

²⁷ En Argentina se reconoce expresamente la primacía de los tratados por sobre el derecho interno (artículo 75, inciso 22, Constitución nacional). En Paraguay, la Constitución admite un orden jurídico supranacional (artículo 145), pero las Constituciones uruguaya (artículo 6o.) y brasileña (título I, *Dos princípios fundamentais*) contienen declaraciones programáticas en favor de la integración, pero nada establecen acerca de la supremacía de las normas. Asimismo, en Brasil existieron diversas interpretaciones acerca de dicha jerarquía normativa, pero en última instancia el Supremo Tribunal se ha pronunciado por la teoría dualista, dándole primacía al derecho interno.

Así establece, como fuentes jurídicas del Mercosur:

- 1) Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios (derecho originario);
- 2) Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos (derecho originario);
- 3) Las *decisiones* del Consejo Mercado Común, las *resoluciones* del Grupo Mercado Común y las *directivas* de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la vigencia del Tratado de Asunción (derecho derivado).

Si bien, según el artículo 42 de dicho Protocolo, estas fuentes jurídicas del derecho del Mercosur tienen carácter obligatorio, el alcance de dicha obligatoriedad no es automático, lo cual implica la no aplicación inmediata del derecho derivado en los regímenes nacionales. Para que tengan eficacia en los Estados partes, las mismas deben ser internalizadas por los órganos y procedimientos establecidos en cada Estado parte. El citado artículo indica que dichas normas "...cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".²⁸

En el artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto se recepta un principio propio del derecho comunitario: el *deber de solidaridad* de los Estados partes, al asumir el compromiso de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas del Mercosur.

²⁸ "El párrafo alude a la eventual armonización y compatibilización de las legislaciones nacionales a los requerimientos del intercambio regional, a fin de facilitar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los Estados contratantes. Es decir, la disminución de las disparidades existentes entre las legislaciones internas para que éstas puedan realizar el objetivo común. De este modo se podrá brindar la seguridad jurídica necesaria para fortalecer el proceso de integración". Uriondo de Martinoli, Amalia, *Integración regional. Derecho procesal internacional*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 53.

Para garantizar la efectiva incorporación de la normativa Mercosur a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes, el Grupo Mercado Común, por resolución núm. 22/98, resuelve: "Solicitar, por intermedio del Consejo del Mercado Común, a la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur que arbitre los medios para que los Poderes Legislativos de los Estados partes den consideración prioritaria a los distintos proyectos en trámite parlamentario de normativa Mercosur aprobada hasta el presente, que requiere incorporación por la vía legislativa".

Las fuentes jurídicas en el espacio regional ya no pueden ser analizadas y aplicadas como antes, con la simplicidad que suponía, por una parte, el Estado-nación, creador del derecho interno, y, por la otra, las relaciones entre los Estados, regidas exclusivamente por las reglas y tratados del derecho internacional clásico. Por el contrario, el proceso de integración Mercosur hace necesario estructurar y vertebrar el funcionamiento coherente y armónico de los diversos conjuntos normativos, con particular consideración de la normativa mercosureña, mediante su articulación en un sistema de fuentes jurídicas regido por el principio de la correlativa atribución de competencia, que es el fundamento y legitimación del derecho de la integración.²⁹

Garantizar la seguridad jurídica en el Mercosur torna imprescindible valorizar su patrimonio jurídico, asegurar la efectiva vigencia de sus normas y disposiciones, adecuar su estructura, reforzar los objetivos comunes y los valores sociales y culturales compartidos, que permitan encontrar los mecanismos aptos para resolver las diferencias, salvaguardando los intereses nacionales en un contexto de cooperación regional.

