

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL
DE LOS LAUDOS ARBITRALES
DEL MERCOSUR

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES DEL MERCOSUR

Ernesto J. Rey Caro

Director

Zlata Drnas de Clément

Coordinadora

Zlata Drnas de Clément

Esther Mathieu

Arturo Santiago Pagliari

Fanny Peralta

Ernesto Rey Caro

María Cristina Rodríguez

Graciela Rosa Salas

Susana Sartori

María Alejandra Sticca

Córdoba

2004

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen 1*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
**Doctrina Jurisprudencial de los Laudos Arbitrales del
Mercosur** - 1ª. ed.

Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de
Córdoba, 2004.
162 ps.; 23x16 cm.
ISBN 987-1123-20-5

1. Laudos Arbitrales-Mercosur. I Título

CDD 341.522

Fecha de catalogación: 16/11/04

*Copyright Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba
Impreso en la Argentina
Queda hecho el depósito que prevé la ley 11.723
I.S.B.N. N° 987-1123-14-0
E-mail: acader@arnet.com.ar
www.acader.unc.edu.ar*

Presidentes Honorarios

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

AUTORIDADES
(Período 2004 - 2007)

Dr. OLSEN A. GHIRARDI
Presidente

Dr. RICARDO HARO
Vicepresidente

Dr. ERNESTO J. REY CARO
Secretario

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD
Tesorero

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ
Director de Publicaciones

Dr. ARMANDO S. ANDRUET
Director de Publicaciones adjunto

DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Revisor de Cuentas

Dr. HORACIO ROITMAN
Revisor de Cuentas suplente

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: acader@arnet.com.ar

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: www.acader.unc.edu.ar

REPÚBLICA ARGENTINA

PALABRAS PRELIMINARES

El Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración (IDIPDI) es uno de los últimos creados en el seno de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Responde a una necesidad en el cumplimiento de los objetivos de esa prestigiosa institución en cuanto al fomento y difusión del conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales y al estudio de las cuestiones relacionadas con ellas.

Contrariamente a la *capitis diminutio* que experimentara el derecho de gentes en los estudios de derecho en épocas anteriores, hoy no cabe duda de su importancia para la regulación de las conductas de los Estados y otros entes internacionales en una sociedad cada vez más internacionalizada y compleja. No hay un día del año en que los medios de información en todo el mundo no hagan conocer hechos o acontecimientos que guarden una estrecha relación con esta rama de las ciencias jurídicas. Los ámbitos de validez personal, temporal, material y espacial del derecho internacional se han acrecentado en grado tal que ya no es tarea fácil para los cultores de la disciplina profundizar en el estudio de tan vastas transformaciones. Por otra parte, para realizar un enfoque apropiado de los nuevos problemas, se requiere del auxilio de otras ramas de las ciencias, acrecentándose la percepción interdisciplinaria. Ello requiere del internacionalista una nueva actitud y apertura a las que no estaba acostumbrado. En recompensa, se le ha concedido un protagonismo otrora desconocido.

Afrontar los nuevos retos ha sido el propósito primigenio fijado por los integrantes del Instituto. Para ello se han seleccionado temas de actualidad en las disciplinas abarcadas, y las sesiones regulares celebradas durante el año académico han permitido una tarea colectiva que, sin duda, ha redundado en el enriquecimiento individual de sus miembros.

Las cuestiones vinculadas con la doctrina jurisprudencial construida en los laudos arbitrales del Mercosur han sido las materias que han

concitado interesantes y constructivos debates en las reuniones llevadas a cabo. Los aportes de los expositores con relación a este tópico han sido recogidos en los trabajos que integran el material de este primer Cuaderno del Instituto. A los comentarios se ha incorporado un nomenclador temático en el que se indica en qué laudos han sido tratadas las cuestiones de referencia.

Tenemos la esperanza de que el contenido del presente Cuaderno sea de utilidad para quienes se sientan atraídos por esta faceta del importante proceso de integración puesto en marcha en este extremo del continente americano. Lograr este objetivo, contribuirá a incentivar la tarea comenzada y justificar las próximas entregas.

Córdoba, agosto de 2004

Ernesto J. Rey Caro
Director del IDIPDI

Zlata Drnas de Clément
Coordinadora del IDIPDI

INTRODUCCIÓN

LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE EN EL MERCOSUR

ERNESTO J. REY CARO*

En la década del 50 del siglo pasado tomaron impulso los llamados procesos de integración económica, cuyas principales manifestaciones tuvieron lugar en Europa y en el Nuevo Continente, de naturaleza diversa y objetivos específicos, acordes con las características económicas, sociales, políticas y culturales de los grupos de países comprometidos.

Al margen de los propósitos coincidentes consagrados en los tratados fundacionales, surgió la posibilidad cierta de que se plantearan conflictos de intereses o en torno a la interpretación y aplicación de las normas de los respectivos ordenamientos jurídicos, *inter alia*. Para tratar de solucionar las controversias por medios pacíficos, generalmente se pergeñaron en los mismos acuerdos mecanismos definitivos, o en su defecto medios transitorios destinados a aplicarse en las primeras etapas de la integración perseguida. En otros procesos, los procedimientos fueron omitidos o se caracterizaron por ser muy elementales, para en los años posteriores y de conformidad con el éxito alcanzado, elaborar recién los regímenes permanentes. Esta variedad de alternativas se reflejó en las entonces Comunidades Europeas, en el Pacto Andino de 1969, en el Mercado Común Centroamericano, en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, entre otras organizaciones.

* Director. Académico de Número.

En el caso del Mercosur, desde la adopción del Tratado de Asunción en 1991, los mecanismos se fueron perfeccionando. Al sistema elemental adoptado en el Anexo III del Tratado, le sucedió el Protocolo de Brasilia aprobado a fines del mismo año y en vigencia desde 1993 hasta su reemplazo por el Protocolo de Olivos, que entró en vigor el 1° de enero de 2004. Asimismo, el Protocolo de Ouro Preto estableció un sistema particular vinculado con las directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

Ab initio se discutió sobre la conveniencia de crear un órgano jurisdiccional permanente inspirado en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o del Tribunal de Justicia de la hoy Comunidad Andina, entre otros. La idea no prosperó por la falta de apoyo de algunos Estados. Sólo se logró un consenso en derredor del arbitraje, instancia a la que se llegaba previo agotamiento de otros medios tradicionales como las negociaciones directas y la participación no vinculante del Grupo Mercado Común o de la Comisión de Comercio del Mercosur, tratándose de controversias entre las partes. En relación a los particulares, sólo se les concedió un derecho de iniciativa, concentrándose luego el protagonismo en los Estados, abriéndose también como última instancia el recurso al arbitraje, decisión que queda en manos de éstos.

El esquema del Protocolo de Brasilia habría de permanecer, con ciertas variantes en cuanto a la obligatoriedad de la intervención del Grupo Mercado Común, en el Protocolo de Olivos, sin perjuicio de la modificación más trascendente, que fue la creación del Tribunal Permanente de Revisión, al que le ha conferido una competencia contenciosa y otra consultiva.

No es ésta la oportunidad para efectuar una evaluación del rol cumplido por el arbitraje como mecanismo para la solución de las controversias en la comunidad internacional, desde la antigüedad hasta nuestros días, materia ésta que antes de la gestación de los tribunales internacionales permanentes, constituyó el meollo de los estudios sobre la jurisdicción internacional. Sí merece destacarse que lejos de haber perdido su prestigio, el arbitraje, en sus diferentes modalidades y con sus variadas características, sigue ocupando un lugar de privilegio entre los mecanismos para dirimir las desavenencias no sólo en el área de las relaciones interestatales.

El arbitraje, desde nuestra perspectiva, consiste en el sometimiento mediante un acuerdo entre sujetos internacionales de una cuestión litigiosa a un tribunal unipersonal o colegiado, para que éste la resuelva mediante una sentencia o laudo que tiene carácter obligatorio para las partes. De

allí que los elementos esenciales son: la existencia de una controversia; un acuerdo entre sujetos del derecho internacional -generalmente, Estados-; la elección de un tercero elegido libremente por las partes; y el carácter obligatorio de la resolución del tribunal. La discrepancia debe ser internacional. Usualmente las partes establecen el derecho que aplicará el o los árbitros, que suele ser el derecho internacional, o un ordenamiento jurídico específico -por ej., de una organización internacional en particular- e, incluso, puede autorizarse al tribunal para aplicar un determinado derecho nacional. También pueden solicitar a los jueces que resuelvan la controversia *ex aequo et bono*. Algunas cuestiones -v.gr., las procesales- pueden ser definidas por los litigantes, o bien se puede autorizar al tribunal a fijar las normas pertinentes. En ocasiones se pactan algunas normas básicas y las otras reglas procesales quedan a criterio de los árbitros.

Estimamos que el arbitraje es y ha sido muy útil para dirimir conflictos puntuales como los de carácter limítrofe, sobre nacionalidad, sobre responsabilidad por violaciones del derecho internacional o en el caso de las organizaciones internacionales de integración, cuando éstas presentan un escaso grado de institucionalización. En un proceso de integración que pretende alcanzar estadios más complejos ya resulta insuficiente, pues no responde a las necesidades de ellos. Basta un análisis de las competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para aquilatar sus falencias.

El Protocolo de Brasilia estableció cuál era el derecho aplicable por los Tribunales Arbitrales Ad Hoc en el art. 19, aunque en forma incompleta en razón de la fecha de su adopción, omisión que fue suplida cuando se adoptó el Reglamento pertinente en 1998. El art. 34 del Protocolo de Olivos, prescribe que los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión “decidirán la controversia en base al Tratado de Asunción, al Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las decisiones del Consejo Mercado Común, a las resoluciones del Grupo Mercado Común, y a las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur así como a los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia”. En relación a este último ordenamiento, es obvio que se trata tanto del derecho consuetudinario, como del convencional. Los tribunales arbitrales Ad Hoc han recurrido al derecho internacional con mucha frecuencia. También se ha facultado a los Tribunales Ad Hoc y al Tribunal Permanente de Revisión cuando actúe en instancia directa y única, a resolver la controversia *ex aequo et bono*, siempre que haya acuerdo de partes.

El Reglamento del Protocolo de Brasilia igualmente estableció numerosas normas procesales que debían ser observadas por los Tribunales Arbitrales Ad Hoc, restringiendo la libertad concedida a éstos en el Protocolo. El Reglamento del Protocolo de Olivos, también ha sido pródigo en relación a las normas procesales.

Cabe agregar que el Protocolo de Olivos ha ampliado las competencias de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc, sin perjuicio de las competencias otorgadas al nuevo tribunal. Ello se advierte -v.gr.- en relación al ámbito de aplicación del instrumento (art. 1º) y en las facultades concedidas en materia de medidas compensatorias (cap. IX). Asimismo, se han introducido modificaciones en relación a las listas de árbitros nacionales y de terceros árbitros, como en la integración de la lista de terceros árbitros, y en cuanto a los requisitos que deben reunir los árbitros y las facultades que tienen los Estados Partes en lo que atañe a las personas propuestas por los otros países.

En efecto, las listas de árbitros nacionales se han ampliado a doce personas por Estado Parte (art. 11). En relación a la lista de terceros árbitros, el Protocolo de Brasilia prescribía que la lista compuesta de dieciséis árbitros era confeccionada por el Grupo Mercado Común, debiendo integrarse por partes iguales con nacionales de los Estados Partes y nacionales de terceros países. El nuevo Protocolo autoriza a cada Estado Parte a proponer cuatro candidatos para integrarla, debiendo ser por lo menos uno de los propuestos nacional de un Estado que no sea Parte del Mercosur.

Otra innovación importante ha sido la facultad otorgada a cada Parte para solicitar aclaraciones sobre las personas propuestas para integrar la lista de árbitros de los Tribunales Ad Hoc, aunque no se ha establecido qué derechos podría ejercer al respecto el Estado que solicita la aclaración. En cuanto a la lista de terceros árbitros, se faculta a cada Estado a pedir aclaraciones respecto de las personas propuestas por los otros Estados y en su caso, para presentar “objeciones justificadas” a los candidatos indicados, objeción que debe comunicarse al Estado pertinente. Si la cuestión no se solucionara, “prevalecerá la objeción”. Se trata de un verdadero derecho de veto. Habrá que aguardar cómo se aplica esta norma para juzgar sobre su acierto. Este sistema ha sido extendido a las propuestas para integrar la lista para la elección del quinto árbitro del Tribunal Permanente de Revisión, sin perjuicio de que conforme a lo establecido en el Reglamento del Protocolo, sea aplicable también a las personas propuestas por los Estados para integrar dicho tribunal.

En el régimen del Protocolo de Olivos, los laudos arbitrales de los Tribunales Ad Hoc, son revisables por el Tribunal Permanente, estando el recurso limitado a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas realizadas en tales laudos (art. 17). Estimamos que prácticamente todos los laudos podrán ser revisables.

La otra novedad, radica en que puede obviarse la intervención de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y recurrirse directamente al Tribunal Permanente de Revisión después de las negociaciones directas, aunque para este caso, se necesita el acuerdo de partes.

Retomando la cuestión de la práctica arbitral en el Mercosur, recién a fines de la década del 90 y después de cinco años de estar en vigor el Protocolo de Brasilia comenzaron a dictarse los laudos arbitrales que ocuparán nuestra atención, con la particularidad de que gran parte de ellos fueron emitidos en controversias en la que estuvieron involucrados los dos grandes socios. No obstante, habida cuenta de la cantidad de conflictos que se han suscitado en el seno del Mercosur, fueron muy pocos los sometidos al procedimiento arbitral. Pareciera que los Estados Partes prefirieron mantener las discrepancias sobre algunas cuestiones de relevancia en el marco de las negociaciones políticas. Recientes conflictos entre Argentina y Brasil en materia de electrodomésticos y del calzado, confirman esta tendencia. Este hecho -junto con la escasa cantidad de laudos, entre otros argumentos- ha sido esgrimido por aquellos que consideran que todavía no ha llegado el momento para profundizar los mecanismos de solución de controversias. Otros críticos o desencantados incluso le restan trascendencia al tema, poniendo en duda el futuro de este proceso de integración.

Esta falencia cuantitativa sin embargo, no ha restado relevancia al papel cumplido por los Tribunales Arbitrales Ad Hoc para el fortalecimiento del proceso de integración, y tal circunstancia no ha sido impedimento para que se abordara una variedad llamativa de materias. Cuestiones de fondo y de procedimiento han merecido destacados análisis -no siempre coincidentes y he aquí uno de los puntos débiles del sistema- por parte de los árbitros, amén de las interesantes consideraciones sobre otras experiencias integracionistas o acuerdos regulatorios del comercio internacional, como ALADI, NAFTA, la Unión Europea, el GATT, la OMC, etc..

Temas tales como antidumping, arancel externo común, áreas aduaneras especiales, cláusulas de salvaguardia, competencia desleal, defen-

sa comercial, discriminación, etapas de la integración, fuentes normativas del Mercosur, incentivos, criterios de interpretación de las normas, licencias no automáticas, restricciones arancelarias, subsidios, zonas aduaneras especiales, zonas francas, muestran enfoques variopintos.

No menos importante ha sido el examen de principios como los de buena fe, de certeza jurídica, de equilibrio, de especialidad, de libre circulación, de razonabilidad, de reciprocidad. Igualmente, han sido objeto de análisis los principios generales del derecho, los principios generales en materia de integración como el de previsibilidad, el de proporcionalidad, el de reserva de soberanía, los principios del derecho de los tratados, etc. En suma, llama la atención que en sólo nueve laudos arbitrales, se hayan visualizado temas tan diversos. El examen pormenorizado de ellos constituyen el meollo de los trabajos de los colegas del Instituto.

Todo hace suponer que bajo el imperio del nuevo Protocolo, tanto los Tribunales Arbitrales Ad Hoc como el Tribunal Permanente de Revisión, habrán de acrecentar tan rica doctrina jurisprudencial.

Estas breves reflexiones se han inspirado en una realidad concreta, apoyada en el sistema de solución de controversias vigente al momento de dictarse los laudos de referencia, tratando de rescatar los aspectos positivos de uno de los mecanismos pergeñados. No cabe ya debatir sobre las bondades y falencias del Protocolo de Brasilia. Tampoco hemos considerado oportuno pronunciarnos sobre la cuestión de si el Protocolo de Olivos constituye uno de los instrumentos apropiados para el “reforzamiento” o el “relanzamiento” del Mercosur, materia ésta que ya hemos examinado en otro trabajo. Quizá pueda servir de atenuante en lo que atañe a las discusiones sobre este punto, el hecho de que todavía no se ha adoptado el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común, previsto en el tercer apartado del Anexo III del Tratado de 1991.

LAUDO I

LAUDO DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIAS SOBRE COMUNICADOS N° 37 DEL 17 DE DICIEMBRE DE 1997 Y N° 7 DEL 20 DE FEBRERO DE 1998 DEL DEPARTAMENTO DE OPERACIONES DE COMERCIO EXTERIOR (DECEX) DE LA SECRETARÍA DE COMERCIO EXTERIOR (SECEX): APLICACIÓN DE MEDIDAS RESTRICTIVAS AL COMERCIO RECÍPROCO

28 de abril de 1999

Árbitros: Juan Carlos Blanco (Presidente), Guillermo Michelson Hirsuta y Joao Grandino Rodas¹

República Argentina (Parte Reclamante) - República Federativa de Brasil (Parte Reclamada)

*Marta Susana Sartori **

Sumario: I. Introducción. II. Circunstancias y hechos. III. Fundamentos jurídicos. IV. Fundamentos jurídicos: examen de las normas invocadas por Argentina. V. Informe del Tribunal. VI. Conclusiones.

I. Introducción

A fines de 1994 el Protocolo de Ouro Preto modificó el Tratado de Asunción y definió en su art. 1° la estructura institucional del Mercosur para su etapa definitiva, a partir del 1° de enero de 1995.

* Abogada. Magister en Derecho Internacional Público. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹

Si bien esta estructura institucional no recepta al Tribunal Arbitral creado por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, firmado en Brasilia, el 17 de diciembre de 1991 (Dec. 1/91), se mantiene este mecanismo de solución de controversias del cual podemos señalar:

El procedimiento arbitral (art. 7° y ss.) que establece no es institucionalizado sino *ad hoc*, puede iniciarse por cualquier Estado Parte, el cual comunica su intención a la Secretaría Administrativa del Mercosur, que notifica a los Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común. La centralización de la información y los trámites pertinentes para el desarrollo del procedimiento son a través de esta Secretaría Administrativa y, por el art. 8°, los Estados Partes: declaran que reconocen como obligatoria, *ipso facto* sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo. Ello significa que el arbitraje tiene carácter obligatorio, y que ante la iniciación del procedimiento arbitral por un Estado -cumplidas las etapas previas- el Estado demandado está obligado a someterse al arbitraje, sin que se requiera un acuerdo especial, por cuanto el compromiso de resolver las controversias a través del arbitraje ha sido otorgado en forma anticipada por todos los Estados Parte, al aprobar y ratificar el Protocolo de Brasilia.

Este primer laudo tiene por objeto determinar la compatibilidad entre un determinado régimen de licencias para las importaciones y el sistema normativo del Tratado de Asunción, estrena el sistema de solución de controversias del Mercosur, iniciando esta etapa de laudos arbitrales contemplada en la normativa de nuestro proceso de integración ².

Notificado el presidente de su designación el 29 de enero de 1999, quedó constituido el Tribunal y en funciones el 1° de febrero de 1999, con sede fijada en la ciudad de Montevideo, en la Secretaría Administrativa, adoptando sus Reglas de Procedimiento e invitando a las Partes a designar respectivamente a sus representantes y a constituir sus domicilios también en la ciudad de Montevideo. Invitó asimismo a las partes a so-

² Este sistema comprende el Protocolo de Brasilia, de Ouro Preto y el decreto 17/98: Decisión del Consejo Mercado Común que establece el Reglamento del Protocolo de Brasilia.

meter al Tribunal por su orden los escritos de presentación del Reclamante y de contestación de la Reclamada. Se admitieron las pruebas documentales presentadas por cada Parte, y éstas también fueron escuchadas en audiencia del Tribunal. La Secretaría Administrativa del Mercosur intervino en las notificaciones y comunicaciones, recibo de escritos y comunicaciones de las Partes. El 15 de marzo de 1999 el Tribunal usó la prórroga de 30 días para expedirse notificando a las Partes esa decisión³, razón por la cual se expidió en abril de 1999.

II. Circunstancias y hechos

Brasil ha dictado normativas -comunicados 37/97 y 7/98- relativas a lista de productos de la Nomenclatura Común del Mercosur sujetos a Licencia Automática o No Automática y también relacionadas al sector lácteo, que son consideradas como restricción al comercio intrazona que produce un efecto inhibitorio y que genera incertidumbre e inseguridad, afectando el desarrollo de las corrientes de intercambio.

Ello da por resultado el empeoramiento de las condiciones de acceso al mercado brasileño para productos argentinos, con respecto a las condiciones vigentes en 1995 y 1996. A su vez, el Comunicado 23/98 hace una remisión al tratamiento administrativo del Sistema Integrado de Comercio Exterior (SISCOMEX) de manera tal que los productos sujetos a Licencia Automática o No Automática no constan en norma consolidada, pudiéndose modificar el tratamiento que se otorga al producto, sin publicidad de la norma, lo que incrementa la incertidumbre para los operadores económicos por la discrecionalidad que da para aplicar y modificar el sistema de licencias.

III. Fundamentos jurídicos

Los citados comunicados establecen medidas administrativas equivalentes a restricciones que implican un incumplimiento de los compro-

³ Art. 20 del Protocolo de Brasilia y 21 del Reglamento.

misos establecidos en el TA, su Anexo I y el Acuerdo de Complementación Económica N° 18 - ACE 18, y las Decisiones del Consejo del Mercado Común N° 3/94 y 17/97.

El TA expresa que el mercado común implica, entre otras cosas, eliminar los derechos aduaneros y las restricciones no arancelarias y cualquier otra medida equivalente y que durante el período de transición el programa de liberación comercial consistirá en rebajas arancelarias acompañadas de la eliminación de las restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalente, para llegar al 31-12-94 con arancel cero y sin restricciones no arancelarias sobre todo el universo arancelario.

El Anexo I al TA refuerza los compromisos al acordar las Partes eliminar a la fecha indicada los gravámenes y demás restricciones al comercio recíproco. Brasil incluyó en las Notas Complementarias al ACE 18 los pedidos de guía de importación sustituidos luego por el SISCOMEX.

Argentina objeta que se incluyan en él requisitos de Licencia Automática con Condiciones (LAC) o Licencia No Automática (LNA), por entender que constituyen restricciones equivalentes a las ya eliminadas guías de importación.

Las circulares cuestionadas son incompatibles con el compromiso de *stand still* establecido por la Dec. 3/94 ⁴.

La incidencia de las medidas alcanza al 61% de las exportaciones argentinas y a productos de los cuales Brasil es el mercado principal, aumentando la incertidumbre el SISCOMEX que es un registro informático que puede cambiar el tratamiento.

Los comunicados atentan contra los propósitos y principios del TA y afectan la reciprocidad. La sola existencia de las exigencias establecidas a través de los comunicados implica incumplimiento, por lo cual el *objeto de la controversia y petitorio* es la vigencia y aplicación de los comunicados citados de la República Federativa de Brasil, los cuales rechaza la Argentina por ser manifiestamente incompatibles con los compromisos establecidos en el TA y en la normativa Mercosur y pide se disponga que el gobierno de la República Federativa de Brasil en el plazo a que hace

⁴ La Dec. 3/94 estableció un compromiso de *stand still* en materia de restricciones no arancelarias.

referencia el art. 21 del Protocolo de Brasilia implemente las medidas necesarias para eximir a las exportaciones originarias y provenientes del Mercosur de los requisitos de LNA O LAC establecidos en los comunicados objeto de la controversia.

Brasil como parte Reclamada señala que son sólo las Circulares 37/97 y 7/98 el objeto de la reclamación, no constando en los términos originales de la reclamación el 23/98, por lo que su aceptación significaría una ampliación extemporánea del objeto de la reclamación que crearía desigualdad para las Partes.

IV. Fundamentos jurídicos: examen de las normas invocadas por Argentina

Señala que al proceder las Partes a una revaluación del plazo y establecer el compromiso de conformar al 1/1/95 una unión aduanera y no un mercado común, también resultaron redefinidos los otros objetivos y cronogramas que no estaban en condiciones a la meta original, entre ellos, la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias dentro del Mercosur.

En cuanto a las restricciones no arancelarias, su compromiso de eliminarlas, de acuerdo a los arts. 10 del TA y 11 del ACE 18 debería implementarse en el ámbito de un mercado común, que al permanecer como objetivo a largo plazo, no hay obligación de eliminar ninguna de las medidas en las Notas Complementarias de Brasil.

No considera procedente las alegaciones de la Reclamante de que los Comunicados N° 37/97 y 7/98 violan el compromiso de no adoptar restricciones no arancelarias al comercio en el Mercosur que estaría establecido en los arts. 4° y 6° de las Decisiones 3/94 y 17/97. El compromiso es no establecer restricciones, no haciendo referencia a medidas no arancelarias, conceptos claramente distinguidos a lo largo del texto de toda la Decisión N° 17/97. Además, para que una medida específica sea considerada restricción no arancelaria, sujeta a un compromiso de eliminación, es necesario que sea identificada por la Comisión de Comercio. El tratamiento de las medidas no arancelarias es específico para cada una, dependiendo el compromiso de eliminar algunas de ellas de negociaciones intergubernamentales en un foro como la Comisión de Comercio.

Si fuera válida la alegación de que hubiera un compromiso de *stand still*, éste no podría implicar una inmovilización de las prácticas administrativas de comercio exterior o detener su evolución, ni considerar una restricción la introducción de un sistema de control informático e integrado como el SISCOMEX. Considera necesario que la Reclamante demuestre la condición de más restrictiva para el comercio recíproco de las nuevas medidas, pues el carácter restrictivo sólo puede apreciarse por su efecto en la realidad. No habiendo en el Mercosur reglas sobre licencias o procedimientos administrativos de importación, corresponde a la Reclamante probar el carácter restrictivo.

Las conclusiones con relación a Brasil se refieren a que la Reclamante no presenta elementos que permitan inferir que los comunicados provocan un efecto restrictivo del comercio. El TA depende para su ejecución de la adopción gradual de normas con compromisos específicos. El TA y el ACE 18 fueron modificados por normas posteriores, y la Decisión 3/94 y normas posteriores distinguen entre medidas y restricciones no arancelarias señalando que no todas deben ser eliminadas, deben ser tratadas caso por caso pues no hay tratamiento genérico ni reglas generales. Ni el SISCOMEX ni los comunicados fueron identificados como restricción no arancelaria no clasificados como medida a eliminar, y en definitiva, su petitorio es que el Tribunal declare improcedente la reclamación interpuesta por la Argentina por ser los comunicados cuestionados compatibles con los compromisos establecidos por el TA y por las normas Mercosur aprobadas en consecuencia.

V. Informe del Tribunal

Constituido de conformidad al Protocolo de Brasilia y Ouro Preto, sustanciadas todas las instancias previas, estableció el siguiente:

Criterio general

Por la solidez de ambas argumentaciones, el Tribunal se ha persuadido de la necesidad de desarrollar la fundamentación de su decisión en

una línea argumental no coincidente con ninguna de las dos partes, aun recogiendo aportes de las dos.

Su tarea consiste en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del Mercosur (Protocolo Ouro Preto, art. 41) interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados Partes asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador común.

La cuestión planteada referida a la compatibilidad o no con el sistema de TA -si hay incumplimiento o no de la normativa Mercosur-, implica necesariamente el realizar una amplia labor interpretativa para identificar los derechos y obligaciones emergentes de un conjunto normativo de formación sucesiva, por acumulación de disposiciones tomadas en el curso de un complejo proceso de decisiones políticas y jurídicas, insertas en una realidad económica cambiante.

Se trata de lo que Panayotis Soldatos llama un *continuum integratif*, en el cual los diversos elementos cobran significado en una visión de conjunto, de una realidad ordenada en función de un proceso de integración ⁵, en el mismo sentido, cabe señalar que los tratados y, en especial, los relativos a sistemas de integración establecen, como lo dice Antonio Remiro Brotons: “*un régimen que resulta del conjunto de sus disposiciones, forma un todo del que no podrían dissociarse las distintas cláusulas para ser consideradas por separado*” ⁶.

En ese contexto, el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables. En tal sentido, el sistema de solución de controversias previsto en el Protocolo de Brasilia anticipa que las controversias requieren una labor interpretativa en los diversos niveles de solución establecidos.

⁵ Párrafo 50 del Laudo.

⁶ *Ibidem*.

Objeto

El Tribunal observa que la cuestión material de la controversia es una discusión acerca de la congruencia jurídica -compatibilidad- entre un determinado régimen de licencias para las importaciones y el sistema normativo del TA.

El Tribunal va a considerar en su decisión todos los instrumentos administrativos relacionados con el régimen de importaciones.

El Tribunal deberá decidir sobre la compatibilidad del régimen de licenciamiento con el conjunto normativo del Mercosur.

Marco conceptual internacional

Se considera al principio de cumplimiento de los tratados *pacta sunt servanda* “norma fundamental”, originaria del derecho romano, aceptada por clásicos como Anzilotti, Kelsen y Verdross y recogida, por primera vez, en un texto positivo de derecho internacional en el art. 26 de la Convención de Viena y, al de *buena fe*, como principio unido al de *pacta sunt servanda* en el artículo citado y ratificado por abundante y pacífica jurisprudencia de los tribunales internacionales⁷, incluyendo en el concepto de buena fe no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos, cosas que no están evidentemente en juego en la especie, sino la idoneidad de la actividad de las partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas.

El método teleológico, como enseña Quadros, procura garantizar que las normas sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración. En el mismo sentido, Lecourt anota que en estos instrumentos internacionales existe la “*vocación común de extraer la plenitud de los efectos buscados*” y derivar de los textos⁸.

⁷ Párrafo 56 del Laudo.

⁸ Párrafo 57 del Laudo.

La labor interpretativa, en todo caso, parte del texto de los instrumentos internacionales en su sentido ordinario, del contexto de esos instrumentos y del conjunto normativo que forman pero teniendo en cuenta su objeto y fin, en esta perspectiva la interpretación teleológica como indica Remiro Brotóns, se halla controlada por su combinación operativa con los otros métodos y en sí misma al asociar las nociones de objeto y de fin que equilibran sus contenidos reales e ideales ⁹.

La consideración del objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración dentro de los parámetros fijados es además un factor de seguridad jurídica, en especial, con respecto a la libre circulación de bienes, elemento fundamental en la construcción del proyecto integracionista.

Quadros señala que acorde a la interpretación teleológica la jurisprudencia comunitaria aplica el concepto de efecto útil o de eficacia mínima de las normas, señalando Remiro Brotóns que de acuerdo con los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional el efecto útil significa *“escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquella que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin”* ¹⁰.

El Tribunal considera que en el contexto de los procesos de integración y de las respectivas normativas que los rige, son incompatibles las medidas unilaterales de los Estados Partes en las materias en que la normativa requiere procedimientos multilaterales.

Tratado de Asunción y su sistema normativo

El Tribunal toma los conceptos de Abreu señalando: el T.A. va más allá de un tratado marco, constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un “derecho directivo” con bases jurídicas generales y un “derecho operativo” constituido por compromisos concretos.

⁹ Párrafo 59 del Laudo.

¹⁰ Párrafo 61 del Laudo.

Hay, por lo tanto, normas que fijan objetivos y principios que con vocación de permanencia encuadran y guían la actividad de las partes hacia y en el Mercosur. Hay otras disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados, éstas, principalmente contenidas en los Anexos, juegan el papel de instrumentos dinamizadores del proyecto integracionista, el impulso operativo que sin necesidad de ningún acto adicional de las partes da de entrada un gran salto adelante. El sistema del Tratado de Asunción ha sido ratificado, desarrollado y perfeccionado en el Protocolo de Ouro Preto.

Destaca el papel central que tiene el programa de liberación, mediante el desmantelamiento de las Restricciones Arancelarias y No Arancelarias y fijando una fecha final común para completarlo totalmente, fuera de la voluntad de los propios Estados, lo que asegura un rápido avance de la liberación comercial que siempre ha sido el principal escollo de los intentos anteriores de integración latinoamericana.

Acorde a ello los cinco Anexos al TA contienen obligaciones concretas y autoejecutables. Siguiendo esta línea, se subraya el papel rector en el proceso de integración del efectivo desmantelamiento de las restricciones arancelarias y no arancelarias, a cuyo ritmo se ha de acompañar el avance en las demás áreas del proceso de integración.

Tanto para las restricciones arancelarias (RA) como las restricciones no arancelarias (RNA) debe cumplirse su desmantelamiento en una fecha determinada. Por lo que las partes deben eliminar las RNA y hacerlo efectivo en fecha indicada, simultáneamente con la caída de los aranceles a cero, señalando que la obligación en este sentido es concreta y no una mera indicación programática o declarativa.

Señala la sincronía inseparable entre la eliminación de aranceles y de RNA fijando para ambas idéntica fecha de finalización e igual profundidad en su alcance al abarcar en los dos casos la totalidad del universo arancelario, por lo que difiriendo el procedimiento, igualmente ambas al final de ello, obligatoriamente, deben estar eliminadas.

La postergación del Mercado Común no determina la extinción de las obligaciones, sólo posterga su exigibilidad para una nueva fecha conformada, la conformación de una unión aduanera es la segunda etapa de

liberalización que se suma a aquélla de la zona de libre comercio ¹¹ no existiendo ninguna norma que haya derogado la obligación de proceder al desmantelamiento no arancelario.

El sistema del TA cuyos cambios están previstos en el mismo tratado a nivel de sus instituciones, conforma en definitiva un único conjunto normativo e institucional. El Protocolo de Ouro Preto en su art. 41 determina como fuentes jurídicas del Mercosur al Tratado de Asunción, sus protocolos, instrumentos adicionales o complementarios, así como los acuerdos celebrados en el marco de esas normas, también está determinado que Ouro Preto es parte integrante del Tratado de Asunción, y las instituciones que en él se definen son las mismas del Tratado de Asunción fortalecidas y desarrolladas.

Si bien el objetivo cercano es la Unión Aduanera, permitirá sentar las bases de la conformación del mercado común.

Al haberse postergado el proceso de integración por común acuerdo de los Estados Partes las obligaciones no son exigibles en las fechas previamente determinadas, pero han reafirmado su compromiso de llevar adelante el programa de liberación manteniendo dentro del proceso del Mercosur el papel central de la liberación comercial como piedra angular de la estrategia de integración.

De no coincidir la eliminación de ambas RA y RNA, se llegaría al desmantelamiento arancelario total mientras el manejo de las RNA quedaría al arbitrio unilateral de las Partes que podrían mantener indefinidamente las RNA e incluso aumentarlas por lo que el fundamento mismo del Mercosur estaría en crisis, se privaría de la efectividad del programa de liberación como también lo que Lecourt llama "*la plenitud del efecto útil*" de las disposiciones y del régimen que determinan.

En consecuencia, el desmantelamiento NA debe ocurrir necesariamente en paralelo con el Arancelario y concluir con éste, porque faltando uno, será inútil el otro.

La armonización de medidas que los Estados pueden adoptar y aplicar para proteger determinados valores de naturaleza no comercial como

¹¹ "Consolidación de la Unión Aduanera y Tránsito del Mercado Común", Acta CMC 02/93, Colonia del Sacramento, enero 1994, Dec. N° 13/93, 3/94, 5/94 y 24/94.

moralidad pública, seguridad, patrimonio artístico o materiales nucleares debe continuarse como lo indican las Decisiones CMC 3/94 y 17/97, debiendo ser eliminadas todas las demás medidas no arancelarias aplicadas al comercio intra Mercosur.

VI. Conclusiones

El Tribunal concluye:

(i) La controversia planteada ha de situarse en el conjunto normativo del Mercosur, interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados asumieron en el contexto de un proyecto integrador común.

(ii) La cuestión objeto de la controversia es la compatibilidad del régimen de licencias con el conjunto normativo del Mercosur.

(iii) Los instrumentos internacionales que configuran procesos de integración y las obligaciones que resultan de ellos han de ser interpretados en forma teleológica, teniendo en cuenta los fines, objetivos y principios del sistema de integración, aun en ausencia de normas de carácter supranacional.

(iv) El TA y su sistema normativo contienen disposiciones que fijan objetivos y principios, que crean órganos para desarrollar la integración y que establecen obligaciones concretas para los Estados. Entre estas últimas se halla el programa de liberación comercial que debe ser completado tanto en lo arancelario como en lo no arancelario.

(v) El programa de liberación comercial tiene un papel central en el TA y su sistema normativo al atacar el principal escollo tradicional para los esfuerzos de integración y al ser así sustento de las demás acciones en el Mercosur.

(vi) El programa de liberación comercial está formado tanto por el abatimiento de aranceles hasta llegar a cero en todo el universo arancelario como por la eliminación de todas las RNA y equivalentes. Las Partes están obligadas a completar ambos aspectos de la liberación comercial que están indisolublemente unidos y deberán hacerlo a la misma fecha.

(vii) La postergación de la fecha de conformación del Mercado Común no deroga la obligación acordada en común por las Partes de elimi-

nar totalmente las RA y NA aunque obviamente deja de ser exigible al 31-12-94. Luego de la revaluación del Mercosur realizada por las Partes, la eliminación total de todas las RA y NA o medidas de efectos equivalentes u otras restricciones al comercio entre los Estados Partes deberá ocurrir a más tardar el 31-12-99, fecha en la cual se completa el Régimen de Adecuación y con él el fin de las RA.

(viii) La obligación de eliminar las medidas NA no alcanza a aquellas comprendidas en el art. 50 del TM 80, siempre que estén efectivamente destinadas a los fines allí indicados y no configuren obstáculos comerciales, según lo señalado en el párrafo 81. Las medidas bajo el art. 50 deberán ser armonizadas.

(ix) La obligación de eliminar las RNA alcanza tanto a las existentes al tiempo del TA como a las posteriores, ya sean éstas nuevas o anteriores restablecidas.

(x) La aplicación de las conclusiones precedentes al régimen de licencias determina a su vez lo siguiente:

- Las licencias automáticas son compatibles con el sistema normativo del Mercosur en tanto no contenga condiciones o procedimientos y se limiten a un registro operado sin demora durante el trámite aduanero.

- Las licencias no automáticas solamente son compatibles con el sistema normativo del Mercosur en tanto correspondan a medidas adoptadas bajo las condiciones y con los fines establecidos en el art. 50 del TM 80 y con las precisiones establecidas en el número (viii) de estas conclusiones.

Decisión

Por todo lo expuesto y de acuerdo con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y las normas y principios jurídicos aplicables, así como las Reglas de Procedimiento del Tribunal, este Tribunal Arbitral Ad Hoc, en la “Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco”, acogiendo parcialmente la reclamación. Decide por unanimidad lo siguiente:

“I. El régimen de licenciamiento objeto de la controversia deberá ajustarse a los criterios establecidos en el numeral 85 precedente (conclusiones) y en particular a sus párrafos (vi), (vii), (viii), (ix) y (x). El plazo al efecto será hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) (...) Dr. Juan Carlos Blanco. Arbitro Presidente”.

Consideraciones

El resultado es sumamente positivo para el Mercosur, si bien Brasil no reconoce la supranacionalidad de sus normas, está obligado, teniendo en cuenta los fines y objetivos del sistema normativo de la integración, a cumplir con la obligación respecto del programa de liberación tanto en lo arancelario como en lo no arancelario.

El desmantelamiento de las RNA es un compromiso firme de los Estados Partes y es de la esencia de la liberación comercial acordada. Sólo las medidas señaladas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 pueden mantenerse más allá de la fecha en que se completa la liberación comercial en tanto sean compatibles con el sistema normativo del Mercosur y estén efectivamente destinadas a proteger esos bienes sin incidir en el comercio.

La obligación de eliminar las RNA alcanza tanto a las existentes al tiempo del Tratado de Asunción como a las posteriores, ya sean éstas nuevas o anteriores restablecidas.

Aspectos relevantes en el laudo arbitral

Este primer Laudo Arbitral, al igual que los sucesivos, ha abordado temas significativos relacionados con el desarrollo comercial intra y extrazona, dentro del estado actual del proceso de integración.

Es intención del presente comentario resaltar los aspectos considerados relevantes y de mayor trascendencia que han sido base para la jurisprudencia así creada y tenida en cuenta por los distintos Tribunales Ad Hoc que han actuado posteriormente.

En primer lugar y a efectos de seguir una cronología con las distintas instancias del laudo se destaca la convicción del Tribunal de “*situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva normativa del Mercosur (POP, art. 41) interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos que los Estados Partes, asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas (...)*”.

Con ello, el Tribunal reconoce al Mercosur como un sistema jurídico propio en base al cual “*va a realizar una amplia labor interpretativa para identificar los derechos y obligaciones emergentes de un conjunto normativo (...)*”, haciendo referencia al derecho comunitario europeo, para la aplicación de fuentes comparadas.

Dentro del marco conceptual internacional, el Tribunal considera principios básicos del derecho internacional público afirmando el de cumplimiento de los tratados: *pacta sunt servanda*, norma fundamental, como así también el de buena fe, “*citados y ratificados por abundante y pacífica jurisprudencia de los tribunales internacionales*”.

El Tribunal avanza en el concepto de buena fe incluyendo en él: “*(...) idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas*”.

Destaca la necesidad de recurrir al enfoque teleológico por tratarse de instrumentos que establecen procesos de integración, por ser un proceso dinámico en un contexto de cambio, por ser un conjunto normativo e institucional de formación sucesiva.

Señala que es un “factor de seguridad jurídica” considerar el objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración, dentro de los parámetros fijados.

En esta instancia el Tribunal refuerza su postura al reconocer que del Tratado de Asunción surge un nuevo ordenamiento jurídico que regula el proceso de integración, pronunciándose a favor de la conformación de un sistema jurídico, proceso que se va desarrollando.

El Tribunal reafirma los clásicos principios de interpretación adecuándolos a la normativa comunitaria, aplicando el concepto de “efecto útil” o “eficacia mínima de las normas”.

El método teleológico procura garantizar “*que las normas sean eficaces en relación con su fin último*”.

El Tribunal ha tomado en cuenta elaboraciones de derecho comunitario europeo, señalando que estos criterios se aplican tanto a procesos

que concretamente poseen elementos de supranacionalidad “*como a aquellas formas en que los parámetros son todavía tenues*”.

Al valorar el T.A. y su sistema normativo el Tribunal ha señalado que el T.A. “*va más allá de un tratado marco, constituyendo un esquema normativo que fluctúa entre un derecho directivo con bases jurídicas generales y un derecho operativo constituido por compromisos concreto*” y destaca que hay disposiciones que son por sí mismas “ejecutables”, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados, lo que hace innecesario un acto posterior del Estado para dotarlas de fuerza ejecutiva. Ello se manifiesta en los cinco Anexos que contienen “obligaciones concretas y autoejecutables”.

El principio de “seguridad jurídica”, señalado anteriormente, también se manifiesta en la incompatibilidad señalada por el laudo, que un Estado Parte adopte “*medidas unilaterales en las materias en las que la normativa requiere procedimientos multilaterales*”, disposición adoptada en concordancia por los distintos tribunales comunitarios.

Del análisis someramente efectuado se deduce que este primer Laudo reafirma la Declaración de Principios de Derecho Internacional Público y Comunitario, presentes a lo largo de sus considerandos.

También se deduce de la lectura del laudo que la inexistencia de supranacionalidad del Mercosur y el hecho de que sus normas carezcan de efecto directo, no es impedimento para atribuirles primacía en relación a los derechos internos de los Estados Partes; no obstante subyace en él la elaboración del principio de primacía del derecho del Mercosur, que se visualiza en todo su contenido.

Ha sido un laudo adoptado por unanimidad, que ha servido de guía de actuación de los gobiernos y particulares en el futuro y ha comenzado a dotar de seguridad jurídica a la construcción del Mercosur ¹².

¹² *Bibliografía*: ANDRADA, Pablo, *Sistemas de Solución de Controversias en el Mercosur*, 2000; DALLA VÍA, Alberto Ricardo, *Los tratados de integración y el Mercosur*, ps. 264 a 270; FERNÁNDEZ REYES, Jorge E., “Laudo sobre régimen de origen”, 2002; PEROTTI, Alejandro Daniel, “Breves apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur”, *Revista de Derecho del Mercosur*, N° 3, junio de 2000; Seminario “Las normas de Derecho Originario y Derivado del Mercosur. Su incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes”, Montevideo, 26 y 27 de setiembre de 2002.

LAUDO II

LAUDO DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIASOBRE SUBSIDIOS A LA PRODUCCIÓN Y EXPORTACIÓN DE CARNE DE CERDO

27 de septiembre de 1999

Árbitros: Jorge Peirano Basso (Presidente), Atilio Aníbal Alterini y Luiz Olavo Baptista ¹

República Argentina (Parte Reclamante) - República Federativa de Brasil (Parte Reclamada)

*Marta Susana Sartori **

Sumario: I. Introducción. II. Reclamación argentina. III. Respuesta de Brasil. IV. Objeto de la litis. V. Marco jurídico aplicable. VI. Decisión.

I. Introducción

Luego de haberse cubierto las etapas previstas en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el Mercosur iniciadas en agosto de 1997 por la Sección Nacional de la República Argentina presentando la reclamación al Brasil en la XXII Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur, agotado el plazo sin la solución esperada ni en la

* Abogada. Magister en Derecho Internacional Público. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹

primera ni en la segunda etapa después de elevar su reclamación a la Comisión de Comercio del Mercosur en la XXV reunión, Argentina solicitó el arbitraje, por lo que se constituyó el Tribunal Arbitral, de acuerdo a lo arts. 7º numerales 1 y 10 del Protocolo de Brasilia.

Las reglas de procedimiento fueron dictadas de acuerdo al art. 15 del Protocolo de Brasilia, orientadas a que el proceso se realice de forma expeditiva y económica, y se fijó el 27 de septiembre para la culminación del proceso arbitral, el cual por pedido de las partes fue prorrogado en dos oportunidades. Cabe señalar que después de la audiencia que tuvo lugar el 7 de septiembre, a partir de la cual se cerró la fase probatoria, Argentina presentó un escrito ampliatorio que por decisión de los árbitros no fue tomado en consideración.

II. Reclamación argentina

Para Argentina, Brasil tiene normas que caracterizan subsidios a la exportación de carne de cerdo por lo que le solicita que corrija esa normativa, al considerar que afecta la competitividad de los productos argentinos y por entender que sería violatoria de los compromisos asumidos por las Partes en el Tratado de Asunción, principalmente el de la obligación de garantizar las condiciones equitativas de competitividad para los agentes económicos de la región.

Argentina señala las medidas que a su entender constituirían subsidios:

- Stocks públicos de maíz (CONAB)
- PROEX con sus dos modalidades:
 - a) Anticipos de Contrato de Cambio (ACC) y
 - b) Anticipos de Contratos de Exportación (ACE)

El nuevo reclamo que no fue aceptado estaba referido al Crédito Presunto del Impuesto a los Productos Industrializados.

En primer lugar, como argumentación relacionada con la CONAB, Argentina cuestionó el sistema brasileño de stocks públicos de maíz para la compra, almacenamiento y venta del producto y la forma de su administración, que permitiría la transferencia de recursos a los productores brasileños de cerdos. Esa transferencia se produciría estabilizando los precios de

maíz en los períodos entre zafra y en los ciclos de precios altos en el mercado internacional, neutralizando los efectos del aumento cuando ello ocurriera en el mercado internacional, a nivel del mercado interno brasileño en beneficio de productores locales de cerdos, permitiéndoles adquirir el cereal a precios inferiores a los vigentes en el mercado internacional.

Para Argentina, éste es un incentivo sectorial que permite la venta de estas mercaderías a precio inferior al que hubieran tenido de no haber intervenido la CONAB, por lo que concluye que la carne de cerdo exportada de Brasil para el Mercosur incorpora un subsidio, perjudicando la producción argentina por las importaciones de productos subvencionados. Ello constituiría una violación por parte de Brasil de la Dec. 10/94 que prohíbe ciertos tipos de incentivos a la producción y a la exportación.

La segunda reclamación está referida al Programa de Financiamiento de las Exportaciones: PROEX que implica asistencia financiera de las exportaciones de bienes y servicios a través de dos modalidades: mediante equivalencia de tasas de interés y por el financiamiento de exportaciones de bienes y servicios, que según Argentina también constituye un incentivo brasileño a la exportación, de acuerdo a la Decisión ya citada.

A ello se agrega el uso de otros instrumentos financieros usados como el Adelanto de Contrato de Cambio (ACC) y el Anticipo de Contrato de Exportación (ACE), pactados entre empresas exportadoras y bancos comerciales del Brasil, que según Argentina la Decisión CMC 10/94 no habilita a los Estados Partes a implementar mecanismos de promoción de exportaciones de naturaleza financiera para bienes de consumo.

Estos incentivos serían: Arbitraje de tasas de interés, exoneración del Impuesto sobre las Operaciones Financieras, exoneración de impuesto sobre las operaciones financieras (IOF), exoneración del encaje. Y con relación al Crédito Presunto de IPI por el cual el gobierno brasileño devuelve al productor exportador el valor de las contribuciones PIS y COFINS de las compras de materias primas y productos intermedios de los bienes destinados a la exportación, Argentina señala que la devolución es superior al pago de PIS y COFINS en los casos de productos e insumos que no requieren varias etapas de elaboración como la carne de cerdo. Esto representa para la empresa productora o exportadora el otorgamiento de un crédito fiscal que excede el débito efectivamente incurrido en las contribuciones sociales y que permite ofrecer un precio menor, transformándose en una ventaja competitiva para los productores brasileños de

carne de cerdo, contribuciones sociales que no pueden ser restituidas conforme las normas vigentes de OMC y que tampoco se incluyen entre las excepciones previstas en el decreto CMC 10/14.

III. Respuesta de Brasil

La respuesta de Brasil, quien niega la admisibilidad de las reclamaciones argentinas, contesta la argumentación de la reclamante en cuatro aspectos:

1. Sistemas de stocks públicos de maíz

Al respecto señala que la citada decisión se refiere a incentivos a las exportaciones y no a la producción, que de haber incentivo sería a la producción de maíz, pues las compras gubernamentales sostienen los precios de maíz y no tienen como objeto beneficiar a los productores de cerdos en la adquisición de este insumo, no existiendo hasta la fecha norma alguna del Mercosur que prohíba el sistema de stocks públicos de maíz. Brasil afirma que no se configura el subsidio porque los precios de maíz en el mercado brasileño acompañan la tendencia de los precios existentes en los mercados externos de referencia.

De acuerdo a las reglas de la OMC la práctica de sostén de precios al producto agrícola es lícita de acuerdo a dichas reglas, mientras que la Dec. 10/14 es un compromiso meramente programático sin plazo de cumplimiento predeterminado.

Con relación al PROEX tampoco procede la reclamación porque el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio mediante la Portaria N° 93 del 23/3/99 estableció la imposibilidad de utilizar el PROEX en sus dos modalidades para las exportaciones de bienes de consumo destinados al Mercosur.

Respecto a otros instrumentos financieros como el ACC y ACE Brasil sostiene que no suponen contribuciones financieras por parte del gobierno, no existiendo concesión de ningún beneficio, siendo además una anticipación de precio de compra de moneda extranjera por los bancos, negando

asimismo que haya algún mecanismo formal como el arbitraje de tasas de interés creado o administrado por el gobierno. Con relación a la exención de IOF, sostiene Brasil que la alícuota de este impuesto es cero debido a que para la legislación brasileña no constituye financiamiento, considerando además que no procede la argumentación de la reclamante sobre el privilegio de la exención del encaje obligatorio como que tampoco no hay subsidio ni violación de la Decisión CMC 10/94 porque las contribuciones PIS y COFINS configuran tributación indirecta y por tanto su restitución es permitida tanto por la citada Decisión como por las reglas de OMC.

En consecuencia, dado que la Comisión de Comercio de Mercosur llegó a una solución consensuada como tampoco los miembros del Comité Técnico convocado posteriormente llegaron a una solución común, se inició la etapa arbitral.

El Tribunal analiza aspectos de procedimiento: su constitución de conformidad con el Protocolo de Brasilia y su Reglamento y con el Protocolo de Ouro Preto y la sustanciación en etapas previas requeridas por este Protocolo ².

Al procedimiento arbitral lo inició Argentina por Reclamación de Asociación Argentina de Productores Porcinos, Sociedad Rural Argentina, Cámara de Exportadores y Confederaciones Rurales Argentinas ante la Sección Nacional de Grupo Mercado Común de la República Argentina, conforme lo dispone el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, que permite el tratamiento de controversias como en este caso planteadas por reclamo de particulares ³.

² Etapas previas ante la Comisión de Comercio del Mercosur: reuniones agosto de 1997, diciembre de 1997 y marzo de 1998; reunión bilateral de Estados de octubre de 1997, Comité Técnico: marzo de 1998 y Grupo Mercado Común: XXIX reunión.

³ Numeral 1 art. 26 PB: “Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios”. Numeral 2: “Los particulares deberán aportar elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio”. Art. 25 PB: “El procedimiento previsto a impulso de los particulares tiene lugar únicamente con motivo de la sanción o aplicación por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común o de las Resoluciones del Grupo Mercado Común”.

El arbitraje es la única etapa que detenta el ejercicio de la función jurisprudencial que le es propia, luego de cumplidas las dos anteriores previstas por el procedimiento.

IV. Objeto de la *litis*

La *litis* se divide en tres materias básicas:

a) La aplicación del sistema de stocks públicos de maíz establecido por la ley 8171 del 17 de enero de 1991, y por la Portaria Interministerial 182 del 22 de agosto de 1994, del gobierno de Brasil, que podría implicar la concesión de subsidios incompatibles con las normas del Mercosur.

b) El programa de Financiamiento de Exportaciones (PROEX) sancionado por el gobierno brasileño mediante la ley 9198 del 1 de junio de 1991, tanto en sus modalidades de financiamiento de exportaciones de bienes y servicios como de equalización de tasas de interés.

c) La utilización de los mecanismos de Anticipo de Contrato de Cambio (ACC) y Anticipo de Contrato de Entrega (ACE) por parte de los exportadores brasileños en relación a si las exoneraciones y reducciones tributarias y la exoneración del encaje obligatorio a los mecanismos de ACC y ACE constituyen subsidios a la exportación prohibidos por la normativa Mercosur ⁴.