IV. Reflexiones finales

Consideramos positiva la aprobación por parte de la República Argentina del *Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios dentro*

²⁹ La resolución del GMC núm. 23/98, ante la necesidad de garantizar la efectiva incorporación de la normativa Mercosur a los derechos internos de los Estados partes, complementa lo establecido en la resolución GMC núm. 91/93 para asegurar la efectiva vigencia en el Mercosur de las decisiones, resoluciones y directivas. Así establece que los proyectos de normativa emanados del CMC, GMC y CCM, a ser incorporados por vía administrativa, indicarán —cuando corresponda— el plazo en que se cumplirá dicha incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados partes, contado a partir de la fecha en que la norma haya sido aprobada por el órgano de que se trate. Cuando sea posible, indicarán para cada Estado parte las autoridades involucradas en la adopción del acto correspondiente para su incorporación y la naturaleza que debe revestir ese acto.

Para los reglamentos técnicos, rige en todos sus términos el contenido de la Resolución GMC núm. 152/96 “Directrices para la Elaboración y Revisión de Reglamentos Técnicos Mercosur”. Pereyra, Luis *et al.*, *La apertura de los servicios profesionales de los abogados en el Mercosur*, ponencia presentada en el Primer Encuentro de Abogados del Mercosur, San Isidro, 4-7 de noviembre de 1998.

del Mercado Común del Sur, porque no se puede concebir una integración regional sin asegurar la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Esas cuatro libertades fundamentales y *el principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros* para realizar una actividad económica constituyen uno de los fundamentos de la integración y un elemento consustancial a la formación de un espacio comunitario.

El proceso de integración hacia un mercado común abre a los ciudadanos de los Estados partes la posibilidad de acceder libremente al ejercicio de cualquier actividad económica —salvo excepciones— en el interior del espacio integrado. Sin embargo, esos objetivos y principios sólo pueden tornarse operativos y sin limitaciones en un mercado común con economías estables y desarrolladas. La realidad nos demuestra que no están dadas las condiciones jurídicas y económicas que permitan la plena consagración del postulado de la libre circulación, pero creemos que debemos seguir participando activamente para que este proceso de integración llamado Mercosur se inserte en la economía mundial.

El Mercosur, como sabemos, no posee un verdadero carácter supranacional. Institucionalmente, es una persona jurídica internacional, con órganos intergubernamentales que actúan por consenso y, en consecuencia, no son supranacionales. Cada Estado parte aplica en las deliberaciones su estrategia nacional en defensa de sus propios intereses, procurando asimismo impulsar la empresa común de desarrollar y fortalecer la unión aduanera y el mercado común.

Ello torna necesario un nuevo enfoque desde las instituciones nacionales, que contemple con una visión comunitaria y regional las cuestiones referentes a la libre circulación de trabajadores y de servicios, lo que exige la participación y el compromiso de todos los actores y sectores sociales en el proceso de integración. Tanto la esfera pública como la privada son responsables de la equidad, calidad y eficiencia en el libre comercio de servicios, por lo que debe lograrse la cooperación, complementación y convergencia entre ambos sectores, a través de un marco de política y programa integral coordinado y consensuado, donde los Estados partes tengan un rol activo en la regulación y

supervisión integral de los servicios públicos privatizados en el espacio regional.

El ejercicio de esta actividad supone, a su vez, una concepción permanente en el plano nacional de apoyos técnicos por áreas de especialización, consultas orgánicas con los sectores privados involucrados y la orientación política de las negociaciones gubernamentales.

Por otra parte, si se aspira a una transformación productiva, a través del aprovechamiento eficiente de los recursos disponibles y la mejora de la calidad, la productividad y la competitividad global, el Mercosur necesita ineludiblemente de la cooperación internacional, lo cual exige establecer compromisos negociados con los países industrializados para poder acceder al conocimiento y a la tecnología, mejorar y disponer de los canales de distribución y redes de información. Al mismo tiempo, la liberalización del acceso a los mercados en sectores del comercio mundial de servicios y en los modos de suministro representa para los países en desarrollo un desafío que exige la implementación de un sistema innovador propio y permanente, pensando en un desarrollo endógeno, a través de acuerdos sectoriales, industriales y de servicios. Consideramos que es necesario adoptar al mercado como el instrumento fundamental en la asignación de los recursos y aprovechar sus propiedades transformadoras, pero sin resignar el rol de Estado, pues el mercado por sí solo resulta inoperante para destinar medios a la inversión social —educación e investigación—, promover la generación de empleo y la calidad de vida.