El tribunal entiende que el reclamo vinculado al Crédito Presunto del Impuesto a los Productos Industrializados (IPI) está fuera del objeto del proceso por no haberse presentado formalmente en la reclamación inicial de la Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur.

V. Marco jurídico aplicable

Reitera las fuentes normativas consagradas por el Protocolo de Brasilia en su art. 19, que comprende el Tratado de Asunción, los acuerdos

⁴ La reclamación original de Argentina no especificaba en qué consistían los subsidios a la financiación de exportaciones por parte del gobierno de Brasil, sólo señaló el

celebrados en el marco del mismo, Decisiones del Consejo de Mercado Común, Resoluciones del Grupo Mercado Común y principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia ⁵.

Reconoce en un ámbito mayor la aplicabilidad de las reglas de la Organización Mundial del Comercio, con la regulación del Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC) referidas a las restricciones al otorgamiento de subsidios a la exportación, mientras que en el ámbito del Mercosur adquiere relevancia analizar la Decisión 10/94 del Consejo Mercado Común por emanar de un órgano con supremacía institucional y jerárquica que contiene disposiciones sobre restricciones a los incentivos a las exportaciones.

Seguidamente, el Tribunal analiza el concepto de “subsidio” en base a los requisitos determinados en el ámbito de la OMC, que son: existencia de contribución financiera del gobierno; existencia del beneficio y que el subsidio sea específico ⁶.

En cuanto a la Decisión 10/94, ésta es más estricta que la normativa OMC, siendo su propósito la liberalización progresiva del comercio y eliminación de los obstáculos que pesan sobre el libre comercio entre Estados Partes del Mercosur ⁷.

efecto económico que dichos mecanismos generaban en las tasas de interés y en la posibilidad de arbitraje financiero, haciéndolo posteriormente ante el Tribunal, sosteniendo que éstos consistían en exoneraciones y reducciones tributarias y exoneración de encajes.

⁵ El Protocolo de Ouro Preto agregó como fuente normativa del Mercosur las Directivas de la Comisión de Comercio de Mercosur.

⁶ En el ámbito de la OMC se han establecido tres categorías de subsidios: rojos o prohibidos, amarillos o recurribles y verdes no recurribles, habiéndose previsto para cada categoría distintos tipos de recursos.

⁷ La Dec. 10/94 contiene previsiones expresas sobre determinados incentivos a la exportación (beneficios cambiarios, créditos de fomento y financiamiento a las exportaciones por parte de los Estados Miembros, reintegro de impuestos indirectos, exención del pago de tributos internos indirectos, régimen de admisión temporaria, depósito aduanero, depósito industrial y excepciones).

El Tribunal procede a considerar los puntos objeto de la controversia determinando en relación al Sistema de Regulación de Stocks de Maíz (CONAB) que ha sido instituido con carácter general para constituir y mantener stocks reguladores y estratégicos de diversos productos agrícolas entre los que se encuentra el maíz con el objetivo de garantizar la compra del productor, asegurar el abastecimiento y regular la estabilización del precio en el mercado interno, determinándose que este beneficio no tiene carácter de especificidad, considerando además que el sistema de la CONAB tampoco configura un incumplimiento del art. 11 de la Dec. 10/94 ⁸.

Con relación al PROEX, que fue posteriormente derogado por la Medida Provisoria 1771-25 del 8 de abril de 1999, a entender del Tribunal corresponde resolver este segundo punto de la controversia declarando que Brasil entiende cumplida la pretensión de Argentina al haberlo prohibido en cualquiera de sus modalidades para bienes de consumo en el Mercosur incluyendo las exportaciones de carne porcinas.

Respecto de los Anticipos de Contrato de Cambio (ACC) y Anticipo de Contrato de Exportación (ACE) creados por el Brasil, Argentina afirma que se benefician de reducciones o exenciones tributarias y de otro orden que resulten contrarias a la Decisión 10/94, mientras que Brasil argumenta que constituyen anticipos de entrega de valor en moneda nacional, prevista en el contrato de compra o venta de cambio, tratándose en consecuencia de la contrapartida anticipada de la obligación recíproca del exportador de entregar al banco moneda extranjera futura.

El Tribunal considera pertinente y necesario determinar si los incentivos a la financiación a las exportaciones brasileñas de carne de cerdo mediante los instrumentos de ACC y ACE beneficiados con la utilización de exoneraciones o reducciones tributarias y de política monetaria han tenido efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal en vio-

⁸ Art. 11 de la Dec. 10/94: “Los Estados Partes instrumentarán las medidas que resulten necesarias para evitar que otros incentivos sectoriales, regionales o tributarios, que el marco normativo interno reconoce a favor de la actividad productiva/exportadora, se apliquen al comercio intra-regional”, *norma no directamente aplicable ni directamente invocable como generadora de derechos u obligaciones concretas.*

lación a la normativa que regula el Mercosur y si además generan perjuicio o la amenaza de un perjuicio a los particulares o sectores de actividad de los particulares que iniciaron la Reclamación ⁹.

No resultando suficientemente probados los perjuicios a los particulares ¹⁰ el Tribunal desestimará el reclamo presentado por la Argentina con relación a los incentivos de financiación mediante los mecanismos de ACC y ACE.

VI. Decisión

El Tribunal resuelve:

- Por mayoría, no hacer lugar al reclamo presentado por la República Argentina relativo a la aplicación del Sistema de la CONAB por el Brasil,
- Por unanimidad, declarar procedente la reclamación de Argentina en relación a la utilización del PROEX y declarar que, a partir del marzo de 1999, solamente podrán ser objeto de financiamiento PROEX las exportaciones con destino Mercosur que involucren bienes de capital a largo plazo que observen condiciones de plazo y tasas de interés compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes,
- Por unanimidad, no hacer lugar al reclamo presentado por Argentina con relación a los mecanismos ACC y ACE aplicados por la República Federativa del Brasil.

Aspectos relevantes en el Laudo Arbitral

A diferencia del primer laudo, a este segundo se llega por instancia del sector privado, que se encuadra en las disposiciones de los capítulos IV y

⁹ Arts. 25 y 26 del Protocolo de Brasilia.

¹⁰ El parágrafo 94 señala que los “aspectos vinculados a la Reclamación de los particulares ha de ser objeto de prueba por el Estado Parte que presentó la reclamación”,

V del Protocolo de Brasilia, que considera también las controversias planteadas como consecuencia de reclamos de particulares. En esta oportunidad, la reclamación fue efectuada por la Asociación Argentina de Productores Porcinos, Sociedad Rural Argentina, la Cámara de Exportadores de la República Argentina y Confederaciones Rurales Argentinas ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común de la República Argentina. Ello refleja el estreno y la puesta en marcha de forma inmediata de los mecanismos así creados en esta nueva instancia de solución de controversias, por acción de los particulares. El Protocolo de Brasilia permite al particular reclamar cuando una normativa del ordenamiento Mercosur ha sido contrariada afectándolo en su derecho, dado que “el particular es parte del Mercosur y por lo mismo de su derecho resultante”, lo que a su vez habilitaría para reconocer al derecho del Mercosur “efecto directo” en el sentido de que su normativa sea susceptible de originar derechos y obligaciones tanto para los Estados Miembros como para los particulares, que se verían beneficiados y amparados por dichas normas ¹¹.

En la oportunidad, el presente laudo hace expresa mención de que “*en los procedimientos promovidos a impulso de particulares éstos deben aportar a la Sección Nacional correspondiente elementos de juicio que le permitan comprobar la verosimilitud de la violación del orden jurídico aplicable, así como la existencia o amenaza de perjuicio*”, conforme el art. 26 PB numerales 1 y 2. De ello se desprende que la Sección Nacional valora el *fumus bonis juris* del derecho procesal, en el sentido que determina los elementos en que se apoya la verosimilitud del derecho que pueda asistir al particular concretamente en el caso planteado y su perjuicio. Cabe señalar que para el Tribunal no existieron elementos de convicción suficientes que prueben que los referidos instrumentos de financiación a las exportaciones con los beneficios tributarios, generaran perjuicio o amenaza de perjuicio a los sectores productores de carne de cerdo de la Argentina; que tampoco se probó que los

lo que significa que los particulares aporten a la sección nacional inicialmente los elementos en los cuales apoyan su pretensión, debiendo los Estados Partes *a posteriori* probar el objeto de sus reclamos, independientemente de si han sido originados por particulares conforme al mecanismo previsto.

¹¹ PEROTTI, Alejandro Daniel, Revista de Derecho del Mercosur, p. 143.

exportadores brasileños utilicen el referido mecanismo con la finalidad principal de realizar un arbitraje financiero a efectos de usufructuar del diferencial de tasas existentes entre las tasas que se obtienen a través del ACC y el ACE y las tasas del mercado interno, aclarando que si se probara dicha circunstancia demostrándose la afectación que dicho mecanismo tiene o podría llegar a tener en el precio de exportación, se comprobaría la existencia del perjuicio. Finalmente, el Tribunal Ad Hoc desestimó el reclamo por entender que no estaban suficientemente probados los perjuicios a los particulares que dieron origen a la reclamación ¹². El Tribunal también señaló “que en el proceso arbitral rigen las reglas y principios generales en materia jurisdiccional, por lo cual deberán probarse las afirmaciones que las partes realizan, y que al igual que en los derechos procesales internos, exige que la prueba deba ser rendida en el proceso principal, considerándola y valorándola de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. Destacamos en consecuencia de este laudo, la valoración y aporte fundamental de las pruebas ofrecidas por las partes.

El Tribunal hace una detallada referencia de las fases en que se desenvuelve el procedimiento de solución de controversias, por lo que de no haber acuerdo en la etapa de negociación diplomática, se llega a la que es arbitral, interpretando así el principio de la preclusión en el sentido de que se debe cumplir acabadamente la primera para dar paso a la otra etapa, señalando además que solamente la etapa arbitral es de naturaleza jurisdiccional, el ejercicio de la función jurisdiccional es propio y específico tan sólo de esta etapa.

En cuanto al objeto de la *litis*, el Tribunal valora la etapa de negociaciones diplomáticas en la que el objeto de la controversia ha quedado fijado no pudiendo ser modificado posteriormente por las partes por cuanto ello implicaría la posibilidad de obviar la fase diplomática a la que se le restaría seguridad y orden para solucionar el conflicto, para optar directamente por la arbitral lo cual es totalmente contrario al espíritu del procedimiento de solución de controversias del Mercosur.

Para expresar lo señalado en el último párrafo, el Tribunal se ha basado en lo manifestado en el primer laudo, lo que reafirma el carácter

¹² Parágrafo 96 del Laudo bajo análisis.

de precedente que han ido adquiriendo estos laudos arbitrales y su fuerza para sentar jurisprudencia para los posteriores.

En el mismo sentido, podemos señalar que en lo referente a subsidios y en atención a los considerandos del primer laudo con relación a las Restricciones No Arancelarias, si bien en el presente el Tribunal no los menciona como tal, sabemos de su naturaleza y asimilación, por cuanto “los subsidios si bien no constituyen en sí RNA directas, se agregan con sus efectos, afectando el libre comercio de modo equivalente. El art. 21 del Protocolo de Ouro Preto atribuye a la CCM la consideración de las reclamaciones presentadas por las secciones nacionales, originadas por los Estados Partes o demandas particulares, relacionadas con determinadas situaciones dentro de su competencia, es decir, controversias en materia de RNA”¹³. Este segundo laudo, ha dejado constancia que las ayudas del Estado brasileño a sus productores no representan subsidios en el sentido jurídico acordado en la OMC.

Al relacionar el marco jurídico aplicable, el Tribunal debió partir del Tratado de Asunción tal como hizo en el primer laudo, para resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del Mercosur y poder consagrar y reafirmar el Ordenamiento Jurídico propio.

El Tribunal se apoya nuevamente en el primer laudo señalando que el mismo destaca el enfoque teleológico o método de interpretación teleológica que es un elemento de la función interpretativa para desentrañar la finalidad que la normativa persigue.

Es importante señalar que el Tribunal hace expresa mención de las normas y principios del derecho internacional, consagrados como fuente normativa del Mercosur, los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia, “dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional”¹⁴.

¹³ DRNAS DE CLEMENT, Zlata, *Comercio y ambiente*, trabajo publicado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, agosto 2004, p. 9 y ss..

¹⁴ Parágrafo 40 del Laudo bajo análisis.

Finalmente, señalamos que Argentina interpuso un recurso de aclaratoria en el que se hizo referencia a casi todos los puntos esenciales del laudo y que, a nuestro parecer, cada nuevo laudo emitido por el Tribunal Ad Hoc permite reafirmar al derecho comunitario del Mercosur ¹⁵.

¹⁵ *Bibliografía*, Boletín Mercosur N° 67, de 15 de julio de 2000. Cámara de Exportadores de la República Argentina, Comentario al Laudo N° Dos, 2000; DRNAS DE CLEMENT, Zlata, *Comercio y ambiente*, trabajo publicado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, julio de 2004, p. 9 y ss.; PEROTTI, Alejandro Daniel, “El segundo fallo arbitral del Mercosur o el amargo despertar de nuestro sistema de solución de controversias”, en Revista de Derecho del Mercosur, N° 2, ps. 121 a 144 inclusive, abril de 2000; STROUP, Luis Alejandro, “Un laudo arbitral con matices”, en diario La Nación, 30 de noviembre de 1999.

LAUDO III

LAUDO DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIASOBRE APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA SOBRE PRODUCTOS TEXTILES (RESOLUCIÓN 861/99) DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS

10 de marzo de 2000

Árbitros: Gary N. Horlick (Presidente), José Carlos de Magalhaes y Raúl E. Vinuesa¹

República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) - República Argentina (Parte Reclamada)

*Esther Mathieu **

Sumario: I. Introducción. II. Reclamo de Brasil. III. Respuesta de Argentina. IV. Tribunal Arbitral. Cuestiones. V. Conclusión.

I. Introducción

La República Argentina había dictado la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, estableciendo medidas de salvaguardia, por medio de cupos anuales sobre textiles de algodón de Brasil.

* Abogada. Coordinadora del Departamento de Derecho Público y Docente de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹

Las medidas de salvaguardia son medidas de protección de las industrias locales cuando la importación de un determinado producto cause daño o amenaza de daño grave, afectando el nivel de producción local y capacidad utilizada, el nivel de empleo, la participación en el mercado y el nivel de comercio entre las partes involucradas y las importaciones y exportaciones en relación a terceros países.

II. Reclamo de Brasil

En su reclamo, la República Federativa de Brasil sostiene que la Resolución 861/99, dictada por la República Argentina, es una medida contraria e incompatible con el libre comercio de los Estados Miembros de Mercosur, es discriminatoria ya que favorece a otros Estados fuera de la unión aduanera en detrimento de Brasil y es incompatible con las condiciones establecidas en el Acuerdo sobre Textiles y Vestido (A.T.V.) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

El fundamento legal esgrimido por Brasil fue:

- El Anexo I del Tratado de Asunción que incluye el Programa de Liberación Comercial integrado al sistema legal de ALADI por el Acuerdo de Complementación Económica 18. En el art. 1º de este Anexo, las partes acuerdan la eliminación de gravámenes² y demás restricciones al comercio recíproco al 31/12/94.

- El Anexo IV, arts. 1º y 5º (cláusulas de salvaguardia) ya que su aplicación se autoriza hasta el 31/12/94 a las importaciones de productos dentro del Programa de Liberación Comercial y no podrán extenderse más allá.

- La Dec. 5/94 del CMC y la Res. 48/94 del GMC que establecen que, para los productos comprendidos en las listas de excepciones, el

² Constituyen gravámenes los derechos aduaneros o cualquier recargo fiscal, monetario o cambiario que incida sobre el comercio exterior; y por restricciones, cualquier medida administrativa, financiera, cambiaria o de cualquier naturaleza que impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco.

plazo final de desgravación lineal y automática será de 4 años para Brasil y Argentina y de 5 años para Paraguay y Uruguay a partir del 1/1/95.

- Al dictar la Resolución atacada, Argentina la fundamenta en el art. 81 del Reglamento Común de Salvaguardia aprobado por Dec. 17/96 del CMC pero, sostiene Brasil, esta Decisión se refiere a la aplicación de medidas de salvaguardia frente a terceros Estados, excluyendo su aplicación a las importaciones originarias de los Estados Partes y, por otro lado, dicha Decisión no había entrado en vigor al momento de dictarse la Resolución 861 ya que no había sido incorporada a las legislaciones internas de los Estados del Mercosur.

Estos Estados no acordaron la aplicación del A.T.V. como instrumento regulador del comercio intra-Mercosur.

- La Resolución 124/94 del GMC, crea el Comité Técnico del sector textil (CT10) para estudiar la conveniencia de una política común de importación para el mismo, estableciendo que se podrían aplicar medidas frente a importaciones extrazona.

- La Directiva 14/96 de la Comisión de Comercio, estableció que el Comité debía promover la eliminación de obstáculos al flujo comercial intrazona de textiles.

- En la Reunión de Río, las delegaciones argentina y brasileña, se comprometieron a remover y/o implementar medidas que impacten en el comercio intrazona.

Así, Brasil solicita que el Tribunal declare la incompatibilidad de las normas Mercosur con la aplicación de medidas de salvaguardia de cualquier naturaleza a las importaciones provenientes de otro Estado Parte y la incompatibilidad de la aplicación de estas medidas con base al A.T.V. de la OMC, revocando la Resolución 861/99 y los actos administrativos concordantes.

III. Respuesta de Argentina

En su contestación, la República Argentina plantea como cuestión de previo y especial pronunciamiento que el régimen de solución de controversias del Mercosur (Protocolo de Brasilia) no es aplicable al caso, en razón de que no hay conflicto de normas o de interpretación ante la inexis-

tencia de normas Mercosur que regulen el objeto de la controversia, por ello no existe conflicto.

Ante este vacío, los Estados aplican sus legislaciones nacionales, en el caso, el A.T.V., incorporado a la legislación argentina por ley 24.425.

Acompañó documental a su presentación, basándose en:

- La Dec. 7/94 (Arancel Externo Común) del GMC, posibilita la aplicación de medidas de salvaguardia cuando el súbito incremento de las exportaciones impliquen daño o amenaza de daño, hasta el 2001 y la Decisión 8/94 (Zonas Francas, Zonas de Procesamiento de Exportaciones y Áreas Aduaneras Especiales) del GMC, posibilita la aplicación de medidas sobre productos provenientes de esas zonas cuando sus importaciones impliquen aumento imprevisto que cause daño o amenaza de daño, entendiendo que estas dos decisiones modifican el Tratado de Asunción y prevalecen sobre él, según lo dispuesto por el art. 53 del Protocolo de Ouro Preto. Por ello, no es cierto que a partir del 1/1/95 esté prohibido la aplicación de medidas de salvaguardia intrazona, como sostiene Brasil.

- El Comité Técnico 10 debía hacer recomendaciones tomando en consideración los Acuerdos de Marrakesh y si los Estados no se manifestaron sobre salvaguardias existe un “vacío legal”

- La OMC define las uniones aduaneras como sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio, con obligación de eliminar los derechos aduaneros en lo esencial del intercambio y no en todo el intercambio, por su parte, la Unión Europea, sólo eliminó salvaguardias intrazonas cuando se transformó en una unión monetaria.

- El A.T.V., en su art. 6º creó un mecanismo específico de transición permitiendo la aplicación de medidas de salvaguardia.

Los Estados Mercosur, también miembros de la OMC, pueden aplicar dichas medidas al no existir compromisos posteriores, por lo que rigen también en el comercio intra-Mercosur.

- La integración del sector textil al libre comercio es parcial y a fines de 1999 se completó el desmantelamiento arancelario y se continúan aplicando restricciones no arancelarias.

En materia de libre comercio distingue 3 grupos:

- intrazona con eliminación de restricciones arancelarias y no arancelarias,

- sectores automotriz y azucarero, excluidos de esa liberación,

- productos textiles que tienen un tratamiento especial.

La adopción de medidas no arancelarias (Resolución 861/99) no afectó el tratamiento preferencial de los productos textiles brasileños.

- Por la Directiva 14/96 se instruye al Comité Técnico a remover los obstáculos que persisten en el comercio intrazona.

- Al no existir una política comercial común para el sector textil, los Estados Mercosur quedan sometidos a la normativa OMC, ya que las reglas Mercosur no excluyen las disposiciones multilaterales.

De 1991 a 1994 el Anexo IV del Tratado de Asunción, regula las salvaguardias intrazonas. En 1995, entran en vigor los Acuerdos Marrakesh incluyendo el A.T.V. y al no existir normas específicas sobre salvaguardias en el Mercosur, se aplican las normas del A.T.V.

- Plantea el principio de especialidad, por el que una norma específica prevalece sobre una norma general.

La Resolución 124/94 que crea el CT10 establece que debe tener en cuenta las reglas y normas en los acuerdos multilaterales. Después de 1994 no hubo en el Mercosur negociaciones sobre salvaguardias en el sector textil.

Solicita, en consecuencia:

Que el Tribunal declare improcedentes las pretensiones brasileñas.

IV. Tribunal Arbitral. Cuestiones

Cuestión preliminar

El Tribunal Arbitral se aboca a resolver, en primer lugar, la Cuestión preliminar planteada por la República Argentina en el sentido de que no existe controversia a resolver porque no hay norma Mercosur sobre la materia específica, no hay incumplimiento y, por lo tanto, el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción.

El Tribunal trata de definir “controversia” dentro del ordenamiento jurídico Mercosur, concluyendo que dicha definición no existe en el Tratado de Asunción ni en su derecho derivado y basándose en el art. 19 del Protocolo de Brasilia que establece que: “*El Tribunal decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asun-*

ción, los acuerdos celebrados en su marco, las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables en la materia”.

El Tribunal, encuentra que la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Mavrommatis sostuvo que una controversia es un *desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes*, concepto reiterado en los casos de Camerún Septentrional y Timor Oriental.

Por ello, de la aplicación de los principios de derecho internacional, el Tribunal entiende que en el caso, la reclamación de Brasil y la respuesta argentina, se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación, el reclamo de una de las partes, se opone al de la otra, existiendo un desacuerdo sobre un punto de derecho, un conflicto de opiniones legales o intereses en relación a la licitud o no de la Res. 861/99 dictada por la República Argentina con relación a la normativa Mercosur.

La controversia consiste en la interpretación de la normativa Mercosur sobre productos textiles y si las salvaguardias están permitidas bajo la unión aduanera.

Por otro lado, el Tribunal considera que los informes del Órgano de Supervisión de Textiles de la Organización Mundial del Comercio, no son relevantes respecto a la cuestión planteada.

Cuestión de fondo

En los considerandos, el Tribunal estima:

1. Introducción

La primera etapa desarrollada en relación a la controversia, consistió en: negociaciones directas que comenzaron en agosto de 1999 con el requerimiento que Brasil formula en julio de 1999. No se arribó a ninguna solución.

La segunda etapa, comienza nuevamente con el requerimiento de Brasil ante el Grupo Mercado Común, en setiembre de 1999, sin llegar a ninguna solución, por lo que en noviembre del mismo año, Brasil solicita la constitución del Tribunal Arbitral.

En virtud de lo establecido por el art. 20 del Protocolo de Brasilia, el Tribunal tiene plena capacidad para adoptar este laudo en la forma y con los efectos establecidos por dicho art. y el 21 del Protocolo de Brasilia y el art. 22 de su Reglamento.

2. Objeto de la controversia

En el desacuerdo sobre la Resolución 861/99 y los actos administrativos que en su consecuencia se implementaron y si éstos están de conformidad con las normas Mercosur.

La Resolución de que se trata, autorizando a la República Argentina, la aplicación de medidas de salvaguardia sobre la importación de determinados productos textiles, impone medidas de salvaguardia en la forma de cuotas anuales de importación de textiles de algodón provenientes de la República Federativa de Brasil, entró en vigor el 31/7/99 con vigencia por 3 años, basada en el A.T.V. y en la Decisión 17/96 (Reglamento sobre salvaguardias aplicables a los Estados no miembros de Mercosur), establece que respecto a los textiles, las normas del A.T.V. son aplicables.

En la reclamación de Brasil, el objeto de la controversia se da en una medida:

- a) contraria al libre comercio entre los Estados Miembros de Mercosur;
- b) discriminatoria, porque no fue invocada contra otros Estados no miembros de Mercosur y que negocien textiles con Argentina, y
- c) no compatible con las condiciones del A.T.V. ni con las recomendaciones del OST sobre retiro de dichas medidas.

3. Interpretación de la normativa Mercosur

El Tribunal, basándose en el art. 19 referido a los principios de derecho internacional aplicables a la controversia, tomará en consideración los principios establecidos en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados, teniendo en cuenta que el objetivo del sistema es la eliminación de las barreras al comercio.

4. Contexto legal y objetivos del Mercosur

La cuestión es, si las medidas de salvaguardia impuestas por Argentina en forma de cuotas anuales sobre la importación de textiles de

algodón, provenientes de Brasil son o no violatorias de las normas jurídicas Mercosur.

El objetivo prioritario del Tratado de Asunción es lograr la constitución de un mercado común a partir del 31 de diciembre de 1994 (art. 1º) y el Protocolo de Ouro Preto introduce una unión aduanera como etapa previa en la implementación del mercado común.

Por su parte, el art. 5º a) del Tratado de Asunción establece como instrumento, en el período de transición, un Programa de Liberación comercial consistente en *“rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, eliminando las restricciones no arancelarias o medidas de efecto equivalentes para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero y sin restricciones no arancelarias”*, con reglas detalladas en el Anexo I. Sin perjuicio de ello, se exceptúan un número de productos pero siempre con el mismo objetivo de llegar al arancel cero.

En el Anexo IV T.A. (cláusulas de salvaguardia), se autoriza su aplicación hasta el 31 de diciembre de 1994, siendo un régimen excepcional al que se puede recurrir en determinadas circunstancias y al Grupo Mercado Común, a efectos de eliminar la situación planteada de daño o amenaza de daño grave pero, siempre antes del 31 de diciembre de 1994, ya que este Anexo establece explícitamente que la aplicación de cláusulas de salvaguardia no podrá extenderse más allá de la fecha premencionada.

La Resolución 861 fue dictada por Argentina después de la entrada en vigor de la Unión Aduanera, es decir, con posterioridad al 1º de enero de 1999 ya que por la Dec. 5/94 del CMC, los aranceles y medidas de salvaguardia debían concluir en esa fecha aunque permitió medidas de protección sobre un número reducido de productos fuera del Programa de Liberación Comercial, lo que se denominó *“Régimen de Adecuación Final hacia la Unión Aduanera”*.

Por su parte, el Protocolo de Ouro Preto en su ya mencionado art. 53, establece que se deroga el Tratado de Asunción cuando sus normas entren en conflicto con dicho Protocolo y con el contenido de las decisiones aprobadas por el CMC en el período de transición. Por ello, si existe un conflicto, las normas posteriores en el tiempo, al T.A. pueden derogarlo, siempre que las Partes actúen en forma conjunta dentro del CMC, nunca en forma unilateral, así los Estados Mercosur podrían tomar medidas de salvaguardia con mayores restricciones pero hasta el 1º de enero de 1999.

La culminación del Régimen de Adecuación Final culminó para Argentina y Brasil el 1/1/99. Por ello, cuando Argentina adoptó la Resolución 861/9,9 existía la prohibición sobre aplicación de medidas de salvaguardia si tenemos en cuenta además que ya se había alcanzado el libre comercio intrazona.

No existe, como afirmó Argentina, un vacío legal al respecto; hay una norma Mercosur que dispone la prohibición de aplicar salvaguardias intrazona a partir del 1° de enero de 1995.

Asimismo, Argentina en su responde, cita algunos precedentes de la existencia de medidas de salvaguardia en una unión aduanera, como:

a) El Tratado de Roma que establece la Comunidad Económica Europea, constatando el Tribunal que estas medidas están contempladas en el Tratado, es decir, que su aplicación estaba permitida expresamente por el derecho primario fundacional de esa comunidad. El Tribunal entiende que, “salvaguardia” en el caso, implica una medida que permite a los Estados no observar sus obligaciones cuyo cumplimiento causa daño sensible a las industrias locales que producen mercaderías similares.

b) En el Acuerdo de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA), el uso de medidas de salvaguardia sólo es aplicable durante el período de transición y a los productos textiles no originarios de un Estado Parte.

c) El GATT de 1994.

Al respecto, el Tribunal entiende que es posible la aplicación de medidas de salvaguardia intrazona siempre que el sistema así lo autorice.

Atendiendo a las decisiones del C.M.C. invocadas por la demandada, el Tribunal manifiesta que:

a) Respecto a la 8/94 que se refiere a la aplicación de medidas de salvaguardia a productos provenientes de zonas francas, zonas de procesamiento de exportaciones y áreas aduaneras especiales, tiene por objeto regular las distorsiones de los flujos comerciales de inversiones y en los ingresos aduaneros subsistentes después de la unión aduanera, en relación a mercaderías provenientes de esas zonas, por lo que no puede ser de aplicación al caso tratado ya que no autoriza la aplicación de dichas medidas al comercio intrazona.

b) La Decisión 7/94, en su art. 4°, tampoco es aplicable porque se refiere al arancel externo común como materia exclusiva de regulación.

c) La Decisión 17/96 sobre aplicación de medidas de salvaguardia a importaciones provenientes de terceros países, no entró en vigor, según lo dispuesto por el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto que determina el procedimiento a seguir a fin de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de la normativa emanada de los órganos Mercosur.

Por otro lado, el Tribunal entiende que la Resolución 124/94 del GMC no se limita al comercio de textiles con terceros Estados como lo hace la Directiva 14/96 de la Comisión de Comercio Mercosur que se refiere a estas políticas y a las funciones del Comité sobre Observación de flujos del comercio dentro y fuera del Mercosur.

La normativa secundaria Mercosur, que fue invocada por las partes en el caso, no prevé tratamiento especial para los productos textiles que permita considerar la licitud de la aplicación unilateral de medidas de salvaguardia cuando no existe norma expresa acordada por las partes.

Si bien, no se ha instrumentado una política común sobre el comercio de textiles con terceros Estados, las Partes tienen libertad para regular el comercio con Estados no miembros. Necesariamente, resulta imprescindible distinguir entre comercio intrazona y extrazona respecto de las normas que regulan la unión aduanera; la inexistencia de normas sobre el comercio extrazona no implica que no haya normas intrazona. Por ello, mientras los miembros Mercosur no hayan actuado en forma conjunta para acordar expresamente la incorporación de medidas restrictivas al comercio, éstas no podrán aplicarse en forma unilateral.

Partiendo de esta premisa, el Tribunal concluye que hasta tanto no haya norma expresa *a contrario*, prevalece el principio de libertad del comercio, no existiendo base jurídica para la imposición salvaguardias sobre productos textiles dentro del Mercosur, lo que constituye requisito necesario que se infiere de la prohibición genérica del art. 5° del Anexo IV del Tratado de Asunción. Esta norma regula la aplicación de salvaguardias contra los Estados Miembros, no existiendo en consecuencia vacío legal que posibilite recurrir a otras normas del derecho internacional.

V. Conclusión

El Tribunal decide, de conformidad con los puntos considerados y a las facultades otorgadas por el Protocolo de Brasilia y las Reglas de Procedimiento del Tribunal, lo siguiente:

1. Respecto de la cuestión preliminar planteada, la controversia encuadra dentro de las interpretaciones contradictorias de las partes sobre la normativa Mercosur en relación a los productos textiles dentro de la unión aduanera.

De conformidad a las normas del Protocolo de Brasilia sobre solución de controversias, el Tribunal se declara competente para entender en la cuestión planteada.

2. Los informes producidos por el Órgano de Supervisión de Textiles (OST) de la OMC, no deben ser considerados en razón de que no se refieren a si las salvaguardias están permitidas según las normas Mercosur.

3. El objeto de la controversia ha sido expuesto por las partes en sus respectivos escritos, en virtud de lo normado por el art. 28 del Protocolo de Brasilia.

4. El Anexo IV del Tratado de Asunción, en sus arts. 1° y 5°, determina la prohibición general sobre aplicación de salvaguardias al comercio intrazona, el que solamente puede ser exceptuado por una norma específica dentro de la normativa Mercosur que las autorice. No existe vacío legal.

5. La interpretación de las normas sobre unión aduanera debe realizarse sobre el objeto y fin de la integración económica, salvo norma expresa en contrario.

6. La regla general es que se podrían aplicar medidas de salvaguardia al comercio intrazona si hubiera una norma explícita que lo autorice. Dicha norma explícita a la aplicación de medidas de salvaguardia a la importación intrazona de productos textiles, no fue encontrada por el Tribunal en las normas Mercosur.

Decisión

1. Por unanimidad, el Tribunal tiene jurisdicción para entender y resolver el objeto de la cuestión planteada.

2. Por unanimidad, la Res. 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la República Argentina y los actos administrativos que en su consecuencia se dictaron, no son compatibles con el Anexo IV del Tratado de Asunción ni con la normativa Mercosur en vigor, por lo que deben ser revocados.

3. Por unanimidad, las costas y costos del proceso se abonarán por el orden causado, es decir, que cada Estado se hará cargo de los gastos y honorarios del árbitro nombrado. La compensación pecuniaria del presidente del Tribunal y demás gastos serán abonados por partes iguales a través de la Secretaría Administrativa dentro de los treinta días de notificado el Laudo.

4. Por unanimidad, las actuaciones serán archivadas en la Secretaría Administrativa del Mercosur.

5. Se otorga a las Partes, un plazo de quince días para cumplir el Laudo, según lo establecido por el art. 21 (2) del Protocolo de Brasilia y el art. 18 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal.

Aclaración del Laudo Arbitral solicitada por Argentina en abril de 2000

El Tribunal decide también, por unanimidad, aclarar los siguientes puntos:

1. Objeto de la controversia: ratifica su interpretación cuando determina el objeto, tomando en consideración la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969, al referirse a la interpretación, la que debe ser de buena fe y conforme al sentido corriente a dar a los términos empleados, manifestando que una interpretación textual de las normas Mercosur es suficiente para comprender el alcance y sentido de dichas normas. Al respecto cabe agregar que la interpretación tiene como objeto establecer el significado expresado según la intención de los celebrantes del tratado, comprende la determinación del sentido y alcance del acto jurídico y la interpretación de buena fe está reglada por el art. 31 de la Convención de Viena, con primacía del texto complementado con el sentido corriente de los términos al momento de la celebración.

2. La Decisión 17/96 nunca fue adoptada por las Partes, según surge de sus propias manifestaciones y por ello, no entró en vigor en el Mercosur. La vigencia de una norma emanada de los órganos Mercosur, solo tendrá vigencia simultánea en los Estados Partes cuando sea incorporada a sus ordenamientos jurídicos internos, al no existir dicha incorporación, no hay vigencia, en virtud a lo establecido por el ya mencionado art. 40 del Protocolo de Brasilia.

3. La vigencia del Anexo IV del Tratado de Asunción. El período de transición del Mercosur, comenzó con la entrada en vigor del Tratado de Asunción, el 26 de marzo de 1991 y se extendió hasta el 31 de diciembre de 1994. No obstante ello, el Tratado de Asunción, en su art. 19 dispone que su vigencia es indefinida y, por lo tanto, no culmina con el fin del período de transición.

Aun cuando varias disposiciones posteriores modifiquen el Tratado de Asunción, el Tribunal no encontró y las Partes no suministraron ninguna norma posterior que, específicamente permita la aplicación de salvaguardias a productos textiles, por lo que la vigencia del art. 1° del Tratado de Asunción y de los arts. 1° y 5° del Anexo IV, continúa.

4. Cláusulas de Salvaguardia y Régimen de Adecuación Final. Para Argentina, el 1° de enero de 1999 se cumplió el plazo del régimen que completó lo dispuesto por el período de transición.

La Resolución dictada se notifica a las partes, se agrega al expediente principal y se archiva en la Secretaría Administrativa del Mercosur, publicándose junto con el Laudo.

Aspectos Relevantes en el Laudo

Con el dictado de este laudo, la fijación de cupos anuales sobre textiles de algodón de Brasil fue declarada contraria e incompatible con las normas Mercosur. La rápida reacción del mecanismo de solución de controversias denota la evolución en la dinámica jurisdiccional del bloque.

Desde el 31 de diciembre de 1994, las salvaguardias están prohibidas según el Programa de Liberación Comercial. Argentina defendió su posición sobre la base de una inversión en la interpretación de los plazos estipulados en dicho programa, entendiéndolo que cuando éstos expiraron, cada país quedó en libertad de regular el comercio intrazona, quedando liberado a los derechos locales.

Asimismo, Argentina ensayó una defensa de incompetencia del Tribunal Arbitral, sobre la base de que de la controversia no surge interpretación de normas comunitarias porque existe un vacío legal.

Es importante también la definición del término de salvaguardias que nos brinda el Tribunal, como “una medida que permite a los Estados la no

observancia de obligaciones cuyo cumplimiento causare daños sensibles a las industrias locales que producen mercaderías similares o directamente competitivas con mercaderías cuya importación se haya incrementado”. Dentro del contexto comunitario, estas medidas no son unilaterales por parte de un Estado, por el contrario, necesitan la aprobación previa del órgano pertinente, prueba de que es necesario instituciones que fomenten el desarrollo proporcionado de los Estados Miembros.

Considerado el Mercosur como una alianza estratégica que está más allá de los problemas coyunturales, se debe reafirmar el compromiso de avanzar en el cumplimiento de los objetivos del Tratado de Asunción y enfrentar los desafíos que presenta el sistema internacional. La profundización de la integración en el marco de regionalismo abierto impulsará el crecimiento y desarrollo de los Estados Partes, con la incorporación de la normativa Mercosur a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Por su parte, Argentina se comprometió, en el sector textil, a no iniciar ninguna investigación y a promover un acuerdo entre las cámaras representantes del sector.

Protocolo De Olivos (18/2/02)

Es un régimen transitorio que modifica el Protocolo de Brasilia de 1991.

El *ámbito de aplicación* (art. 1.1) controversias entre los Estados sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto, protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, Decisiones del Consejo Mercado Común, Resoluciones del Grupo M.C. y Directivas de la Comisión de Comercio.

A elección de la parte demandante o de común acuerdo entre las partes se puede elegir otro foro, sistema de solución de controversias de la OMC o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Miembros de Mercosur. El CMC reglamentará la opción de foro (art. 1.2).

Para la resolución de divergencias sobre aspectos técnicos en instrumentos de políticas comerciales comunes, se pueden establecer mecanismos expeditos (art. 2º), siendo el CMC el que definirá y aprobará las

reglas y puede establecer mecanismos sobre las opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión (art. 3°).

Los procedimientos instituidos son:

1. Negociaciones directas.
2. Intervención del GMC.
3. Arbitraje

1. Negociaciones directas: es la primera fase y son obligatorias, no podrán exceder de 15 días a partir de la fecha en que una parte comunicó a la otra la decisión de iniciar la controversia, salvo acuerdo entre las partes, se informará al GMC a través de la Secretaría Administrativa las gestiones y los resultados de las negociaciones.

2. La segunda fase obligatoria es la intervención del GMC, cuando no se alcance un acuerdo o si la controversia se solucionó parcialmente. Lo inicia cualquiera de los Estados o de común acuerdo o si otro Estado que no es parte en la controversia requiere justificadamente el procedimiento, en cuyo caso el GMC formula comentarios o recomendaciones al respecto.

El GMC formulará recomendaciones tendientes a la solución de la controversia. El término para el pronunciamiento del GMC no podrá exceder de 30 días desde que el asunto le fue sometido.

3. Arbitraje *ad hoc*: La Secretaría Administrativa recepta las comunicaciones de los Estados, notifica al otro Estado involucrado y al GMC y realiza las gestiones administrativas necesarias.

El Tribunal se integra con tres árbitros, designando uno cada parte en el conflicto y uno suplente, en un plazo de 15 días desde que la Secretaría efectuó la comunicación; vencido el plazo, la Secretaría los designará por sorteo en los dos días siguientes a su vencimiento. El tercer árbitro, que ejercerá la presidencia, será designado de común acuerdo en el mismo plazo de 15 días otorgado a los Estados para la designación del propio árbitro, también se designará un suplente. Ni el titular ni el suplente pueden ser nacionales de los Estados Partes en la controversia. A falta de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro, la Secretaría procederá a la designación por sorteo, a pedido de alguna de las partes y no hay plazos. La notificación a los árbitros de su designación, corresponde a la Secretaría.

La lista de árbitros se integra con doce, designados por cada Estado Parte, que queda registrada en la Secretaría; así la lista se compone de

48 árbitros, se notifica con los correspondientes currículos y los Estados pueden pedir aclaraciones en un término de 30 días de practicada la notificación. Para la lista de terceros árbitros, cada parte propone 4 candidatos que no sean nacional de ninguno de los Estados Partes del Mercosur, también debe ser notificada y se pueden pedir aclaraciones, también dentro del plazo de 30 días desde la notificación; si existen objeciones que no pueden solucionarse, prevalecerá la objeción, se registra en la Secretaría.

El objeto de la controversia se determina por los escritos de presentación y respuesta presentados ante el Tribunal Arbitral, no pudiendo ser ampliados posteriormente (art. 14)

LAUDO IV

LAUDO DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIASOBRE APLICACIÓN DE MEDIDAS ANTIDUMPING CONTRA LA EXPORTACIÓN DE POLLOS ENTEROS, PROVENIENTES DE BRASIL. RESOLUCIÓN 574/2000 DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

22 de mayo de 2001

Árbitros: Juan Carlos Blanco (Presidente), Enrique Carlos Barreira y Tercio Sampaio Ferrz Junior ¹

República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) - República Argentina (Parte Reclamada)

*María Cristina Rodríguez **

Sumario: I. Introducción. II. Reclamo de Brasil. III. Respuesta de Argentina.

I. Introducción

Por cuarta vez, tuvo que reunirse un tribunal arbitral ad hoc a fin de decidir una controversia entre los Estados Partes del Mercosur. En el presente caso, la problemática versó sobre la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona y su conformidad con el derecho de esta organización subregional de integración económica.

* Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Docente de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹

Usualmente, estas medidas son utilizadas para contrarrestar los efectos perniciosos del dumping, esto es, cuando la mercadería es exportada a un precio inferior al de venta en el mercado de procedencia o a los costos totales de producción y que siempre deben reflejar operaciones comerciales normales. La aplicación de medidas antidumping se decide luego de una investigación en el país de importación de la mercadería, pudiendo dar lugar a la aplicación de derechos antidumping que se suman a aquellos que normalmente tributa en aduana la mercadería.

Si bien en el comercio internacional estas medidas se utilizan frente a una práctica desleal (dumping), muchas veces, han servido para proteger la industria nacional de la normal competencia resultado de la liberación comercial, a tal punto que la OCDE informó que entre 1987 y 1997 sus miembros habían empleado cerca de dos mil medidas antidumping. Estados Unidos ha sido el principal exponente de la utilización de esta metodología, muchas veces aplicada arbitrariamente, ya que, como consecuencia de la reserva que realizara al GATT respecto de la obligación de probar el daño, se ha basado en simples evidencias. Esta política provocó que Canadá, como principal afectado, promulgara una ley especial e instara a la celebración de un acuerdo de libre comercio ².

Otro tanto ha ocurrido dentro de la Comunidad Económica Europea, ya que la legislación antidumping ha sido utilizada por las autoridades comunitarias para proteger sus industrias frente a las importaciones de ciertos bienes, siendo la primera norma la Regulación N° 459 de 1968 ³. Pero,

² El tratado, que finalmente se suscribió en 1989, estableció la conformación de tribunales (de cinco miembros escogidos de una lista de expertos) para solucionar las controversias entre los Estados Partes, a donde pueden presentarse las empresas nacionales o extranjeras invocando la revisión del derecho interno (capítulo XIX).

³ "On 11 July 1988, the Council of Ministers adopted a series of amendments to the Anti-Dumping Regulation. The Commission's Explanatory Memorandum introducing the amendments stated that it was necessary to codify the Community's existing practice in order to avoid increased litigation at the new Court of First Instance concerning the "relatively vague principles" contained in the Community's anti-dumping legislation. The amendments were described as being "essentially technical in nature". The new Article 2(10)(e) provides that no adjustments will be made for insignificant amounts with insignificant adjustments defined as individual adjustments having an impact of less than 0.5 percent on the value or price. Although this provision seems innocuous -the preamble

muchas veces, se ha excedido en su aplicación pues ha sido una herramienta de la industria europea para hacer frente a la competencia y una forma de presionar a los gobiernos de terceros Estados para que decidan acciones a fin de abrir sus mercados a las exportaciones de la Comunidad ⁴.

Si bien las medidas antidumping otorgan una mayor ventaja que las medidas de salvaguarda, ya que éstas no legitiman al país de exportación para reclamar compensación, también puede significar una arbitrariedad manifiesta por parte de un Estado, por lo que en los mercados integrados suelen reemplazarse por leyes de defensa de la competencia, en el entendimiento de que la existencia de instrumentos antidumping distorsiona la competencia entre las empresas de los Estados Miembros ⁵.

En el laudo que nos ocupa, la tarea del Tribunal no se limitó al análisis de la legitimidad de las medidas antidumping en el proceso de integración del Mercosur, sino que también debió tratar la peculiar manera en que las normas adoptadas por los órganos del Mercosur entran en vigencia y su obligatoriedad.

La controversia surgió a partir del dictado de la Resolución 574 del 24 de junio de 2000, mediante la que Argentina decidió aplicar medidas antidumping a importación de pollos enteros procedentes de Brasil. Dicha decisión fue adoptada luego de un largo proceso administrativo iniciado a solicitud del Centro de Empresas Procesadoras Avícolas de la República

indicates that it is motivated by “reasons of administrative convenience”- it can have a major impact on dumping determinations. Several individual adjustments with less than 0.5 percent impact can add up to a significant amount. Accordingly, Article 2(10)(e) appears to violate the GATT Anti-Dumping Code, which requires that adjustments be made for the “differences affecting price comparability”; the Code does not provide for the possibility of ignoring differences below a certain threshold for reasons of administrative convenience. Furthermore, since the 0.5 percent limitation does not apply to calculations pursuant to Article 2(8)(b) which deals with deductions from the export price when the export price is constructed, the amendment will have the effect of increasing dumping margins”. (Conf. VAN BAEL, I., “EEC Anti-dumping Enforcement: An Overview of Current Problems”, *EJIL*, vol. 1, N° 1, 2003).

⁴ VAN BAEL, I., *op. cit.*

⁵ DELGADO, R., “Una propuesta OMC-plus para el tratamiento del dumping y de los subsidios en el Mercosur”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N° 7 (Parte 1), julio 1999, p. 8.

Argentina el 2 de septiembre de 1997, ente que reclamó a la Subsecretaría de Comercio Exterior la apertura de una investigación por importaciones de pollo eviscerado en condiciones de dumping.

Si bien los laudos anteriores fueron precedidos por negociaciones directas, ello no ocurrió en el presente caso por oposición de Argentina. Sin embargo, se consideró cumplimentada esta etapa previa (párrafo 97), habilitando a Brasil el recurrir a una solución jurisdiccional.

II. Reclamo de Brasil

En su presentación, Brasil solicitó al tribunal (párrafo 48):

a) declarase que Argentina incumplió normas del derecho del Mercosur que consideraba aplicables:

- Decisión del Consejo Mercado Común 18/96 (arts. 1º y 2º) que aprueba el “Protocolo Fortaleza”⁶. De acuerdo a esta norma se aplicaría la legislación nacional sobre medidas antidumping de cada Estado hasta el 31 de diciembre de 2000. Esta decisión fue incorporada por Brasil, pero no por Argentina⁷.

- Decisión del Consejo Mercado Común 11/97⁸ que aprueba el “*Marco Normativo del Reglamento Relativo a la Defensa Contra las Im-*

⁶ Este acuerdo dispone sobre defensa de la competencia y crea el Comité de Defensa de la Competencia, encargado de realizar las investigaciones sobre dumping en la zona.

⁷ “Es muy importante señalar que, apartándose del criterio sentado en el T.A. (las normas de defensa de competencia sustituirían la disciplina del dumping intrazona), en la reunión de Fortaleza este principio quedó abrogado, ya que, a instancia de Argentina, se pactó la continuidad de la referida disciplina en paralelo con el derecho de la competencia. Así, los Estados Partes convinieron, en la misma Dec. 18/96, que las investigaciones sobre dumping se conducirían de acuerdo con las legislaciones nacionales hasta el 31 de diciembre de 2000, plazo en que los Estados analizarían las condiciones en las cuales el tema sería regulado en el Mercosur” (Conf. CÁRDENAS, E.; TEMPESTA, G., “*Mercosur-Arbitraje. El laudo sobre dumping intrazona en el Mercosur*”, *Derecho del Mercosur y de la Integración*, N° 6, diciembre de 2001, p. 113.

⁸ El art. 3º de esta norma establece: “Hasta que se apruebe el Reglamento Común Antidumping, los Estados Partes aplicarán medidas antidumping de acuerdo con su legis-

portaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del Mercado Común del Sur (Mercosur)". Esta decisión no fue incorporada por Brasil, mientras que Argentina informó a la Secretaría Administrativa del Mercosur que no era necesaria su incorporación por estar ya contemplada en su legislación ⁹.

- Decisión del Consejo Mercado Común 17/94 sobre valoración aduanera. No incorporada por Brasil, y no incorporada por Argentina que informa que está contemplada en su legislación.

b) ordenara a Argentina derogar la Resolución 574/00 del Ministerio de Economía ¹⁰.

III. Respuesta de Argentina

En su contestación, Argentina (párrafo 94) solicitó al Tribunal que decida como "cuestión previa":

a) Sobre la existencia o no de normativa Mercosur que regule la investigación de dumping y la aplicación de derechos antidumping en el comercio intrazona.

b) Sobre la competencia del tribunal para revisar los procedimientos sobre dumping y la aplicación de los derechos.

lación nacional, en conformidad con las disposiciones del Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa Contra las Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del Mercosur. Los Estados Partes efectuarán ajustes en su legislación nacional, en caso de resultar necesario, con el objetivo de su armonización con dicho Marco Normativo".

⁹ Argentina informa lo siguiente: "Está contemplada en la legislación vigente anterior a la norma GMC. Ley 24.425 del 7/12/94 publicada en el Boletín Oficial del 5/1/95 (Acuerdo OMC).

¹⁰ Brasil planteó su disconformidad con la valoración aduanera realizada por Argentina. Esta cuestión no fue tenida en cuenta por el tribunal por ser una petición extemporánea (art. 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia) ya que habiendo etapas previas que obligatoriamente deben cumplirse antes de llegar al arbitraje, no pueden añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escritos anteriores.

Para el caso que no fuera resuelta la controversia como cuestión previa, solicitó al Tribunal que señalara:

a) Cuál era la normativa Mercosur que da “competencia” a los tribunales arbitrales para revisar la aplicación de derechos antidumping intrazona.

b) En subsidio, presentó argumentos demostrativos de que el procedimiento seguido fue realizado conforme a derecho interno e internacional.

Respecto de la “cuestión previa” relativa a la competencia y, de acuerdo con el art. 1º del “*Protocolo de Brasilia*”¹¹, el tribunal aclaró que es competente por existir una controversia en los términos de este acuerdo. Esta afirmación resulta por demás lógica, ya que parte de su labor consistió en constatar la presencia o no de una norma Mercosur que regulara el dumping intrazona e interpretar la normativa Mercosur y, para ello, necesariamente debía entender en el caso. Citó el laudo anterior (salvaguardias) en el que el Tribunal Ad Hoc afirmó que un desacuerdo sobre un punto de derecho es “suficiente evidencia para considerar que la presente controversia cae dentro del sistema de solución de controversias previsto por el Protocolo de Brasilia” (párrafo 103).

En relación con la cuestión específica a decidir se preguntó, si existen normas Mercosur que regulen “expresamente” la investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona y, en su caso, si ellas se hallan vigentes (párrafo 109).

Aclaró que el art. 4º del “*Tratado de Asunción*” se refiere al dumping extrazona y remite a las legislaciones nacionales, mientras que el dumping intrazona ha sido contemplado por las decisiones 63/93, 5/95, 18/96 y 11/97¹². Como a la fecha de la controversia no estaban vigentes las

¹¹ Actualmente, el *Protocolo de Brasilia* ha sido reemplazado por el *Protocolo de Olivos* del 18 de febrero de 2002.

¹² Dec. 63/93 trata el intercambio de información sobre investigaciones intrazona; Dec. 5/95, establece que en el caso de dumping intrazona se aplica la legislación nacional; la Dec. 18/96 aprueba el Protocolo para la Defensa de la Competencia (Protocolo Fortaleza) que establece que se aplica la legislación nacional hasta el 31/12/00, pero de acuerdo al Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial de Comercio; la Dec. 11/97 aprueba el Marco Normativo que interpreta normas del Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial de Comercio para el comercio extrazona, pero de acuerdo a su art. 9º se aplica la

dos últimas ¹³, el Tribunal se vio llevado a analizar la problemática de la obligatoriedad e incorporación de las normas Mercosur y, con este cometido, debió realizar una interpretación de los arts. 41 y 42 del “Protocolo de Ouro Preto”.

De manera similar a lo que ocurre en otras organizaciones internacionales, sean intergubernamentales o supranacionales, las normas que conforman el derecho originario del Mercosur (por ej., *Tratado de Asunción, Protocolo de Brasilia, Protocolo de Ouro Preto*) no son obligatorias si no están vigentes, y, para ello, se requiere la aprobación del acuerdo internacional por cada Estado y de acuerdo con los procedimientos internos de cada uno (art. 41 del *Protocolo de Ouro Preto*). Estas normas hacen a la creación, estructura y funcionamiento del Mercosur, por lo que su recepción por el derecho nacional es similar a la de cualquier otro tratado internacional.

En cambio, las normas del derecho derivado son obligatorias desde que son aprobadas por el órgano capacitado para ello (Consejo Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) y “cuando sea necesario deberán ser incorporadas” (art. 42 *Protocolo de Ouro Preto (POP)*). La posibilidad de ser directamente aplicables o requerirse la vigencia simultánea dependerá de su contenido. En este sentido, no necesitan ser incorporadas cuando hacen al funcionamiento u organización del Mercosur, o el contenido de la norma esté contemplado por la legislación nacional ¹⁴.

Dec. 18/96 y según su art. 3º se debe armonizar la legislación nacional con el Marco Normativo.

¹³ Cuando en Argentina se inicia el procedimiento de investigación ni siquiera había sido aprobada la segunda.

¹⁴ Dec. 23/00 de 29/6/00. Art. 5º: “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur no necesitarán de medidas internas para su incorporación, en los términos del art. 42 del *Protocolo de Ouro Preto*, cuando:

a) los Estados Partes entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del Mercosur. Este entendimiento será explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase: “Esta norma (Directiva, Resolución, Decisión) no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del Mercosur”. Estas normas entrarán en vigencia a partir de su aprobación.

Esta particular forma de aplicabilidad de la norma fue resultado del sistema constitucional de Brasil, pues la sola aprobación por el órgano del Mercosur no basta, en tanto su vigencia depende de la incorporación al ordenamiento nacional de todos los Estados Miembros, o sea que la aplicabilidad de algunas normas del derecho derivado está condicionada a la “vigencia simultánea” (art. 40 POP ¹⁵). En los hechos la incorporación de las normas adoptadas por los órganos del Mercosur ha corrido la misma suerte que la de los tratados suscriptos por los presidentes y sus ministros. Por ejemplo, del total de normas aprobadas por los órganos hasta 2003, 32% necesitan incorporación, 58% de ellas fueron incorporadas por algún o algunos Estados y sólo un 28% por los cuatro Estados. En el caso de los tratados y protocolos, se advierte que a junio de 2004 suman sesenta y nueve, de los que sólo se hallan vigentes veinticinco.

El Tribunal realizó un análisis de esta problemática que partió del concepto de obligatoriedad “limitada por las exigencias de vigencia simultánea” (párrafo 117) y diferenció las obligaciones de hacer (incorporación de la norma cuando sea necesario, art. 42 POP ¹⁶) de las obligaciones de no hacer

b) Existe una norma nacional que contemple en idénticos términos la norma Mercosur aprobada”. (Modificación realizada por Dec. 20/02 del 6 de diciembre de 2002).

¹⁵ Art. 40: “Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2º de este Protocolo, deberá seguirse el siguiente procedimiento:

i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur;

ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;

iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales”.

¹⁶ Art. 42: “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2º de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país”.

(abstenerse de adoptar medidas que se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada no incorporada aún, de acuerdo al principio de buena fe). O sea que, diferenció entre obligaciones contenidas en normas del “*Tratado de Asunción*” y en el “*Protocolo de Ouro Preto*” de las contenidas en normas aprobadas por los órganos, pero aún no vigentes ¹⁷.

En ambos casos, su vigencia requiere de un acto jurídico nacional pues al no ser una organización supranacional, cada Estado Miembro del Mercosur conserva la decisión soberana de incorporar o no la norma y el momento adecuado para hacerlo (párrs. 117 y 119 ¹⁸) ¹⁹. No obstante ello, el Estado es responsable internacionalmente si no incorpora la norma, y esta incorporación debe ser total, pues no se admite la incorporación parcial. Tal es así, que luego del fallo se estableció que, a partir de 30 de junio de 2003, las normas deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos en su texto integral (art. 7° de la Dec. 20/02 de 6/12/02).

Ahora bien, ¿basta la incorporación por un Estado para que se transformen en derecho interno obligatorio? Atento el art. 40 del *Protocolo de*

¹⁷ Como tal pode ser interpretado, por exemplo, o entendimento do Tribunal Arbitral no caso movido pelo Brasil contra a Argentina no marco do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias sobre a aplicação de direitos antidumping sobre carne de frango, que considerou que o caráter obrigatório das normas previsto no artigo 42 (mas também nos artigos 9, 15 e 20) do POP se refere a uma obrigação de incorporar a norma ao sistema jurídico interno, mas não assegura a exigibilidade de seu cumprimento por um outro Estado Parte se não forem cumpridos os procedimentos substantivos e formais do artigo 40 pelos quatro Estados Partes. (*Sistema de Incorporação das Normas do Mercosul à Ordem Jurídica Interna*. Texto para discussão. Carlos Márcio B. Cozendeu -Ministério das Relações Exteriores- 23/10/2001 -texto preparado para o Seminário sobre Incorporação das Normas do Mercosul à Ordem Jurídica Interna).

¹⁸ Párrafo 117: “Dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido”. Párrafo 119: “La apreciación de cuándo es necesario proceder a la incorporación queda en definitiva en manos de cada Estado, como es natural en la estructura institucional del Mercosur”.

¹⁹ “O Estado Nacional permanece único soberano sobre seu território e os compromissos acordados por seus agentes na esfera regional só têm aplicação em seus domínios com seu assentimento posterior. Tal diacronia indica claramente que não estamos no mundo da aplicação direta e do direito comunitário, mas muito próximos do direito internacional” (op. cit., *Sistema de Incorporação ...*).

Ouro Preto no lo es hasta que la normativa entre vigencia. Entonces, ¿qué obligaciones tiene el Estado frente a una norma aprobada por un órgano del Mercosur no vigente? Si efectuamos este mismo planteo a la luz del principio de efecto útil y teleológico existe la obligación de incorporar y aplicar la norma (art. 38 del *Protocolo de Ouro Preto*) de manera de cumplimentar con las disposiciones del derecho fundacional del Mercosur, esto es, con el objeto y fin del *Tratado de Asunción y Protocolo de Ouro Preto*.

A raíz de estas complicaciones que atentaban contra el normal funcionamiento del Mercosur, el Consejo aprobó la Dec. 23/00 relativa a la “*Incorporación de la normativa Mercosur al ordenamiento jurídico de los Estados Partes*”. En ella, se establece que no necesitan ser incorporadas aquellas referidas a asuntos relacionados al funcionamiento interno del Mercosur, y cuando existe una disposición nacional que contemple en idénticos términos a la norma aprobada.

Posteriormente, se aprobó la Dec. 20/02 de CMC de 6 de junio de 2002 que prevé un complejo procedimiento de adopción de normativa Mercosur. A raíz de la naturaleza de la organización en el articulado aparece la expresión “consensuado” para indicar la previa conformidad por consenso de todos los Estados Partes. Esta decisión implica una variante respecto de la anterior, en tanto que luego de que un proyecto de norma haya sido consensuado en algunos de los órganos deberá ser sometido a consultas internas en los Estados a fin de confirmar su conveniencia técnica y jurídica y establecer los procedimientos y el plazo necesarios para su incorporación. Para esta tarea, se ha fijado un plazo de sesenta días (art. 1º). En caso de haber conformidad, el proyecto está listo para ser elevado al órgano decisorio, debiéndose indicar qué organismos internos son competentes para incorporarlo y los procedimientos y los plazos necesarios para hacerlo (art. 2º). Finalmente, y después de que el órgano decisorio haya consensuado el texto del proyecto de la norma, se deberá esperar que los cuatro Estados Partes comuniquen por escrito que están en condiciones de proceder a la incorporación de la norma por medio de actos del Poder Ejecutivo, o de enviarla a la aprobación parlamentaria (art. 3º).

Siendo que la controversia surgió en una fecha muy anterior a estas disposiciones, resultó que el Tribunal estaba frente a la ausencia de normas que regularan expresamente el régimen antidumping intrazona (párrafo 131). Además, dado que la única obligación de los Estados era in-

formar al gobierno del exportador sobre la apertura del procedimiento (de forma de facilitar el derecho de defensa de aquel), procede a analizar sobre la presencia de otra normativa que regule la controversia. Al respecto destacó que hay normas que son relevantes para el presente caso, v.gr., el principio de libre circulación de bienes.

Este principio está contenido en el *Tratado de Asunción*, su Anexo I (art. 2.b.) y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera) al prohibir cualquier limitación o restricción al comercio recíproco. Como consecuencia, las restricciones, en sentido amplio y de cualquier naturaleza, no están permitidas. Esta premisa fue corroborada por el Primer y Segundo Tribunal (licencias de importación y exportación de carne de cerdo, respectivamente), siendo la única obligación impuesta inmediatamente en el *Tratado de Asunción* (párrafo 139) y con fecha determinada para su consumación (31-12-1994). Por ello, es que el Tribunal sostuvo que las limitaciones deben ser examinadas bajo esa perspectiva (párrafo 140), las excepciones deben resultar de textos expresos y no deben encubrir una forma de restricción comercial no admisible (párrafo 141). No obstante ello, el Tratado de Asunción contiene una norma que se refiere expresamente al dumping extrazona, mientras que habla de “competencia desleal” y ordena la elaboración de normas comunes sobre el dumping intrazona en el art. 4°²⁰.

Asistía razón al Tribunal ya que la libertad de circulación de bienes se considera esencial en las organizaciones de integración económica. Al respecto, se refirió a la normativa de la Organización Mundial de Comercio²¹ y confirmó que en este tipo de organizaciones el dumping intrazona está regulado por regímenes comunes de defensa de la competencia (párrafo 145). También cita a normas del NAFTA.

Como resultado de este análisis de diferente normativa internacional tribunal arribó a la conclusión de que las medidas antidumping intrazona

²⁰ “En las relaciones con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio. A tal efecto, aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal. Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial”.

²¹ Art. XXIV del GATT.

son incompatibles con el principio de la libre circulación de los bienes, conforme la jurisprudencia anterior de los tribunales arbitrales Ad Hoc, la normativa del GATT-OMC en materia de áreas de libre comercio y uniones aduaneras, a la “naturaleza de esos procesos de integración y a la práctica de los mismos” (párrafo 146).

Finalmente, pasó a tratar las características de las medidas antidumping, su naturaleza y finalidad. Como medida restrictiva y excepcional del comercio en la zona integrada debe ser utilizada frente a una conducta de competencia desleal. O sea que diferenció derechos antidumping como medida ilícita de su utilización como medida lícita. Desde este punto de vista, sostuvo que es ilícita toda medida de protección del mercado nacional en la que ha existido desviación de poder²², esto es, un simulacro en las actuaciones; mientras que es lícita aquella medida dictada para proteger el mercado nacional frente a una competencia desleal. En este último supuesto debe haber una causa y una finalidad lícitas “ya que no debe ser ajena a la naturaleza del acto utilizado”²³ (párrafo 163).

El Tribunal no revisó detalladamente el procedimiento seguido por Argentina pues para él bastaba que haya respetado ciertos estándares internacionales (párrafo 168). Se refirió a la razonabilidad aceptable (párrafos 168/212). En sí el “principio de razonabilidad” obliga a los Estados a actuar de manera no arbitraria sin exceder el margen de lo necesario para alcanzar los objetivos fundacionales del Mercosur. Al respecto, el Tribunal verificó la existencia o no de una desviación de poder por parte de Argentina y afirmó: “Las discrepancias relacionadas con la existencia de los presupuestos requeridos para la aplicación de los derechos

²² En la aclaración del laudo peticionada por Brasil el 21 de mayo de 2001, el tribunal señaló que la “desviación de poder se refiere precisamente a ese criterio rector y lleva a cotejar el acto cuestionado con la normativa originaria y derivada del Mercosur a fin de apreciar si un determinado instrumento, las medidas antidumping en el caso, ha sido utilizado para violar en forma indirecta o disimulada el principio de libre circulación contenido en la normativa del Mercosur. La desviación de poder no sustituye o reemplaza las fuentes jurídicas del Mercosur sino que procura asegurar el respeto de esa normativa”).

²³ El tribunal entiende que de acuerdo con las normas de la OMC las medidas antidumping sirven para neutralizar una práctica nociva del comercio internacional (párrafo 160).

antidumping, es decir, si hay precio en condiciones de dumping, daño a la producción local y relación de causalidad entre aquél y éste, son aspectos que no corresponde al Tribunal dilucidar, sino apenas determinar si en la aplicación de los criterios controvertidos ha existido un manifiesto abuso o exceso que sea revelador de que el procedimiento ha sido empleado con la finalidad de obstruir al comercio” (párrafo 214).

Por último, debemos hacer una referencia a la validez de las normas y principios del derecho internacional en la materia. Conforme arriba se ha expresado el Tribunal citó legislación comunitaria europea relativa a la competencia desleal (párrafo 156) y disposiciones del NAFTA (párrafo 158), como así también al Acuerdo Antidumping de la OMC y el Acuerdo GATT 1994, otorgándoles un valor interpretativo en relación al sentido y al fin de los procedimientos antidumping. Además, agregó que estas normas y principios no pueden derogar o modificar el ordenamiento interno del Mercosur (párrafo 159).

LAUDO V

LAUDO DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIASOBRE RESTRICCIONES DE ACCESO AL MERCADO ARGENTINO DE BICICLETAS DE ORIGEN URUGUAYO Y SOLICITUD ACLARATORIA

29 de septiembre de 2001

Árbitros: Luis Martí Mingarro (Presidente), Atilio Aníbal Alterini y Ricardo Olivera García¹

República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante) - República Argentina (Parte Reclamada)

*Arturo S. Pagliari **

Sumario: I. Objeto de la controversia. II. La alegación de las partes. III. La solicitud de aclaratoria. IV. Temas de interés tratados en el Laudo V y su aclaratoria.

I. Objeto de la controversia

Si la Argentina ha violado, en virtud de resoluciones AFIP 335/99, 857/00, 1044/01, 1004/01 y 1008/01 (régimen de despacho y valoración aduanera, vinculadas al origen y procedimiento de selectividad), las decisiones CMC 6/94, 16/94, 17/94 y 22/00, así como el art. 1º del Tratado de Asunción y los arts. 1º y 10.2. del Anexo I de dicho tratado.

* Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹

II. La alegación de las partes

El reclamo uruguayo

Uruguay alega que la Argentina, a través de un confuso y complejo proceso de cuestionamiento de origen de los modelos de bicicletas de una empresa uruguaya (Motociclo), ha violado las normas en materia de origen, y el objeto y fin de éstas. En efecto, las normas dictadas por la República Argentina para el control y valoración en Aduana de la mercadería (resoluciones AFIP 335/99, 857/00, 1044/01, 1004/01 y 1008/01), son contrarias a la normativa Mercosur y, en particular, a las decisiones del CMC 6/94, 16/94, 17/94 y 22/00. Además, son violatorias de las normas del GATT pertinentes sobre la materia, y del art. 1° del Tratado de Asunción y los arts. 1° y 10.2. de su Anexo I. Por ende, tales medidas son ilícitas, y el Tribunal debe declararlas absolutamente nulas, permitiendo, en consecuencia, el libre acceso al mercado interno argentino de las bicicletas exportadas desde Uruguay por la firma Motociclo, ajustándose estrictamente a la normativa Mercosur aplicable.

La contestación argentina

La República Argentina niega haber violado la normativa Mercosur y sus resoluciones en materia de certificado de origen. Las acciones aduaneras de selectividad y control adoptadas, son totalmente lícitas.

Sostiene que las argumentaciones uruguayas son infundadas, ya que las medidas que se le reprochan resultan ajustadas al Reglamento de Origen. En efecto, es viable la verificación de certificados de origen, puesto que ellos no hacen plena fe *per se*. Están plenamente justificados los dispositivos aduaneros adoptados en relación con los criterios de selectividad y la exigencia de garantías. Por ello, niega haber incurrido en violación alguna de la normativa Mercosur y, en tal sentido, solicita al Tribunal que declare que las acciones tomadas por su gobierno, respetan fielmente la normativa Mercosur aplicable a la materia (control sobre el origen y valor de las bicicletas exportadas de Uruguay).

Resolución

El Tribunal Arbitral decidió por unanimidad:

1º) Declarar que la resolución de la República Argentina comunicada con fecha 23 de enero de 2001, por la cual se aplica el tratamiento arancelario extrazona a las mercaderías exportadas por la empresa Motociclo es violatoria de la normativa Mercosur, por lo cual: a) Se revoca y se deja sin efecto la referida resolución; b) Se hace saber a la Argentina que deberá permitir el libre acceso al mercado interno, como mercadería intrazona, a las bicicletas objeto de esta controversia exportadas desde Uruguay por la empresa Motociclo, que tengan certificados de origen uruguayo; c) Lo resuelto deja intacta la posibilidad de que la Argentina, para futuros certificados de origen, pueda utilizar eventualmente los procedimientos de verificación establecidos en el Reglamento de Origen Mercosur.

2º) No emitir pronunciamiento sobre la pretensión de Uruguay sobre el procedimiento de selectividad para control aduanero de valor aprobado por las autoridades competentes de la Argentina.

3º) Costos y costas por su orden.

4º) Archivo de las actuaciones en la Secretaría Administrativa.

5º) De conformidad con el art. 21.2 del Protocolo de Brasilia, las partes tienen 15 días para cumplir el laudo.

III. La solicitud de aclaratoria

Ambas partes formularon ante el Tribunal Arbitral sendas solicitudes aclaratorias del referido laudo, fundadas en el art. 22 del Protocolo de Brasilia y el art. 19 de las Reglas de Procedimiento establecidas por el Tribunal.

La República Argentina solicitó aclaratoria sobre los siguientes puntos:

1º) Normativa Mercosur violada.

Está referida al punto primero de la decisión del laudo en cuanto el Tribunal declara que la resolución argentina por el cual aplica el tratamiento arancelario extrazona a las bicicletas exportados desde el Uruguay, “es violatoria de la normativa Mercosur”. En reiteradas oportunidades el fallo se refiere (al tratar el origen de las mercaderías), de un modo

genérico a incumplimientos del Reglamento de Origen Mercosur, “sin especificar en cuál de las prescripciones de tal norma se basa para realizar tales afirmaciones”. En consecuencia, se solicita al Tribunal que aclare, en cada punto, el precepto del Reglamento de Origen que considera que ha violado con su accionar.

2º) Consideración de la prueba ofrecida.

Para la Argentina, existe “oscuridad” en el fallo. Ello de la siguiente contradicción: Por una parte, el Tribunal rechaza por falta de pruebas (inexistencia, insuficiencia, impertinencia o improcedencia de las probanzas) su posición y, por la otra, ni siquiera considera las pruebas aportadas y realizadas por la Argentina.

3º) Revocación de una norma de derecho interno.

Para la República Argentina, el Tribunal se ha arrogado una facultad que no tiene ni le corresponde, cual es la de “revocar” y “dejar sin efecto” la medida cuestionada en la controversia.

El Tribunal ha incurrido en un error que debe ser rectificado: Una medida de derecho interno de un Estado integrante del Mercosur, sólo puede ser revocada por otra norma de la misma naturaleza; nunca por una decisión del Tribunal. Este sólo puede recomendar al Estado infractor, que deje sin efecto la medida en un determinado plazo.

La aclaratoria del Uruguay versó sobre el siguiente punto:

El objeto de la aclaración e interpretación uruguaya se refiere a la interpretación del numeral 2 de la Decisión, en cuanto el Tribunal resuelve no emitir pronunciamiento sobre la pretensión uruguaya sobre el procedimiento de selectividad aduanero aprobado por la Argentina, de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo 3.3.7 de fundamentación del laudo. Este párrafo deja sentado expresamente: “Nada de esto cuestiona, ni puede cuestionar, la vigencia y validez del conjunto normativo argentino (...)”. Y, para terminar, el Tribunal agrega: “Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que la mercancía importada ingrese a la Argentina como intrazona, y por lo tanto, franca de aranceles, puede dar lugar a la aplicación en condiciones no discriminatorias de las normas de valoración (...)”.

En consecuencia, Uruguay considera imprescindible que el Tribunal aclare el alcance de la expresión “en condiciones no discriminatorias”. Es decir, en qué forma la Argentina debe aplicar las normas de valoración en condiciones no discriminatorias.

El Tribunal, por unanimidad, previo extenso tratamiento de cada una de las aclaratorias de las partes, consideró “aclarado” el laudo “en los términos, con el contenido y el alcance que figuran en la fundamentación” que consta en la resolución pertinente (punto 2.), dejando “sin efecto la suspensión de la eficacia del laudo acordada (...) comenzándose desde la notificación de la presente resolución el cómputo del plazo establecido para el cumplimiento del laudo (...)” (punto 1).

IV. Temas de interés tratados en el Laudo V y su aclaratoria

Introducción

El laudo en cuestión aborda interesantes temas doctrinarios. Consideramos que los más relevantes son: a) Fuentes; b) Naturaleza de las normas Mercosur. Derecho originario y derecho derivado; c) Observancia de las normas procesales. Importancia; d) Método de interpretación de las normas mercosureñas, en especial, el Tratado de Asunción; e) Aplicación, vigencia y eficacia de las normas; f) Los laudos arbitrales: f.1. Cumplimiento, plazo y suspensión; f.2. Efectos; f.3. Recurso de Aclaratoria: Naturaleza y efectos; f.4. Incumplimiento y sanciones; g) Principios de derecho internacional: g.1. Soberanía; g.2. No discriminación; g.3. Libre comercio; g.4. Seguridad jurídica.

1. Fuentes

En este sentido, el Tribunal establece concretamente que, “*conforme el art. 19 del Protocolo de Brasilia las fuentes normativas del Mercosur (...) son las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia*”.

Los principios del derecho internacional constituyen fuente normativa del Mercosur (art. 19); en consecuencia, constituyen un elemento fundamental a tener en cuenta en el proceso de integración del Mercosur.

Entre las fuentes normativas establecidas para el Mercosur y las tradicionales propias del derecho internacional, caben las siguientes consideraciones: a) Existen fuentes comunes a ambos conjuntos normativos, por ejemplo, los tratados; b) No está consagrado en el Mercosur, la costumbre como fuente de su orden jurídico; c) Sin embargo, su remisión a los principios del derecho internacional, permitiría afirmar que no quedan excluidos como fuentes los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia. También, sería interesante analizar si los principios propios del derecho de la integración constituyen de algún modo fuente del ordenamiento Mercosur.

2. Normas. Naturaleza. Derecho originario y derecho derivado

Para el Tribunal, la normativa del art. 19 del PB consagra un derecho originario constituido por las normas de los tratados y sus anexos, y los acuerdos entre los Estados, y un derecho derivado formado por las decisiones del CMC, y las resoluciones del GMC, a las que se agregan - conforme al art. 41 del POP- las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur.

Estas últimas, tienen carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (art. 42 POP) (ver Res. 20/02 CMC) (cita como antecedente el laudo sobre “Cerdos RA c/ Brasil”, 29/9/99).

3. Cuestiones procesales

También destaca el Tribunal, la importancia de respetar las formas, es decir, resalta la importancia de las normas procesales en los procesos de integración, ya que, a veces, el incumplimiento de tales normas, constituye una franca violación de los fines y objetivos del proceso de integración.

El Tribunal, al analizar el procedimiento de verificación del origen de la mercadería realizado por la autoridad argentina directamente a través de la firma exportadora uruguaya, declara que la República Argentina ha pres-

cindido de los procedimientos establecidos por el Reglamento de Origen Mercosur. Esta actitud argentina representa un vicio formal en la tramitación de dicho certificado, lo que, a juicio del Tribunal, invalida su resultado.

En efecto, manifiesta el laudo que: “En un proceso de integración como el Mercosur, el respeto de los cauces procesales establecidos resulta especialmente exigible, en la medida en que, a través de ellos, se tutelan de manera muy cuidadosa y afinada la adecuación a los objetivos, fines y principios del Tratado de Asunción. No se trata pues de garantías formales, vacías de significado”. Por el contrario, una desviación procesal indebida puede ocasionar una distorsión final de su resultado.

4. Interpretación. Objeto y fin del T.A.

Los Estados tienen la obligación de no frustrar la aplicación de las normas Mercosur, como así también, el cumplimiento de los fines del T.A. y sus protocolos complementarios. Dicha obligación, en cuanto a su aplicación, se encuentra regida por normas generales de derecho internacional en materia de interpretación, y por reglas generales sobre la materia propias de todo proceso de integración.

Los procesos de integración poseen una perspectiva finalista, hecho éste destacado y reafirmado por la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, el Tribunal sostiene (citando al laudo del Tribunal que entendió en la reclamación de la Argentina al Brasil de fecha 29/9/99) que: “El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración (...) constituyen un marco, una estructura para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido”.

Agrega el Tribunal para reafirmar su postura, que la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en el art. 31.1, dispone que un tratado debe ser interpretado de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin, lo que constituye una regla holística de interpretación.

Por último, sobre este particular, el laudo establece que la aplicabilidad de las normas y fines del T.A. debe ser realizada desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacio-

nal, normas éstas, que constituyen fuente normativa del Mercosur de acuerdo a lo dispuesto por el art. 19 del T.A. Para el Tribunal, esta referencia cobra especial relevancia en el Mercosur -como proceso de integración en formación-, ya que “requiere una constante elaboración de la normativa interna así como la coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional (...)”.

5. Aplicación. Vigencia y eficacia de las normas

Que las normas requieran implementación, no significa que sea ineficaces. Los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación, así como también los fines del Tratado de Asunción.

En laudos anteriores (1 y 2), los tribunales arbitrales, refiriéndose a la aplicación directa de las normas Mercosur -específicamente a las emanadas de los órganos capacitados para dictar decisiones o resoluciones-, habían establecido una diferencia entre normas operativas, y aquellas que necesitan de algún acto jurídico posterior para su implementación.

Lo curioso del laudo que nos ocupa, es que se refiere a la eficacia propiamente dicha de lo resuelto en el fallo y a su efecto concreto: dejar sin efecto una resolución emanada de un órgano del Estado argentino. Es decir, no le ordena a la Argentina que dicte una norma que deje sin efecto una anterior, sino que, directamente -por obra y gracia de lo resuelto en el laudo- la deja sin efecto ni valor jurídico alguno.

El Tribunal funda su postura en tres principios: a) La protección del orden jurídico mercosureño mediante la labor de los tribunales arbitrales; b) La necesidad concreta de dar eficacia directa a lo resuelto por sus laudos; c) La preservación del principio de seguridad jurídica.

- “La creación del orden jurídico Mercosur (...) requiere un instrumento de protección que queda deferido a los tribunales arbitrales ad hoc cuando los conflictos toman estado litigioso”.

- Esa protección está dada, como en el caso de autos, justamente por la necesidad de dar eficacia directa a las resoluciones como la otorgada en el presente laudo.

- Esta “es la única forma de hacer efectivo el pronunciamiento en el caso concreto preservando el valor de la seguridad jurídica ante una per-

turbación directa del ordenamiento derivada de una decisión individualizada”.

6. *Laudo*

6.1. *Cumplimiento. Plazo. Suspensión*

El Tribunal debe expedirse dentro de un plazo de sesenta (60) días, prorrogables a treinta (30) días más, a partir de la designación de su presidente.

El laudo arbitral debe expresarse por escrito, adoptarse por mayoría, ser fundamentado y suscripto por el presidente y los demás árbitros del Tribunal.

Es inapelable y adquiere la calidad de cosa juzgada desde su notificación a los Estados Partes. Al menos que el propio Tribunal hubiera fijado otro tiempo, el laudo debe ejecutarse dentro de los quince (15) días desde su dictado.

El plazo indicado para el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, puede ser suspendido por disposición del propio Tribunal, en el supuesto que los Estados Partes en la controversia, dentro de ese plazo de 15 días de notificado el fallo, soliciten una aclaración o interpretación de la forma en que debe cumplirse. En ese caso, el Tribunal tiene otros quince (15) días para resolver la aclaratoria y, si lo considera pertinente, puede suspender la ejecución hasta tanto decida sobre este nuevo requerimiento. Si así lo hiciere, el plazo para el cumplimiento del laudo, comienza a correr, desde la fecha que es notificada la decisión que resuelve la aclaratoria. Tal fue lo resuelto en este caso. En efecto, en el punto 1 de la Resolución dictada con motivo de las aclaratorias interpuestas por ambas Partes, el Tribunal estableció: *“Alzar y dejar sin efecto la suspensión de la eficacia del laudo acordada en virtud de lo establecido en el apartado 3 del art. 22 del Protocolo de Brasilia, comenzándose desde la notificación de la presente resolución el cómputo del plazo establecido para el cumplimiento del laudo en el art. 21.2 del Protocolo de Brasilia”*.

Puede suceder que un Estado Parte no cumpliera el laudo dentro de los treinta (30) días; en este caso, el Protocolo de Brasilia en su art. 23 establece que los otros Estados participantes en la controversia pueden

adoptar medidas compensatorias temporales, tales como la suspensión las concesiones u otras equivalentes a los fines de obtener el cumplimiento (laudos 1 y 2).

6.2. *Laudo. Efectos*

La Argentina, en su aclaratoria, cuestionó la facultad que se arrogó el Tribunal de revocar y dejar sin efecto una medida adoptada por la autoridad aduanera argentina.

Tal cuestionamiento dejó planteado el interrogante si las decisiones del Tribunal Arbitral tienen efectos meramente declarativos, o de plena jurisdicción².

Sobre esa cuestión, el Tribunal en el laudo que nos ocupa, sentó las siguientes precisiones:

- En el Mercosur la función jurisdiccional se atribuye a tribunales arbitrales ad hoc de manera genérica, sin especificar la naturaleza de los conflictos entre Estados (separa sólo lo referido a los reclamos de particulares).

- “El Protocolo de Brasilia, que en virtud de su art. 33 forma parte integrante del Tratado de Asunción, establece como contenido de los procedimientos de solución (...) la interpretación, aplicación o incumplimiento...” (art. 1º).

- “El art. 8º consagra la obligatoriedad, *ipso jure* y sin necesidad de acuerdo especial de la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias”.

- El art. 19.1. establece la facultad del Tribunal para decidir la controversia en base a los elementos normativos que allí se citan, sin determinar el carácter declarativo o de plena jurisdicción que hayan de tener los laudos.

² Para casos como el presente no resulta fácilmente extrapolable la sistemática jurisdiccional de la Unión Europea. Esta desarrolló desde su inicio un sistema jurisdiccional articulado sobre distintos recursos: incumplimiento, reenvío judicial, anulación, responsabilidad y por incumplimiento.

- “Y es lógico que así sea dada la muy diversa naturaleza de los conflictos posibles. Esa diferente configuración permite concebir la existencia de laudos declarativos, para los supuestos en que las características de la infracción (...) requieran de un nuevo acto normativo del Estado infractor para su corrección; lo que no obsta a cuando se trate de un aplicativo individualizado pueda resolverse en plenitud de jurisdicción (...) dando así relevancia al efecto directo del derecho Mercosur pronunciado individualizadamente a través del laudo”.

- Lo más coherente con el ordenamiento Mercosur es la revocación del acto concreto y el mantenimiento de los bloques normativos concernidos.

- Esta doble decisión, mantiene a la vez la primacía y el efecto directo del ordenamiento Mercosur, y la soberanía a efectos normativos de los Estados Parte.

6.3. Recursos. Aclaratoria. Naturaleza. Efectos

La solicitud o recurso de aclaratoria, se encuentran contemplados en el art. 19 de las Normas de Procedimiento establecidas por el Tribunal Arbitral y el art. 22 del Protocolo de Brasilia.

El laudo efectúa las siguientes precisiones sobre la solicitud de aclaratoria:

- a) Naturaleza: no constituye un dispositivo de revisión de la resolución;
- b) Efectos: no puede producir modificaciones de lo resuelto en el laudo;
- c) Finalidad: c.1. Aclaración propiamente dicha, en cuanto pretende aclarar algún punto oscuro del laudo; c.2. Salvar contradicciones que eventualmente pudieren existir en el laudo; c.3. Corregir errores materiales que requieran ser subsanados; c.4. Interpretar la forma en que debe cumplirse el laudo.

- El laudo precisa el alcance y efectos del recurso en los siguientes términos: La aclaratoria “no constituye un dispositivo de revisión de la resolución ya adoptada ni puede tener, por lo tanto, alcance modificativo del laudo ya pronunciado”.

- Su finalidad es dar oportunidad a las Partes y al Tribunal para aclarar algún extremo oscuro, salvar alguna contradicción o introducir correcciones de errores materiales que requieran subsanación.

- “También el trámite puede utilizarse para recabar una interpretación sobre la forma en que deba cumplirse el laudo”.

6.4. Incumplimiento. Sanciones

Las infracciones a la normativa Mercosur pueden ser analizadas desde tres perspectivas distintas: a) Por aplicación unilateral de medidas sancionatorias de uno de los Estados ante la presunta violación cometida por otro; b) Las sanciones impuestas por un Tribunal en virtud de infracciones constatadas en un proceso jurisdiccional por una de las partes; c) Las sanciones impuestas por un Estado Parte ante el incumplimiento de otro, de lo resuelto en un fallo arbitral.

El fallo contempla los dos primeros. En efecto, analiza la actitud argentina que ante una presunta infracción uruguaya en la emisión de un certificado de origen, unilateralmente, le impone a la empresa uruguaya un tratamiento extrazona. En este sentido, el Tribunal se pronuncia estableciendo que tal circunstancia “*no puede dar lugar a las consecuencias punitivas aplicadas por la República Argentina*”. Agrega, que resultan aplicables al marco jurídico del Mercosur los principios generales en materia de derecho sancionatorio, Estas normas imponen una razonable adecuación o proporcionalidad entre la infracción y la sanción impuesta.

Las sanciones impuestas por el Tribunal, el segundo caso, constituyen una facultad innata del órgano jurisdiccional. En tal sentido, el Tribunal dispuso que la infracción cometida por la República Argentina -(Pronunciamiento contenido en la carta del Ministerio de Economía de fecha 23/1/01) (que a las mercaderías de origen uruguayo les corresponde el tratamiento arancelario extrazona)-, debe ser revocada y dejada sin efecto. Así lo declara el Tribunal, dejando sin efecto cualquier otra derivación sancionatoria (como lo solicitaba Uruguay).

El Tribunal, sin perjuicio de dejar a salvo la vigencia y validez del sistema normativo argentino, para fundamentar tanto la sanción impuesta (revocar una norma argentina), como para acreditar la facultad de hacerlo, sienta las siguientes precisiones:

- El Tribunal es respetuoso de los derechos de soberanía de los Estados, lo que significa dejar claramente a salvo la facultad normativa de éstos.

- Pero ese respeto a la capacidad soberana de los Estados (con los límites impuestos por el T.A.), no constituye un obstáculo para que el Tribunal considere que un acto específico de la Aduana argentina, pueda y deba ser revocado, dejándolo sin valor y efecto, máxime si éste tiene ingredientes de ilicitud.

- En primer lugar, porque se trata de un acto administrativo sin rango normativo, ni generalizador; en segundo término, porque es un acto individualizado que no pudo ni debió nacer a la vida jurídica.

- Se trata de un acto administrativo específico que contraviene directa y palmariamente un principio básico establecido en el art. 1° del T.A., como es el de la “libre circulación de bienes, servicios y productos” entre los países del Mercosur.

- Así también contraviene la prohibición de aplicación de normas internas en condiciones discriminatorias, violando lo dispuesto en el inc. 1 del art. 1° del T.A.

- El orden jurídico Mercosur requiere un instrumento de protección cuando los conflictos toman estado litigioso.

- Esa protección está dada, como en el caso de autos, justamente por la necesidad de dar eficacia directa a las resoluciones como la del presente laudo.

- Esta es la única forma de hacer efectivo el pronunciamiento en el caso concreto preservando el valor de la seguridad jurídica ante una perturbación directa del ordenamiento derivada de una decisión individualizada.

7. Principios

En el laudo, el Tribunal hace referencia a una serie de principios, algunos de los cuales son propios del derecho internacional y, otros, particulares de los procesos de integración, como el Mercosur. Entre los primeros, encontramos el llamado de soberanía, y entre los segundos, el fallo destaca los principios de no discriminación y de libre circulación de bienes y servicios.

7.1. Soberanía

El principio de igualdad soberana de los Estados, es la base fundamental del sistema internacional. Se encuentra consagrado en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2º, párrafo 1º): “La Organización está basada en el principio de igualdad soberana de los Estados”, como así también en la Resolución de la AGNU 2625 (XXV) en la que se deja claramente establecido que el derecho de igualdad soberana comprende, entre otros, los siguientes principios: la igualdad jurídica entre los Estados; el deber de respetar la personalidad de los demás Estados; la inviolabilidad de la integridad territorial y la independencia política de los Estados; el derecho de cada Estado de elegir y llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural.

Por ello, el laudo es cuidadoso en destacar y resaltar este principio, al decir: *“Lo resuelto, no cuestiona ni puede cuestionar, la vigencia y validez del conjunto normativo argentino. En efecto, el Tribunal es respetuoso de los derechos de soberanía de los Estados, lo que significa dejar claramente a salvo la facultad normativa de los mismos”*.

“El Tribunal ha mostrado explícitamente, y no podría ser de otra forma, especialísima atención a los derechos de soberanía de los Estados implicados en la controversia, dejando a salvo la facultad normativa de los mismos de manera expresa”.

Pero ese respeto a la capacidad soberana de los Estados (con los límites impuestos por el T.A.), no constituye un obstáculo para que el Tribunal considere que un acto específico de la Aduana argentina, pueda y deba ser revocado, dejándolo sin valor y efecto, máxime si tiene ingredientes de ilicitud. En primer lugar, porque se trata de un acto administrativo sin rango normativo, ni generalizador; en segundo término, porque es un acto individualizado que no pudo ni debió nacer a la vida jurídica.

7.2. No discriminación

El principio de libre circulación, que nace de la naturaleza misma del Tratado de Asunción, está basado en dos pilares: La armonización de las normas Mercosur y la igualdad de trato.

Refiriéndose al primero de esos pilares, la armonización de las normas mercosureñas, el Tribunal estableció: *“La norma que establece el deber*

de armonización y eliminación de obstáculos a la libre circulación de bienes nace del Tratado y es deducida de algunos de sus puntos y ha sido también recordada en decisiones de tribunales anteriores”.

Sobre el segundo tema, la igualdad de trato, cabe precisar que este principio está vinculado directamente con el principio de no discriminación de los Estados partes, tanto de hecho como de derecho. Las disposiciones de orden interno de los Estados Partes, no pueden aplicarse en condiciones discriminatorias, violando lo dispuesto en el inc. 1° del art. 1° del Tratado de Asunción.

Sobre este particular, el Tribunal al referirse a la aplicación de la normativa argentina sobre procedimientos de selectividad para control aduanero, manifestó que era una potestad soberana del Estado. *“Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que la mercadería importada que ingresa a la República Argentina como intrazona, y por lo tanto, franca de aranceles, pueda dar lugar a la aplicación en condiciones no discriminatorias de las normas de valoración a efectos de la tributación interior que en su caso resultare procedente”.*

Al analizar la aclaratoria interpuesta por la Uruguay sobre “de qué forma la República Argentina debe aplicar las normas de valoración (...) en condiciones no discriminatorias”, el Tribunal expresó: “La prohibición de la aplicación de normas internas en condiciones no discriminatorias constituye un elemento esencial del ordenamiento Mercosur conforme al inciso primero del art. 1° del Tratado de Asunción. Por tanto, cualquier actuación fiscal de los Estados parte está sujeta a esa prohibición de discriminar”.

Con posterioridad, en el Laudo 8, el Tribunal Arbitral Ad Hoc constituido para entender en la controversia entre Paraguay y Uruguay (IMESI), ratificó y amplió estos conceptos. En efecto, dejó sentado que la normativa de los Estados puede ser examinada desde un doble aspecto: en su aplicación concreta y en cuanto a su existencia; en lo relacionado a su aplicación concreta, es decir, en lo referente a su implementación y forma de llevarla a cabo (efecto administrativo de la norma), puede tener un efecto discriminatorio o no, de acuerdo con el criterio interpretativo que se adopte; en el otro aspecto, existencia de la norma cuyo propio contenido es discriminatorio, cabe señalar que, jurídicamente no puede existir una norma dentro de la legislación de los Estados Miembros cuyo contenido sea discriminatorio, como así tampoco puede existir una práctica administrativa que tenga como efecto la discriminación, aunque dicha norma, no fuere, por ella propia, discriminatoria.

La libre circulación tiende a eliminar todas las diferencias arancelarias y, en el caso de excepciones, éstas han de ser especificadas. El art. 7° establece la Obligación del Trato Nacional, es decir, que el producto importado intrazona circule con la misma libertad y condiciones que el producto nacional. Es decir, que cualquier Estado del Mercosur puede gravar los bienes dentro su territorio, pero no lo puede hacer de manera que un producto de otro país miembro sea tratado de forma discriminatoria con respecto a productos similares nacionales.

7.3. Libre comercio

Tanto en el Laudo 1 como en el 3, los tribunales arbitrales se habían ya referido a la obligación que tiene el árbitro de respetar el principio rector del libre comercio al interpretar una disposición de derecho comunitario.

Todo proceso de integración regional supone la liberalización del comercio entre los países miembros, discriminando contra el resto del mundo. En función de la voluntad de conformar un bloque regional, todos los actos (relativos a la materia comercial) que se realicen deben ser tendientes a lograr el objetivo del proceso, cual es la liberalización comercial, evitando generar obstáculos a éste.

La liberación comercial en los procesos de integración, constituye su masa crítica, fundamental para impulsar las acciones hacia un mercado común.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal resalta el principio de libre comercio en el proceso Mercosur, ya que la medida argentina *“ha producido una restricción indebida e injustificada de la libre circulación de mercancías en el ámbito Mercosur contrariando con ello -para este supuesto- los principios y fines mismos del Tratado de Asunción”*.

Se trata de un acto administrativo específico que contraviene directa y palmariamente un principio básico establecido en el art. 1° del T.A., como es el de la *“libre circulación de bienes, servicios y productos”* entre los países del Mercosur.

7.4. Seguridad jurídica

En el pronunciamiento del Tribunal Arbitral en la controversia entre Brasil y Argentina (textiles), ya había sido resaltada la importancia del

principio de la seguridad jurídica. Los actos que realicen los Estados Miembros del Mercosur deben fundarse en normas surgidas del acuerdo entre las partes. La regulación del uso de medidas que afectan al comercio, reviste un trascendencia primaria en el establecimiento de un standard mínimo de certeza jurídica para todos los actores relacionados con el comercio dentro de una unión aduanera. La necesidad de certeza jurídica y previsión no se limita al interés de los Estados Miembros del Mercosur, sino que incluye a toda la comunidad relacionada con negocios que tienen una expectativa legítima sobre la existencia actual de un libre comercio.

En el laudo que analizamos, el fundamento determinante del Tribunal para revocar la medida argentina directamente fue, justamente, el principio de seguridad jurídica que, a su entender, constituye uno de los pilares del proceso del Mercosur.

Para el Tribunal, la revocación y la declaración de nulidad del acto normativo argentino, “es la única forma de hacer efectivo el pronunciamiento en el caso concreto preservando el valor de la seguridad jurídica ante una perturbación directa del ordenamiento derivada de una decisión individualizada”.

LAUDO VI

LAUDO DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIASOBRE PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS (REMOLDED) PROCEDENTES DE URUGUAY

9 de enero de 2002

Árbitros: Raúl Emilio Vinuesa (Presidente), Maristela Basso y Ronald Herbert ¹

República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante) - República Federativa de Brasil (Parte Reclamada)

*Zlata Drnas de Clément **

Sumario: I. Introducción. II. Alegaciones de las Partes. III. Consideraciones del Tribunal. IV. Objeto de la controversia. V. Derecho aplicable. VI. Conclusiones del Tribunal. VII. Decisión.

I. Introducción

El Tribunal se pronunció tras casi cuatro meses de proceso, ya que hizo uso de la prórroga para expedirse contemplada en el art. 20 del Protocolo de Brasilia (PB) y, además, el 28 de diciembre *solicitó a las Par-*

* Académica de Número. Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹

tes (situación no contemplada en el PB ni en el Reglamento del PB) una *extensión del plazo para producir el laudo*, lo que las Partes concedieron. En la demora incidió también el comportamiento de las Partes, las que, cuando el Tribunal convocó a *audiencia* para el 3 de diciembre, solicitaron *suspensión de los plazos*, celebrándose la referida audiencia recién el 18 de diciembre.

En lo que hace a los *aspectos formales* del laudo, particularmente, llama la atención que éste no numere los párrafos como lo hicieran los laudos I, II, IV, V, VII y IX, ordenación que, *a posteriori*, facilita la precisión de eventuales citas. También sorprende que el pronunciamiento se inicie con la expresión “Visto”, parte única, dividida en “I. Resultando”, “II. Considerando”, “III. Conclusiones”, “IV. Decisión”².

El “*Resultando*” se ocupa de: a) Tribunal Arbitral, b) Representantes de las Partes, c) Tramitación, d) Alegaciones de las Partes.

Al referirse a “Tramitación”, el laudo hace referencia a que Uruguay, a través de la Nota N° 538/01 del 15 de marzo de 2001, solicitó a Brasil el inicio de las negociaciones directas, situación que fue comunicada a la Secretaría Administrativa del Mercosur por Nota N° 541/01.

El 23 de abril se llevaron adelante, en Asunción, las negociaciones directas. El 31 de mayo Uruguay comunicó a Brasil su decisión de dar por terminadas las negociaciones directas y ese mismo día solicitó a la presidencia *pro tempore* que la controversia fuera incluida en la agenda de la próxima reunión del GMC. Ello, al igual que en los laudos anteriores, pone en evidencia la dependencia de la dinamicidad del sistema de solución de controversias de la periodicidad de las reuniones del GMC.

Los días 12 y 13 de junio de 2001 la controversia fue considerada durante la XLII Reunión Ordinaria del GMC y nuevamente tratada en la XXI Reunión Extraordinaria. No habiéndose alcanzado acuerdo, se dio por terminada la intervención del GMC.

Por nota del 27 de agosto Uruguay notificó a la SAM su decisión de iniciar el procedimiento arbitral (con notificación a Brasil y al GMC).

² Los laudos I, VII y IX también hacen uso de esta la palabra “Visto”, pero no numeran los resultandos ni las otras partes del pronunciamiento.

II. Alegaciones de las Partes

Reclamo de Uruguay

El objeto de la reclamación ha estado centrado en la Portaria de la Secretaría de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (SECEX) 8/00 del 25 de septiembre de 2000 que dispuso la no concesión de licencias de importación de neumáticos recauchutados.

Con anterioridad, la Portaria 8/91 del 13 de mayo de 1991 había prohibido la importación de neumáticos usados pero no la de recauchutados (reformados, remodelados, recapados), distinguiéndose las posiciones de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM) 4012.10 (recauchutados) y 4012.20 (usados). La Portaria 8/00 al referirse genéricamente a la posición 4012, amplió la prohibición existente para los usados a los tres tipos de neumáticos reformados y violando con ello las disposiciones del Tratado de Asunción (T.A.) y de su Anexo I, la Dec. 22/00 (compromiso de no adoptar ninguna medida restrictiva al comercio recíproco entre Estados Partes del Mercosur) y ciertos principios generales de derecho.

Ya el 19 de septiembre de 2000, Brasil había informado a los operadores de comercio exterior que comenzaba a exigir licencias de importación previa para los neumáticos recauchutados clasificados en la Posición NCM 4021, lo que constituía violación de la Dec. 22/00.

Uruguay argumentó y acompañó pruebas de que diversas autoridades brasileñas admitieron formalmente entre 1996 y 2000 la procedencia de importaciones de neumáticos “reformados”. Incluso CONAMA, según afirmación uruguaya, había efectuado una clara distinción entre neumáticos usados y reformados tanto en lo que hace a cuestiones de defensa ambiental como a régimen de importación.

Uruguay también rechazó la eventual pretensión de Brasil de fundar su comportamiento en:

- la reducción de la clasificación de los neumáticos sólo en “usados” y “nuevos” (NCM 4011);
- la libertad de cada Estado para determinar unilateralmente el concepto de bienes “usados”. Ello, aun cuando la Res. 109/94 del GMC instruye a la CCM para presentar un reglamento común sobre importación de bienes usados, indicando que mientras no se apruebe éste, los EP apli-

carán sus respectivas legislaciones sobre importación de bienes usados, basándose en que esa libertad “no puede violar normas técnicas ni criterios de la NCM ni el sentido común”;

- que la Portaria 8/00 sólo es rectificación de mala interpretación anterior;

- que la Portaria 8/00 responde a nuevas medidas de protección del medio ambiente, ya que no se compadece con el alcance interpretativo dado a la Portaria ni a la Res. 258/99 de CONAMA.

Asimismo, señaló el inequívoco propósito de Brasil de obstaculizar la importación de recauchutados, ya que el decr. 3919/01 que complementa el decr. 3179/99 con el art. 47, establece multas especiales a recauchutados, imponiendo exigencias adicionales a los extranjeros respecto de los neumáticos reformados en Brasil.

Uruguay invocó que la Portaria SECEX 8/00 viola:

- el art. 1° del T.A.;

- arts. 1°, 10 inc. 2 del Anexo 1 del T.A.;

- la Dec. 22/00, porque consagra una nueva prohibición al comercio recíproco;

- los principios generales del derecho *pacta sunt servanda* y “buena fe” contemplados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en sus arts. 18, 26 y 33.1, principios que adquieren mayor relevancia en los procesos de integración dado que su “formación sucesiva” exige tener en cuenta el cúmulo normativo que lo va conformando, según lo resaltado en los laudos arbitrales anteriores. También invocó el principio de *estoppel* o *venire contra factum proprium*, dada la inconsistencia entre las alegaciones de Brasil y su conducta previa.

Solicitó que el Tribunal Arbitral declare que las medidas adoptadas por Brasil e impugnadas por Uruguay, en especial la Portaria 8/00, son violatorias de la normativa del Mercosur y ordene a Brasil declarar la nulidad de todas las medidas referidas y permita el libre acceso a su territorio y comercialización en el mercado interno de los neumáticos remoldeados exportados desde Uruguay.

Respuesta de Brasil

La contestación de Brasil se centró en:

- la falta de disposición de Uruguay para utilizar plenamente las posibilidades de la fase de negociaciones directas que precedieron la presentación ante el Tribunal Arbitral;
- la finalización de la primera sesión de las negociaciones directas a insistencia de Uruguay quince minutos después del inicio de la sesión el 23 de abril de 2001, sin que el gobierno de Brasil hubiese sido informado con claridad sobre los argumentos de la controversia;
- la preocupación de Brasil para encontrar solución antes de la etapa arbitral;
- la no invocabilidad como medidas modificatorias de la Portaria 8/00 del decr. 3919/01 y la Portaria del Instituto Nacional de Meteorología, Normalización y Calidad Industrial (INMETRO) 133/01, normas que fueron adoptadas en el contexto de protección ambiental y de los consumidores, respectivamente.
- la improcedencia de pronunciamiento del Tribunal sobre otras medidas brasileñas tendientes a obstaculizar el acceso al territorio y comercialización de neumáticos remoldeados, dado que no fueron incluidas en fases anteriores, a más de que el pedido uruguayo era muy genérico por hacer referencia a “toda otra medida”;

Argumentó que:

- de conformidad con el derecho brasileño amparado por la Res. GMC 109/94, los recauchutados no pueden ser considerados usados;
- al no consignar en el SICOMEX que los recauchutados eran usados, los importadores burlaron la prohibición de importación de usados;
- los términos “usados” y “remoldeados” no son vocablos científico-técnicos, sino legos-comerciales;
- que los “remoldeados” no podían ser considerados “nuevos”;
- la subclasificación no era para distinguir entre la naturaleza de “nuevo” y “usado” sino para diferenciar bienes que por sus características son comercialmente diferenciados;
- la Portaria 8/00 sólo había pretendido reforzar y aclarar la Portaria 8/91, es decir. *interpretar*;
- las resoluciones de CONAMA no podían ser tomadas en consideración a los fines comerciales ya que no son funciones de esa institución;
- de la *excepción* dada a los recauchutados para aviones (DECEX 8/91) no podía inferirse una norma general;

- la armonización de los regímenes nacionales para usados no se había alcanzado (GMC 109/94), por lo que el Estado tenía derecho a establecer el régimen de los recauchutados-usados;
- la Dec. CMC 22/00 no establece ninguna nueva obligación sino sólo reitera obligaciones originarias del Anexo I del T.A.;
- de conformidad con la Dec. CMC 3/94 (que deroga al T.A. en materia de restricciones no arancelarias - Art. 41 POP), la comercialización de piezas de automotores usadas era materia a armonizar;
- no podía considerarse “arbitrario” el accionar de Brasil ya que ha obrado en el marco de las *libertades* otorgadas por la Res. GMC 109/94, las que no podían ser limitadas por el estoppel (argumento discutible);
- los neumáticos usados a los que se agrega caucho (30 % de material nuevo), no podían ser considerados “nuevos”, siendo su rendimiento en un 30 a 60 % menor al de los nuevos;
- en el ámbito del Mercosur, Argentina, también prohibía la importación de recauchutados;
- en lo que hace a las “otras medidas” que impiden el acceso y comercialización en Brasil, el decr. 3919/99 eran del Ministerio de Medio Ambiente y no comerciales;
- no era invocable en su contra el *estoppel* ya que no hubo de su parte comportamiento constante e inequívoco que pudiera crear expectativas y derechos al Uruguay en la materia;
- el Tribunal Regional Federal de Río Grande del Sur de Tercer Turno, recordó que la Portaria 8/91 del DECEX prohibía la importación de usados, lo que incluía a los recauchutados;
- el Supremo Tribunal de Cuarto Turno decidió que era legítima la restricción a los recauchutados;
- el *objeto de la controversia* quedaba limitado a las discusiones y planteamientos efectuados en las etapas previas al procedimiento arbitral, conforme al art. 28 del Protocolo de Brasilia.

III. Consideraciones del Tribunal

En el *Considerando*, el Tribunal se ocupa del objeto de la controversia y el derecho aplicable.

IV. Objeto de la controversia

El Tribunal Arbitral, tras resumir las reclamaciones de Uruguay y la respuesta de Brasil, hace *interpretación* del art. 28 del Reglamento del PB, que expresa que: “el objeto de la controversia (...) quedará determinado por los escritos de presentación y respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente”, entendiendo que el objeto de la controversia en el procedimiento arbitral debe estar comprendido y directamente relacionado con las cuestiones discutidas en la etapa previa de negociaciones directas, pero que, en la etapa arbitral, las Partes “pueden completar y profundizar la argumentación”³.

No considera objeto de la *litis* al decr. 3901 /01, si bien entiende que su conformidad o no con la normativa Mercosur dependerá de la resolución del Tribunal con relación a la Portaria 8/00. Tampoco considera objeto de la *litis* a la Portaria INMETRO 133/01, que tiene por finalidad proteger al consumidor y amplía el contenido de las materias y temas inicialmente planteados por Uruguay, aun cuando su conformidad con la normativa dependerá, también, de la resolución del Tribunal con relación a la Portaria 8/00.

Considera que “los actos normativos y medidas” que directa o indirectamente impidan el acceso al mercado brasileño de neumáticos reformados, no pueden integrar el objeto de la *litis* en razón de inespecificidad y grado de abstracción.

V. Derecho aplicable

Divide el tratamiento en dos partes: 1) marco normativo general y 2) marco normativo particular. Al primero, a su vez, lo divide en: a) Introduc-

³ Debe tenerse presente que el Tribunal Arbitral en el Laudo III recuerda al Laudo I, el que en su párrafo 53 establece que no se pueden agregar en la última instancia cuestiones no procesadas en etapas anteriores y que los escritos de presentación y respuesta deben ajustarse a esa regla. También efectúa similar manifestación el Laudo IV en párrafo 129.

ción; b) Tratamiento de las restricciones al comercio y c) Principios generales en materia de integración.

1. Marco normativo general

a. Introducción

El Tribunal aclara los alcances del art. 19 del PB en materia de “fuentes”, recordando que el derecho originario está conformado por el T.A., sus anexos y los acuerdos entre Estados, en tanto el derecho derivado está integrado por las decisiones, resoluciones y aun cuando no lo señale expresamente el art. 19, las directivas (de conformidad al art. 41 del POP) y los “principios y disposiciones” del derecho internacional. Por ello, el Tribunal considera que deben tener en cuenta los *criterios integradores de la normativa Mercosur* con las normas y principios que regulan el Derecho internacional.

b. Tratamiento de las restricciones al libre comercio

El Tribunal recuerda:

- el art. 1° del T.A., el que establece que el mercado común implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, *i.a.*, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;

- el art. 2.b del Anexo I al T.A., que define a las restricciones no arancelarias. Entiende el Tribunal que la prohibición de restricciones es de carácter absoluto, más allá de que sea discriminatoria o no, por constituir las restricciones barreras incompatibles con el libre comercio y la formación de un mercado común ⁴.

⁴ El Tribunal no hace distinciones entre las distintas etapas y estadios del proceso Mercosur, cuestión que ha sido considerada en otros laudos.

c. Principios generales en materia de integración

El Tribunal se ocupa:

- del *principio de proporcionalidad* ⁵, entendiéndose no se admiten trabas para la protección de bienes cuando tal protección puede ser obtenida por medios menos restrictivos (por ej., información al consumidor) ⁶;
- de la *reserva de soberanía (lógica integracionista)* ⁷ que podría permitir la imposición de barreras, aun cuando desecha tal situación, dado que el T.A. limita las causales de reserva a las situaciones previstas en el art. 50 del TM 1980;
- del *principio de razonabilidad* ⁸, al que define, calificándolo en un solo párrafo como el deber de no exceder el margen de lo necesario

⁵ *V. infra.*

⁶ Por nuestra parte, no podemos dejar de recordar pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la cuestión: “(...) (E)l principio de proporcionalidad, en el que se basa la última frase del art. 30 CE, exige que la facultad de los Estados Miembros de prohibir las importaciones de productos procedentes de otros Estados Miembros se limite a lo necesario para alcanzar los objetivos de protección de la salud legítimamente perseguidos. En efecto, no puede aplicarse a una normativa o práctica nacional la excepción prevista en el art. 30 CE cuando puede protegerse, de modo igualmente eficaz, la salud y la vida de las personas con medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios (S. Ferring, ap. 34)”. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- autorización de importación paralela de medicamentos 2243-TJCE 6.ª S. 8 May. 2003. Asunto: C-15/01: *Paranova Läkemedel AB*.

Además, para Medina Guerrero, la proporcionalidad en sentido estricto prescribe que “debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. Debe, en suma procederse a una valoración confrontada de los intereses particulares y colectivos contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto”. Reitera el mismo autor, más adelante, que la ponderación es “la equilibrada relación que debe existir entre el medio y el fin en término de costes y beneficios” (MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, ps. 132 y 134).

⁷ Por nuestra parte, creemos que la reserva de soberanía no es esencial al proceso, sólo lo es la delegación de la misma.

⁸ Debemos recordar, parafraseando a Canciano, que el principio de razonabilidad es una herramienta del control de la constitucionalidad de las leyes que hunde sus raíces en la *Carta Magna* impuesta por los nobles ingleses al Rey Juan Sin Tierra en 1215. Su actual

para alcanzar los objetivos propuestos; como el deber de no actuar arbitrariamente y violentando los principios de la libre circulación, como principio orientador en el que están incorporados la seguridad jurídica del proceso, la garantía de los “valores” protegidos por los tratados fundacionales, como también la prudencia, la causalidad y la proporcionalidad ya referida;

perfil es el resultado de una larga jurisprudencia de diversos tribunales con jurisdicción constitucional, aplicándose en Estados Unidos, Alemania, España, Italia, y, prácticamente, en la totalidad de los países occidentales. El principio establece que los jueces deben declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que regulen de un modo irrazonable los derechos constitucionales. Se trata de un “concepto jurídico indeterminado”, es decir, de un concepto amplio cuyo significado preciso se determina caso por caso, en el momento de su utilización. En autor entiende que la razonabilidad se despliega en tres sub-principios: *adecuación, *necesidad y *razonabilidad en sentido estricto. El primer sub-principio establece que la norma reguladora de un derecho fundamental debe ser adecuada o idónea para el logro del fin que busca alcanzar mediante su dictado. Es decir, establecido el fin que busca el legislador y el medio que emplea, debe verificarse que este último resulte apto para el logro del primero. Presupuesto el test de adecuación, el sub-principio de necesidad prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin que procura, aquél que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Tiene lugar, como se ve, un juicio de comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios hipotéticos que hubiera podido elegir. La medida legislativa superará el sub-principio de necesidad sólo si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales en juego. Una vez establecida la adecuación y necesidad de la medida legislativa, se debe determinar si es razonable *stricto sensu*. La definición de este tercer juicio no ofrece disputas en la doctrina y en la jurisprudencia: consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Esta coincidencia inicial no evita, por la generalidad del concepto, las disidencias al momento de precisar en qué consiste una “relación razonable”. La posición dominante concreta el juicio en un balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida. Con expresión ilustrativa, se habla en el derecho francés de balance entre costos y beneficios. También en el derecho español, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en la doctrina, se ha llegado a una conceptualización similar. Por ejemplo, se ha sostenido en la STC 66/1995 que una restricción de un derecho fundamental es proporcionada *stricto sensu* si es “ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto tiene una dimensión más: la de la inalterabilidad. Dimensión que ha sido reconocida, de modo implícito, por la propia Corte Suprema. Desde esta posición, la razonabilidad de una medida presupone dos cosas: a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora restringe las normas iusfundamentales en un

- del *principio de previsibilidad* al que identifica con la certeza jurídica, la claridad, la objetividad, considerándolas *condiciones imprescindibles y reglas generales* para las actividades comerciales y *elementos esenciales* para la confianza en el mercado.

Para el Tribunal, los cuatro principios señalados dan *fundamento* al Mercosur y son elementos esenciales de la cooperación, de la reciprocidad en condiciones de igualdad, del equilibrio entre las ventajas y obligaciones que derivan de la integración y de la formación gradual del mercado compartido. Todas expresiones relevantes, si bien vagas y algo confusas a la hora de construir doctrina en cuestión de “principios generales en materia de integración”.

2. Marco normativo particular

En este punto el Tribunal Arbitral se ocupa de:

- a) La Portaria 8/00⁹, señalando que, en el caso bajo resolución, “en la evaluación de la legislación interna y en el análisis de la práctica de Brasil, el Tribunal (...) sólo tiene por objeto ponderar su adecuación o no a la normativa”.

Destaca, además, “la relevancia de algunas manifestaciones de órganos e institutos técnicos públicos y privados referentes al permiso de

grado tolerable teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido. Surgen, entonces, dos modos de irrazonabilidad: *desproporcionalidad o irrazonabilidad por alteración; y *desproporcionalidad por injustificación. El olvido del primer modo de irrazonabilidad supondría, entre otras cosas, la pérdida de sentido del propio principio de razonabilidad o proporcionalidad y, en última instancia, de los derechos constitucionales como instancia indisponible, puesto que sería suficiente encontrar un fin elevado y un medio inocuo en relación con el peligro que se intenta conjurar para justificar la violación del contenido esencial de un derecho, y hacer de la razonabilidad un criterio meramente formal (conf. CANCIARDO, J., *Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad*, L.L., diario del 14 de marzo de 2002, ps. 1-3.).

⁹ También se ocupa de otras portarias, de actos de autoridades brasileñas y de manifestaciones de órganos e institutos técnicos públicos y privados.

importación de recauchutados (...) en la determinación de la práctica brasileña”.

Hace referencia al proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por hechos Ilícitos, señalando que “codifica derecho consuetudinario”, dándole un valor superior al de un mero proyecto.

En esta parte, concluye el Tribunal (prácticamente, “decide” por la modalidad de redacción) que “por lo tanto, la Portaria 8/00 al modificar el marco normativo interno preexistente y al contradecir los criterios con que dicha legislación fue constantemente aplicada por los órganos estatales brasileños, afecta al flujo comercial de las importaciones de neumáticos remoldeados provenientes de Uruguay, garantizado por la normativa Mercosur”.

b) La Resolución del GMC 109/94 y la Dec. del CMC 22/00. En relación con la primera, el Tribunal observa que establece una excepción al régimen general por los que, como toda *excepción*, deberá ser interpretada restrictivamente (*interpretación restrictiva*). Asimismo, más adelante, señala que “debe tenerse en cuenta que la Res. 109/94 establece una excepción definida con anterioridad al relanzamiento del Mercosur. Por lo tanto, su aplicación como excepción relativa al régimen aplicable a bienes usados, continúa aún después de dicho relanzamiento.

El Tribunal señala que la Dec. 22/00 reafirma el carácter vinculante de la prohibición de alterar el flujo comercial existente a la fecha de su aplicación, operando como *fecha crítica* a los efectos de limitar los alcances de la Res. 109/94 respecto de los bienes usados que, de conformidad con la legislación interna de cada Estado, se encontraban a la fecha de su aprobación, incorporados al sistema de libre circulación.

Resulta destacable el rol que el Tribunal adjudica a la Dec. 22/00 en el caso: “Si bien la misma reafirma una política ya explícita del Mercosur, no se trata de una mera declaración sino del mensaje del órgano conductor del proceso de integración en el sentido de que, asegurado el principio de la libre circulación (...), las reglas de juego que regían (...) a ese momento no podían restringirse”. Además, señaló que las reglas de juego no pueden modificarse en cualquier momento. Así, la Dec. 22/00 no modifica a la Res. 109/94 en forma genérica, sino que opera como garantía del flujo de comercio existente a esa fecha, condicionando su contenido la

capacidad de los Estados Partes de modificar sus legislaciones internas (*condicionamiento a las libertades de los Estados Partes*).

c) Los principios generales del derecho: el *estoppel*. El Tribunal entiende que la Portaria 8/00 contradice principios generales del derecho, configurando un ilegítimo *venire contra factum proprium* (teoría del acto propio). Hace referencia al 2º Informe sobre Actos Unilaterales de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, recordando que el carácter obligatorio de las declaraciones de un Estado que le compelen a respetar una conducta determinada, tiene como base actos secundarios de un tercer Estado y consecuencias perjudiciales que resultarían de un cambio de actitud del Estado que creó la expectativa en el otro Estado.

VI. Conclusiones del Tribunal ¹⁰

En esta etapa de su pronunciamiento el tribunal concluye:

- que existió flujo de recauchutados hacia Brasil en la década del 90;
- que por actos concluyentes de órganos brasileños los recauchutados no fueron considerados como usados ni incluidos en la prohibición de importación;
- que la Dec. 22/00 impone a los Estados la obligación de no adoptar medidas restrictivas al comercio recíproco;
- que la Portaria 8/00 es posterior a la Dec. 22/00 e impone restricciones al comercio;
- que la Res. 109/94 es una excepción al esquema del art. 1º del T.A. y al art. 1º del Anexo (I), condicionada por la Dec. 22/00;

¹⁰ Sólo éste y los laudos III y IV traen “Conclusiones”.

- que la Portaria 8/00 contradice, además, principios generales del derecho, especialmente el principio del *estoppel*¹¹, cuya aplicación reafirma los *postulados básicos* relativos al objeto y fin del T.A.

VII. Decisión

Los cuatro puntos fueron resueltos por unanimidad:

1) Que la Portaria 8/00 es incompatible con la normativa Mercosur¹² por lo que Brasil deberá adaptar su legislación interna¹³;

2) Que los costos y costas deben ser abonados por cada Estado según gastos y honorarios ocasionados por el árbitro por él nombrado y los demás gastos del Tribunal en montos iguales;

3) Que las actuaciones deben ser archivadas en la SAM;

4) Que de conformidad con el art. 21 (2) del PB y con el art. 18 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal, las Partes tienen 60 días desde su notificación para el cumplimiento del laudo.

¹¹ El tribunal no hace referencia a los otros principios.

¹² Llama la atención la no consideración por el Tribunal de algunas violaciones invocadas por Uruguay, entre ellas: art. 10.2 del Anexo I del T.A.; principios de derecho en particular; principios *pacta sunt servanda* y “buena fe”.

¹³ Formulación de diferente alcance a la pronunciada por el Tribunal Arbitral en el Laudo N° V el que “revocaba” y “dejaba sin efecto” una norma de derecho interno argentino, pretendiendo salvar en la aclaratoria la errónea formulación a través de la distinción entre laudos meramente declarativos y de plena jurisdicción.

LAUDO VII

LAUDO DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIASOBRE OBSTÁCULOS AL INGRESO DE PRODUCTOS FITOSANITARIOS ARGENTINOS EN EL MERCADO BRASILEÑO. NO INCORPORACIÓN DE LAS RESOLUCIONES GMC Nº 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 Y 71/98 LO QUE IMPIDE SU ENTRADA EN VIGENCIA EN EL MERCOSUR

19 de abril de 2002

Árbitros: Ricardo Olivera García (Presidente), Héctor Masnatta y Guido Fernando Silva Soares ¹

República Argentina (Parte Reclamante) - República Federativa de Brasil (Parte Reclamada)

*María Alejandra Sticca **

Sumario: I. Introducción. II. Sentencia del Tribunal. III. Obligación de incorporar la normativa del Mercosur. IV. Plazo para la incorporación de las normas a los derechos internos. V. Restricciones a la libre circulación de productos fitosanitarios (art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980). VI. Conclusiones.

I. Introducción

El conflicto se originó por una reclamación efectuada por la República Argentina contra la República Federativa de Brasil por la falta de

* Abogada, Lic. en Relaciones Internacionales, Especialista en Aspectos Jurídico-Económicos del Mercosur, Docente de Derecho Internacional Público.

¹

²

incorporación de determinadas disposiciones del derecho derivado de Mercosur, relativas a la facilitación de la libre circulación de productos fitosanitarios. Las normas en cuestión eran las Res. GMC 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98.

La Parte reclamante argumenta que la no incorporación de las citadas normas, por un lado, viola las obligaciones resultantes de los arts. 38, 40 y 42 del Protocolo de Ouro Preto, y por el otro, impide su vigencia, a consecuencia de lo cual obstaculizan la libre circulación de mercaderías fitosanitarias, constituyendo esto una restricción no arancelaria (RNA) prohibida por el Tratado de Asunción y su Anexo I. Asimismo, Argentina alega que Brasil infringe la obligación de reciprocidad reconocida en el art. 2° del Tratado de Asunción, dado que Argentina y los otros Estados Partes del Mercosur han observado los compromisos sobre facilitación del comercio de productos fitosanitarios.

La República Argentina solicita al Tribunal “que requiera a la República Federativa del Brasil que en un plazo de 15 días proceda a incorporar a su ordenamiento jurídico las resoluciones GMC Nros 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, y adopte todas las medidas internas necesarias, normas jurídicas internas y/o modificaciones, para garantizar la efectiva aplicación y cumplimiento de dicha normativa”². También se solicita al Tribunal que requiera a Brasil que permita el registro por similaridad y “la libre circulación de los productos fitosanitarios comprendidos en las resoluciones GMC Nros 48/96, 156/96 y 71/98, y elimine todos los obstáculos al ingreso y registro de productos fitosanitarios similares argentinos”³.

Brasil alegó que las negociaciones sobre productos fitosanitarios en el Mercosur parten del principio de que el libre comercio en este sector está subordinado a las necesidades de garantizar la “*seguridad, eficiencia y economía*” de estos productos, todo ello conforme a la Res. 73/94. En esta línea de razonamiento, Brasil agrega que los arts. 1° del Tratado de Asunción, 2.b de su Anexo I y el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980, permiten la adopción de normas unilaterales na-

³ Párrafo 4.10

⁴ Párrafo 5.6

cionales requeridas para la protección de la salud, el medio ambiente y la seguridad de la población.

En lo concerniente a la falta de incorporación de las normas de derecho derivado, Brasil reconoció la obligatoriedad y/o necesidad de incorporar las Ress. 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, las cuales son obligatorias, en los términos del art. 40 del Protocolo de Ouro Preto (POP), y están en curso de incorporación al ordenamiento jurídico brasileño.

Por otra parte, Brasil afirma que la única obligación que surge para los Estados Miembros de los arts. 38 y 42 POP, es el deber de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la vigencia interna de las normas Mercosur, “sin mención ninguna a la existencia de un límite temporal para ello, cabiendo a la legislación de cada Estado Parte la definición de los plazos y procedimientos para la incorporación de dichas normas”⁴.

Brasil solicitó al Tribunal que deseche el recurso y declare:

a) que su sistema nacional de registro de productos fitosanitarios no viola el principio de libre comercio establecido en el art. 1º Tratado de Asunción y con la posibilidad de adoptar medidas justificadas al amparo del art. 50 Tratado de Montevideo de 1980 (art. 2.b Anexo I, T.A.);

b) que la conducta del gobierno de Brasil en cuanto se refiere a la incorporación de las referidas resoluciones GMC es compatible con lo dispuesto por el art. 38 POP;

c) que no puede ser considerada violación del art. 2º del Anexo I del Tratado de Asunción, referente a la obligación de reciprocidad, teniendo en vista la previsión del art. 40 del POP relativa a la entrada en vigencia simultánea de la normativa del POP.

II. Sentencia del Tribunal

El núcleo de la decisión del Tribunal Arbitral se desarrolla a partir de tres cuestiones fundamentales:

⁴ Párrafo 5.6

1. Obligación de incorporar la normativa del Mercosur;
2. Plazo para la incorporación de las normas;
3. Restricciones a la libre circulación de productos fitosanitarios (art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980).

III. Obligación de incorporar la normativa del Mercosur

Como adelantáramos, este Tribunal retoma la distinción entre “obligatoriedad” y “vigencia” de las normas de Mercosur, referida ya en el laudo sobre “dumping intrazona”.

Según el Tribunal, el art. 40 POP, en combinación con el art. 38, fija “claramente la obligación de los Estados Partes de incorporar la normativa Mercosur a sus respectivos derechos internos”. El Tribunal continúa señalando que la obligación de incorporación “surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa Mercosur (...)”.

Debemos recordar que el art. 42 del POP establece que “las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el art. 2º de este protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a las ordenamientos jurídicos internos mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país”.

De ello se desprende que las normas de carácter obligatorio deben ser incorporadas a los ordenamientos internos sólo *cuando sea necesario*. De este modo, tenemos normas obligatorias que deben ser incorporadas y otras que no requieren ser incorporadas ⁵.

La *obligatoriedad* radica en que, desde la aprobación de la norma, los Estados Miembros asumen una obligación de hacer y una obligación de no hacer. La primera, consiste en la obligación de incorporar al derecho interno dicha normativa; la segunda, reside en la obligación de los Estados Miembros de no adoptar ningún tipo de medidas que por su natu-

⁵ Sobre este punto, se recomienda la lectura del Primer Informe Semestral de la Secretaría de Mercosur, “Un foco para el proceso de integración regional”, Montevideo, julio 2004. <http://www.mercosur.int>

raleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada.

La *vigencia* se relaciona con la entrada en vigor de la norma en el derecho interno, la que está condicionada a la efectiva incorporación de ésta por todos los Estados Miembros, ello es lo que se conoce como *vigencia simultánea* por oposición a la vigencia inmediata.

El Tribunal reafirma lo ya sostenido en el laudo sobre “dumping intrazona”, en el sentido de que la violación de la obligación de incorporar la normativa Mercosur a los derechos internos compromete la responsabilidad internacional de los Estados.

Al encontrar que ciertas resoluciones GMC involucradas en el presente caso, no habían sido incorporadas a la normativa interna de la República Federativa del Brasil, lo cual obstaba su vigencia en el derecho de los demás Estados Miembros, el Tribunal entra a examinar si ha existido de parte de la reclamada una violación a la obligatoriedad de dicha normativa, esto es, a las obligaciones de hacer y de no hacer que nacen como consecuencia de su aprobación por consenso.

El laudo recuerda que las resoluciones GMC invocadas habían sido ya incorporadas al derecho nacional argentino, paraguayo y uruguayo ⁶.

Los árbitros arriban a la conclusión de que “surge con claridad la existencia de una obligación de incorporación de las resoluciones del GMC objeto de este procedimiento arbitral al derecho interno de la parte reclamada, no existiendo hasta el momento sino un principio de cumplimiento de dicha obligación, que la propia República Federativa del Brasil considera como no suficiente (...)” ⁷.

⁶ Argentina incorporó las Res. GMC 48/96, 87/96, 149/96 y 156/96 por las siguientes disposiciones: Res. 603/97 SAGPyA de fecha 27/8/97 y la Res. GMC 71/98 fue incorporada a través de la Res. 195/00 de la SAGPyA de fecha 5/5/00; Paraguay incorporó las Res. GMC 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, por decr. 5043/99, del 6 de septiembre de 1999; Uruguay incorporó las Res. GMC 48/96, 87/96, 149/96 y 156/96, por Resolución de la DGSA/MGAP, del 14 de agosto de 1998.

⁷ Párrafo 7.15.

IV. Plazo para la incorporación de las normas a los derechos internos

En este punto, el Tribunal Arbitral construye su aporte más original al acervo jurídico del Mercosur, al determinar qué debe entenderse por “*plazo razonable*” para la incorporación de las normas a los derechos internos de los Estados Miembros.

Brasil sostiene que al no existir ninguna disposición en el POP que determine de forma expresa el término que ha de observarse para ejecutar la incorporación al derecho nacional, se ha dejado a la discrecionalidad del ordenamiento interno, el que será competente para establecer tanto el plazo como la modalidad de la incorporación⁸.

El Tribunal, por su parte, entiende que la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, consagrada por la doctrina iusprivatista, no resulta de aplicación al caso pues la conducta debida por Brasil no consiste en “tomar las medidas necesarias para asegurar la vigencia” sino en incorporar internamente las normas acordadas. En este sentido, entra a analizar si dicha obligación de incorporación era *sine die*, tal como lo pretendía Brasil o si, por el contrario, estaba sujeta a algún plazo, cuyo incumplimiento acarrearía la violación de la misma.

En primer término, el Tribunal se aboca al análisis de las resoluciones invocadas a fin de constatar si las mismas tenían determinado algún plazo de incorporación. Al respecto el fallo expresa: “Este Tribunal Arbitral comparte la posición de la parte reclamada en cuanto afirma que las resoluciones del Grupo Mercado Común 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 no tiene a texto expreso, un plazo para el cumplimiento de la misma”.

Coincidimos con Perotti, en cuanto resulta difícil coincidir con la opinión del Tribunal a tenor de lo que disponen en forma explícita las disposiciones en juego, ya que todas las Res. GMC citadas, excepto la Res.

⁸ “À luz do disposto no artigo 38 POP, a única obrigação, em matéria de incorporação, reside em adotar todas as medidas necessárias para assegurar a vigência interna da normativa aprovada pelos órgãos do Mercosul, sem qualquer menção à existência de um limite temporal para esse fim, cabendo à legislação de cada Estado Parte a definição de prazos e procedimentos para incorporação dessas normas, nos termos do artigo 42 POP” (Escrito de Contestación, p. 49).

GMC 149/96 (interpretativa de la Res. GMC 48/96), tienen plazos expresos de incorporación. Todas las disposiciones del GMC involucradas, excepto la Res. 149/96, establecen en forma explícita una fecha máxima para su entrada en vigor: Res. 48/96 (1 de agosto de 1996; art. 7°), 87/96 (10 de diciembre de 1996; art. 3°), 156/96 (13 de marzo de 1997; art. 3°) y 71/98 (12 de marzo de 1999; art. 4°) ⁹.

El fallo recuerda que conforme la Res. GMC 23/98 los proyectos de normativa Mercosur que deban ser incorporados por vía administrativa indicarán, cuando corresponda, el plazo dentro del cual se deberá llevar a cabo la incorporación. Por otra parte, “el art. 7° de la Res. CMC 23/00 establece que en los casos en que las decisiones, resoluciones y directivas incluyan una fecha o plazo para su incorporación, esas cláusulas revisten carácter obligatorio para los Estados Partes y deben ser incorporadas en las fechas o plazos establecidos, a efectos de poder cumplirse con el procedimiento de vigencia simultánea determinado en el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto”.

Ello responde, agrega el laudo, a que: “No existen en el derecho obligaciones sin plazo, cuya exigibilidad quede librada a la voluntad del obligado (...). La ausencia de previsiones normativas en este sentido, debe colmarse con otras normas o principios jurídicos” ¹⁰.

El Tribunal sigue afirmando que “al no existir en las resoluciones, objeto de estos procedimientos, ni en el resto de la normativa Mercosur, un texto expreso que imponga un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación de incorporar, se produce una laguna normativa que debe ser llenada por los principios generales del derecho internacional aplicables al caso analizado”.

De este modo, los árbitros consideran aplicables a esta controversia los siguientes principios:

- *pacta sunt servanda*
- buena fe
- razonabilidad

⁹ PEROTTI, A., “El Séptimo Tribunal del Mercosur y la decisión sobre la falta de incorporación al derecho interno de las normas del bloque”, Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, L.L., año 6, N° 3, junio 2002, p. 121.

¹⁰ Párrafo 8.7.

En cuanto al principio *pacta sunt servanda* considera que es un pilar indispensable de todo proceso de integración, el cual “impone el cumplimiento de los compromisos asumidos, situación contradictoria con sostener el libre albedrío del deudor de cumplir o no, o de cumplir en el momento que, según su interés, considere oportuno o conveniente”.

El primer Tribunal Arbitral del Mercosur en su pronunciamiento sostuvo que debe incluirse en el concepto de buena fe “no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos, (...) sino la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionales acordadas”¹¹.

También el Tribunal Arbitral considera aplicable a la controversia, como señaláramos, el principio de razonabilidad, el cual “debe orientar las acciones de los Estados pues en aquél están incorporados la seguridad jurídica del proceso de integración, la garantía de los valores protegidos por los tratados fundacionales del Mercosur, así como la prudencia, la causalidad y la proporcionalidad ya referida”¹².

En función de estos principios, el Tribunal señaló que en los supuestos en que no exista plazo de cumplimiento de la obligación de incorporación prevista en los arts. 38 y 40 del POP, se impone al intérprete la tarea de llenar de contenido el concepto jurídico indeterminado de plazo razonable. En consecuencia, el “plazo” para la incorporación de las normas dependerá de cada caso particular.

En el caso bajo estudio, al haber transcurrido casi seis años desde la aprobación de la normativa Mercosur por el consenso de todos los Estados Miembros, el Tribunal concluye que “ha transcurrido el plazo que pudiera considerarse razonable para el cumplimiento de la obligación de incorporar la normativa objeto de estos procedimientos y que, por lo tanto, se ha configurado un incumplimiento por parte de la República Federativa

¹¹ Laudo arbitral en la controversia sobre “Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, Considerando 56.

¹² Laudo arbitral en la controversia sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay”, Considerando B, numeral 1, literal c).

del Brasil de la obligación establecida en los artículos 38 y 40 del POP”¹³. Máxime si tomamos en consideración que los otros Estados Miembros incorporaron las citadas resoluciones en la mitad o la tercera parte del tiempo que Brasil.

V. Restricciones a la libre circulación de productos fitosanitarios (art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980)

Otro aporte de este Tribunal Arbitral lo encontramos en la interpretación que efectúa del art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980, al cual remite el Anexo I del Tratado de Asunción.

En lo que respecta a las restricciones no arancelarias, el Tratado de Asunción, en su art. 1° establece que los Estados Partes deciden constituir un mercado común, el cual implica la libre circulación de bienes, servicios, factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y cualquier otra medida equivalente. A su vez, en el *Anexo I* de dicho tratado en el *Programa de Liberación Comercial*, el art. 1° dispone que los Estados Partes acuerdan eliminar, a más tardar el 31 de diciembre de 1994, los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco. Entiende por “restricciones” cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco. Entre las restricciones permitidas quedan comprendidas las que están destinadas a la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales y a la protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico, en virtud del art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 por el que se constituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

A tenor de esta disposición: “Ninguna disposición del presente Trata-

¹³ Párrafo 8.21.

do será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moralidad pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales;
- e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;
- f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y
- g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”.

En el presente caso, Brasil justifica la no incorporación de la normativa sobre productos fitosanitarios, además de los argumentos antes mencionados, en el art. 50 Tratado de Montevideo de 1980 del cual surge que el *“princípio do livre comércio, não saberia sobrepor-se a legítimas preocupações com a proteção à saúde e ao meio ambiente, sob pena de flagrante violação do artigo 2º do Anexo I do Tratado de Assunção”*, por lo que están permitidas las restricciones al comercio intracomunitario cuando estén destinadas a *“proteger a vida e a saúde das pessoas, animais e vegetais”* ¹⁴.

Por su parte, el Tribunal no comparte la tesis sostenida por Brasil en el sentido de que *“en el presente caso, la invocación genérica de la protección de la salud humana, animal y vegetal amparada por el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 pueda exonerar a la República Federativa del Brasil de cumplir con la obligación específica de incorporar a su normativa interna las disposiciones de las resoluciones GMC bajo análisis. La circunstancia de que los pro-*

¹⁴ Párrafo 9.1.

*ductos fitosanitarios tengan la potencialidad de causar daño a la salud no es argumento suficiente para oponerse a incorporar las normas de registraci3n previamente acordadas en un tiempo razonable”*¹⁵.

El Tribunal procura poner un l3mite a la aplicaci3n de ese r3gimen de excepci3n, al recordar que toda restricci3n al principio de libre circulaci3n de mercader3as debe reunir tres requisitos, a saber:

- excepcionalidad
- especificidad
- interpretaci3n restrictiva

A lo que se debe agregar, que recae sobre el Estado que impone la restricci3n, la carga de prueba de que se ha producido la situaci3n de hecho que sustenta la restricci3n.

Ninguno de estos extremos se da en el caso analizado por lo que el laudo afirma: *“La invocaci3n de su leg3timo derecho a la protecci3n de la salud humana, animal y vegetal no es realizada por Brasil para restringir una importaci3n de una partida o de un producto en particular, sino que resulta invocada para oponerse a todo el r3gimen de incorporaci3n de las normas sobre registraci3n de productos fitosanitarios previamente acordada”*.

VI. Conclusiones

El Tribunal acogi3 el reclamo argentino y conden3 a la Reclamada a ejecutar la incorporaci3n de todas las normas alegadas en un plazo m3ximo de 120 d3as.

Este laudo complementa al cuarto laudo arbitral de Mercosur sobre “dumping intrazona”. Consolida la noci3n de “obligatoriedad” y “vigencia simult3nea” de las normas de derecho derivado de Mercosur y sienta el criterio del “plazo razonable” para el cumplimiento de dicha obligaci3n de

¹⁵ P3rrafo 9.3.

incorporar las normas en los casos que ello resulte necesario y no se haya establecido un plazo determinado. En consecuencia, en todos los supuestos en que según el derecho del Mercosur sea necesario incorporar una norma, los Estados Miembros tienen la obligación de incorporarla dentro del plazo que ella disponga y a falta de tal en un plazo de tiempo razonable, el cual será determinado caso por caso.

Finalmente, el Tribunal reafirma las características que deben reunir las restricciones no arancelarias al libre comercio intrazona, las cuales sólo pueden plantearse en casos concretos y específicos, extremos no reunidos en esta ocasión ¹⁶.

¹⁶ Bibliografía: CÁRDENAS, E. y TEMPESTA, G., “Comentario al laudo arbitral sobre fitosanitarios: Nuevo aporte al acervo jurídico del Mercosur”, *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, L.L., año 6, N° 3, junio 2002, ps. 107 a 113; DREYZIN DE KLOR, A., *El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalía, 1997; LÓPEZ LECUBE, A., *Manual de derecho comunitario. Análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, Abaco de R. Depalma, 1996; PAGLIARI, A. (coord.), “Tribunales arbitrales del Mercosur. Sus laudos. Cuestiones de derecho invocadas y analizadas”, en *Jurisprudencia Internacional Comentada*, Córdoba, Lerner, mayo 2004; PÉREZ OTERMIN, J., *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995; PEROTTI, A., ob. cit., ps. 114 a 143.

LAUDO VIII

LAUDO DEL TRIBUNAL *AD HOC* DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIASOBRE APLICACIÓN DEL “IMESI” (IMPUESTO ESPECÍFICO INTERNO) A LA COMERCIALIZACIÓN DE CIGARRILLOS ORIGINARIOS DE PARAGUAY

21 de mayo de 2002

Árbitros: Luiz Olavo Baptista (Presidente), Evelio Fernández Arévalos y Juan Carlos Blanco ¹

República del Paraguay (Parte Reclamante) - República Oriental del Uruguay (Parte Reclamada)

*Fanny Peralta **

Sumario: I. Introducción. II. Derecho invocado por las Partes. III. Consideraciones del Tribunal. IV. Solicitud de aclaratoria. V. Aspectos relevantes.

I. Introducción

Inicio del procedimiento ante la Comisión de Comercio del Mercosur ².

* Abogada, docente de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Cs. Ss. de la UNC.

¹ Nacionales de Brasil, Paraguay y Uruguay, respectivamente.

² Para una mejor sistematización del caso se ha alterado el orden del Resultando. El fallo arbitral comienza con la constitución del Tribunal y luego se refiere al inicio del procedimiento.

La controversia se inició con la notificación de la reclamación presentada a la República Oriental del Uruguay, por la Sección Nacional de la República del Paraguay, en la XLVI Reunión de la CMM en noviembre de 2000, por “Aplicación del Impuesto Específico Interno (IMESI) Discriminación impositiva”. Comenzó, entonces, la primera etapa de negociaciones entre las Partes, prevista en el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el Mercosur. En la XLVII Reunión de la CCM, Uruguay presenta su respuesta, la cual es insatisfactoria ante los reclamos formulados por el Paraguay.

El Paraguay, por medio de la nota del 27 de marzo de 2001, da inicio al Procedimiento de Negociaciones Directas, previsto en el art. 2º del Protocolo de Brasilia. Dichas Negociaciones Directas fueron concluidas sin que las Partes llegaran a un acuerdo. Paraguay sometió, entonces, la controversia a consideración de la Reunión Ordinaria XLII del GMC.

En virtud de lo establecido en el Capítulo III, art. 4.2 del Protocolo de Brasilia, Paraguay solicitó la conformación de un grupo de expertos para el tratamiento de la controversia. Uruguay expresó su desacuerdo, reservándose el derecho a dar una respuesta a éste dentro del plazo de 30 días, según el art. 6º del Capítulo III del Protocolo de Brasilia. El GMC resolvió considerar la controversia en el plazo de 30 días en el marco de una reunión extraordinaria que se convocaría a tal efecto. En la XXI Reunión Extraordinaria del GMC no se alcanzó un acuerdo, concluyendo el GMC su intervención.

Mediante nota 908/01, la Coordinación Nacional de Paraguay comunicó a la Secretaría Administrativa del Mercosur que el gobierno paraguayo daría inicio al procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia.

Constitución del Tribunal Arbitral

Constituido el Tribunal, el dieciocho de marzo de 2002, dictó las Reglas de Procedimiento conforme lo establece el art. 15 del Protocolo de Brasilia, lo cual se comunicó a las Partes (5).

Los Estados Partes presentaron sus respectivos escritos, informando al Tribunal sobre las instancias cumplidas anteriormente y expusieron los fundamentos de hecho y de derecho de sus respectivas posiciones (7).

II. Derecho invocado por las Partes

Reclamación de Paraguay

1. El objeto de la controversia es la incompatibilidad de las normas uruguayas referentes a la aplicación del “Impuesto Específico Interno” o IMESI. La forma de calcular la incidencia de dicho impuesto es discriminatoria y contradice los arts. 1º y 7º del Tratado de Asunción y su Anexo I. Aunque la alícuota, (...) es la misma, el cálculo de la base imponible es discriminatorio (...) con el producto similar nacional relativamente al producto de país limítrofe y no limítrofe. El cigarrillo paraguayo resulta doblemente discriminado, por no ser un país limítrofe.

2. Sostiene el Paraguay que la aplicación del IMESI rompe el principio de igualdad de trato y restringe el acceso de sus productos al mercado uruguayo, lo que causa incompatibilidad con el principio del art. 7º del Tratado de Asunción. Dicho impuesto inhibe la libre circulación de bienes, según lo que se establece en el art. 1º del Tratado de Asunción y la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes, ya que el acceso de los cigarrillos originarios de Uruguay al Paraguay es irrestricto.

3. El art. 1º del Anexo I del Tratado de Asunción establece que: “Los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco”, por lo cual se entiende que el Uruguay incumple dicha regla.

4. La Dec. 22/00 del CMC, prorrogada por la Dec. 57/00, de “Acceso a mercados” pretende que los Estados Partes no aplicarán medidas restrictivas al comercio recíproco. Dicha decisión identificó las medidas de carácter restrictivo e identificó cursos de acción tendientes a la eliminación de dichas medidas al 15/11/00.

Contestación de Uruguay

1. El Uruguay no niega o se opone a que la imposición del IMESI sobre cigarrillos originarios de países fronterizos o no fronterizos es discriminatoria. Entretanto, discute que los principios abarcados por los arts. 1º y 7º del Tratado de Asunción tienen carácter programático y no

tienen, por lo tanto, carácter de autoejecutoriedad. Al contrario, entiende el Uruguay que el Paraguay, al exigir la inmediata eliminación del IMESI no respeta los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, pretendidos por el Tratado de Asunción. Dicho Tratado reúne características de un tratado marco, que establece principios generales que se concretan a partir de una normativa vinculante que emana de sus órganos.

2. Entiende el Uruguay que, aunque el art. 7° contiene un mandato de carácter imperativo, su carácter de autoejecutoriedad debe ser interpretada de acuerdo con el objeto y fin del Tratado y según el principio de equilibrio y reciprocidad. En este sentido, el Uruguay da como ejemplos leyes de los demás países del Mercosur que tienen carácter discriminatorio respecto a cigarrillos importados. Desde que no hay reciprocidad y equilibrio, no se puede exigir del Uruguay que elimine el IMESI. Así, entiende que no es respetado el principio de reciprocidad de derechos y obligaciones consagrado en el Tratado de Asunción.

3. Evoca también el Uruguay el principio de derecho internacional, contenido en el Tratado de Viena, de “excepción de inejecución”: cuando el propio Paraguay aplica normas discriminatorias a los demás países del Mercosur, no puede exigir que no se le apliquen normas discriminatorias. Es la *exceptio non adimpleti contractus*.

4. Uruguay, además de solicitar el rechazo de la demanda (...) sostiene que el IMESI no viola las normas Mercosur (...) y que el régimen establecido para calcularlo es compatible con la normativa Mercosur, ya que ésta dispone que las medidas clasificadas como Políticas Públicas que Distorsionan la Competencia (PPDC) (incluso tributos) están sujetas a un proceso multilateral de armonización y eliminación que no ha concluido. Mientras se encuentra en curso un proceso instaurado por las Partes en forma unánime y jurídicamente obligatoria no puede exigirse a una de ellas el desmantelamiento unilateral de medidas tributarias internas sujetas a ese proceso colectivo ³.

³ En las contra-razones, cada una de las Partes, reafirma los argumentos vertidos en sus peticiones.

III. Consideraciones del Tribunal ⁴

El Tribunal Ad Hoc establece las siguientes premisas teóricas ⁵:

Naturaleza de la controversia

“El problema que se presentó al Tribunal es de doble naturaleza: la igualdad de trato y la armonización de las normas del Mercosur en lo que esas puedan limitar la libre circulación de bienes. La norma que establece el deber de armonización y eliminación de obstáculos a la libre circulación de bienes nace de la naturaleza misma del Tratado y ha sido, también, recordada en decisiones de tribunales anteriores”.

Normas originarias y derivadas: vigencia y efectos

“(…) las normas originarias del Tratado de Asunción, así como las normas subsiguientes del Mercosur se integran al derecho interno de los países miembros del Mercosur según los procedimientos de las respectivas constituciones. Una vez integradas, adquieren vigencia en el orden interno. También producen efectos en el orden internacional”. “En el primero, son creadoras de obligaciones y producen efectos concretos”.

Naturaleza de las obligaciones sobre libre circulación: aplicación

“Las obligaciones creadas por el Mercosur en materia de libre circulación tienen una doble naturaleza: la primera es negativa -prohíben a los Estados Miembros introducir cualesquiera normas contrarias a ese obje-

⁴ En el laudo, “Considerando”.

⁵ Los títulos de cada párrafo pertenecen a la autora.

tivo- y, la segunda, (...) es una obligación positiva de implantar de buena fe en su legislación lo que sea necesario para alcanzar la integración”.

“En el orden interno, tienen por lo menos el rango de la ley, y si hubiera antinomias entre las leyes y las normas del Tratado, se pondrían en marcha los procedimientos aplicables en caso de conflicto temporal de cada uno de los derechos internos, según sea el caso, y teniendo en cuenta la existencia de obligaciones internacionales”.

Igualdad de trato

“La regla de igualdad en el Mercosur, en su esencia, es la misma que se deduce de los tratados de Montevideo y que aparece en el GATT de 1947 y que persiste aun hoy en la OMC, de los cuales hacen partes todos los Estados Miembros, que se han sometido también a las reglas del Tratado de Montevideo (...). De esta forma, la definición de lo que es igualdad parte de ahí pero adquiere especificidad en el Mercosur. La referencia que se haga a las demás normas de derecho internacional, como los tratados de Montevideo y la OMC sólo serviría para integrar lagunas”.

“La igualdad de trato en el Mercosur ha de concretarse, en primer lugar, en la existencia de hecho y de derecho de la no discriminación entre los Estados Miembros en la práctica. Es decir, que una norma que aparentemente no fuera discriminatoria, si lo es de hecho y con más razón si la norma en sí misma tiene discriminación, es incompatible con la igualdad de trato establecida en el Tratado del Mercosur”.

Igualdad de trato y libre circulación

“La libre circulación tiene que ocurrir tanto en el campo de la imposición arancelaria así como en el campo de las prácticas administrativas. Desde el punto de vista de la libre circulación, el Mercosur quiere eliminar todas las diferencias arancelarias. Y en los casos en que hubiera excepciones, éstas han de ser especificadas. Asimismo, los Estados Miembros no pueden crear obstáculos, de cualquier naturaleza, que impidan la libre circulación de productos. Las excepciones aunque no sean directamente

contempladas por los tratados del Mercosur, serán sólo las previstas por el art. 50 de Montevideo y en los arts. XX y XXI del GATT/1994”.

Exceptio non adimpleti contractus

“Desde el punto de vista de procedimiento se ha presentado ante el Tribunal la *exceptio non adimpleti contractus*; esta excepción es una regla que se dedujo y se introdujo en el derecho internacional a partir de su lejano origen en el derecho romano. Mas su aplicación en derecho internacional está sometida a restricciones y cautelas mucho mayores que la utilizada en contratos privados y eso deviene de la naturaleza especial de los tratados que si tienen aspectos contractuales, también los tienen normativos. Además de eso, las consecuencias de un tratado tienen un alcance mucho mayor que las de un acto privado, y la prudencia, (...) impone que los que deciden en esa materia, exijan que sólo se pudiera admitir la aplicación de esa excepción si hubiera violación sustancial; del tratado y teniendo ella características esenciales”.

“En los tratados multilaterales, hay que tener en cuenta su naturaleza. Los que tratan de derechos humanos, los que tratan de reglas sobre la paz y el desarme, tienen restricciones más severas aún sobre la aplicación de la excepción y en el ámbito de la institución comunitaria europea, la institución (...) no tiene aplicación. En el Mercosur, la prudencia recomendaría la aplicación más restrictiva si hubiera una violación de naturaleza fundamental que representara una amenaza a todos los Estados inocentes y tendría que ser invocada siempre de manera solemne por el órgano habilitado en cada uno de los Estados para celebrar y denunciar tratados. Hay que tener en cuenta que esa excepción es muy próxima, en su naturaleza, a la represalia, que tiene sus límites fijados desde la Carta de la ONU a los varios tratados que reglan la solución de disputas internacionales y, además, que tiene que ver con el principio de reciprocidad y por eso mismo, tiene que llevar en cuenta la naturaleza especial que tiene la represión dentro de un proceso de integración”.

“No tiene sentido, en un proceso de integración, que se recurra a la retorsión. Por eso mismo, hay mecanismos de solución de disputas que permiten la aplicación, por medio del derecho, de sanciones adecuadas”.

“La *exceptio non adimpleti contractus* tiene el alcance más limitado que se pueda imaginar dentro de una organización de integración re-

gional que visa tornarse un mercado común, porque en esa lo que se busca es la concreción de una situación de derecho para que sea más pronunciada aún de lo que es en el derecho internacional público”.

Examen del caso concreto que se le ha presentado

A. *Aplicación del IMESI (Impuesto Específico Interno)*: tributo establecido por ley que grava selectivamente el consumo de determinados bienes, entre ellos, el cigarrillo. (...) La discriminación de trato, incompatible con el Mercosur, radica en la manera en que se establece la base imponible para cigarrillos importados. Esta se determina por medio de un mecanismo de ponderación que se calcula tomando como base el precio ficto aplicado al cigarrillo nacional de mayor categoría, multiplicándolo por un coeficiente prefijado, que establece una desigualdad de trato con el producto similar nacional y discrimina al aplicar un 1,3 para países limítrofes y 2 para países no limítrofes. Los productos paraguayos por eso son tratados como si fueran extrazonas. Esta situación (de discriminación) es reconocida por Uruguay.

1. Incompatibilidades de la aplicación del IMESI con la regla de tratamiento nacional existente en el Mercosur, en el GATT/OMC y en la ALADI.

2. El Uruguay, u otro Estado Miembro del Mercosur puede gravar los bienes dentro de su propio territorio, pero no lo puede hacer de manera que un producto originario de otro país sea tratado de forma discriminatoria relativamente a productos similares nacionales: esa es la regla del Mercosur (art. 7° del Tratado de Asunción), de la ALADI y de la OMC, organizaciones de las cuales son signatarios tanto Paraguay cuanto Uruguay.

3. La aplicación del IMESI discrimina doblemente el cigarrillo paraguayo, al imponerle presión fiscal más grande relativamente a productos similares uruguayos y originarios de países fronterizos, lo que va en contra de la normativa del Mercosur.

1. El trato discriminatorio relativamente a la aplicación del IMESI no se funda en la lista de excepciones previstas en el ámbito del Mercosur (tampoco las excepciones previstas en el GATT 94) y, por lo tanto, no es admisible y no puede ser permitido.

2. La anterioridad del IMESI relativamente al surgimiento del Mercosur no quiere decir que ello esté en conformidad con la normativa del Mercosur. Al firmar el Tratado de Asunción, el Uruguay ha aceptado el compromiso de adecuar su legislación a las normas dictadas en los tratados constitutivos de la integración. (...) Dicha obligación deriva del principio de derecho internacional de la “buena fe”, principio orientador de las relaciones internacionales. Además, cuando la adopción del Tratado de Asunción, se instauró una antinomia entre la forma de aplicación del IMESI y aquel acuerdo internacional.

3. El Informe N° 3, presentado por el Uruguay en sus contra-razones, (...) acerca de las consecuencias de la aplicación del IMESI, admite, (...) que “La aplicación del IMESI diferencial ha operado en los hechos como una salvaguarda de la producción nacional...”. Así, no queda duda (...) que el IMESI es discriminatorio de los productos que no son nacionales.

Carácter auto-ejecutable o no del artículo 7° del Tratado de Asunción

1. El argumento presentado por el Uruguay, de que el art. 7° del Tratado de Asunción tiene carácter programático y no es autoejecutable es parcialmente procedente. Dicha regla no es autoejecutable en el sentido de resultar en la modificación inmediata de las legislaciones de las Partes, sustituyéndola por otra. En contrapartida, sí tiene carácter autoejecutable al imponer a los Estados Partes el deber de modificar su legislación de forma que ella sea (...), adaptada a las previsiones del art. 7° del Tratado de Asunción.

2. Una ley que va en contra de una regla contenida en un tratado internacional -cuya jerarquía es igual, como mínimo, a la de una ley interna- no será aplicada por el juez nacional: en este sentido, las reglas contenidas en el Tratado de Asunción e incluso el art. 7° tienen carácter autoejecutable, una vez que el derecho no admite las antinomias en su lógica.

3. Las decisiones del Consejo del Mercado Común, 22/00 y 57/00, al prohibir que los Estados adopten medidas de carácter restrictivo relativamente al comercio, reiteran que éstas no son permitidas y refuerzan la obligación que tienen todos los Estados Partes de armonizar el comercio intrazona.

Políticas públicas que distorsionan la competitividad

Al analizar el art. 7° del Tratado de Asunción, debe esclarecerse que la obligación de trato nacional que ahí se establece es aplicable cuando los impuestos internos de un país atribuyen un trato diferente a los demás países, el cual constituye un obstáculo al comercio. Todo impuesto aplicable de acuerdo con la cláusula de igualdad no representa una distorsión si el producto importado circula con la misma libertad que el producto nacional.

El consumo de determinadas mercancías puede ser más o menos incentivado en un determinado territorio. En este sentido, dichas cuestiones deben ser armonizadas porque se refieren a una política macroeconómica que todavía no está firmada, política esa que ha de ser coordinada, según dispone el art. 1° del Tratado de Asunción así como han sido armonizadas las legislaciones donde sea necesario para fortalecer el proceso de integración.

Determinaciones del Tribunal Arbitral

Por lo expuesto, en virtud de los fundamentos expresados precedentemente, el Tribunal DECIDE:

1. Por unanimidad: que el Uruguay cese los efectos discriminatorios en relación con los cigarrillos paraguayos, basados en la condición de país no fronterizo;
2. Por mayoría: que también cesen los demás efectos discriminatorios que resultan de su aplicación por vía administrativa en relación a los cigarrillos de origen paraguayo;
3. Por unanimidad: establecer el plazo de 6 (seis) meses para el cumplimiento, por el Uruguay, de lo resuelto;

IV. Solicitud de aclaratoria

Las Partes solicitaron aclaratoria al Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, con fundamento en el art. 22 del Protocolo de Brasilia, que

reza: “Cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá, dentro de los quince (15) días de la notificación del laudo, solicitar una aclaración del mismo o una interpretación sobre la forma en que deberá cumplirse”.

La solicitud de aclaración presentada por el Paraguay, contiene los siguientes aspectos:

1. La parte resolutive del laudo dispone que “cesen los demás efectos discriminatorios que resulten de su aplicación por vía administrativa en relación a los cigarrillos de origen paraguayo”. Es preciso dejar aclarado que en la obligación de eliminar toda discriminación y violación de la igualdad de trato, se incluye en la expresión acto administrativo todo acto normativo administrativo, incluyendo los decretos de aplicación del IMESI y demás normas de aplicación.

2. Aclaración respecto del numeral 2 de la parte resolutive, específicamente, que al disponer que “cesen los demás efectos discriminatorios que resulten de su aplicación por vía administrativa”, si dicha obligación, importa y se debe interpretar como que la importación (...) de cigarrillos de origen Paraguay serán gravadas con el Impuesto Específico Interno, IMESI, exactamente con el mismo alcance legal y de la misma forma y con los mismos criterios que rigen para los cigarrillos de producción uruguaya.

3. El laudo, consecuente con el petitorio de la República del Paraguay y el objeto de la *litis* de que la igualdad de trato es una norma y principio obligatorio en el Mercosur precisa aclaración sobre la forma de cumplimiento por parte de la República del Uruguay del “principio de igualdad de trato” respecto a los cigarrillos originarios de los demás Estados Partes del Mercosur.

4. En cuanto al plazo establecido en el numeral 3 de la parte resolutive, (...), es preciso establecer (...) la obligación de calendarizar las medidas tendientes al cumplimiento de la obligación que surge de la normas del Mercosur.

El Uruguay, a su vez, pide que lo siguiente sea aclarado:

1. Lo expresado por el Tribunal al disponer en el numeral 2 de la parte dispositiva, que “cesen los demás efectos discriminatorios que resultan de su aplicación por vía administrativa en relación a los cigarrillos de origen paraguayo”.
2. En virtud de que en el numeral 1 de la parte dispositiva del laudo se resuelve que “cesen los efectos discriminatorios en relación a los cigarrillos paraguayos, basados en la condición de país no fronterizo” (...).

El Tribunal decide:

Tras un análisis de las aclaraciones solicitadas el Tribunal ha decidido, por *unanimidad* que:

1. Se hace referencia, en el numeral 3 de la aclaratoria solicitada por Paraguay, a los cigarrillos originarios del Mercosur. Sin embargo, no corresponde tratar dicho punto en la aclaratoria ya que ese tema no fue incluido en el laudo. Es de realzar que el contenido de la aclaración no abarca la ampliación del laudo. En las aclaraciones corresponde simplemente interpretar la forma en que el laudo deberá ser cumplido, según lo dispuesto en el art. 22 del Protocolo de Brasilia. Los laudos obligan únicamente a los Estados Partes en la controversia. Además, como han decidido el primero y segundo Tribunal Arbitral del Mercosur, los Tribunales Ad Hoc no pueden pronunciarse sobre cuestiones que no hayan sido objeto de tratamiento en las etapas anteriores, prejurisdiccionales, aunque dichas cuestiones hayan sido planteadas en el escrito de presentación en la instancia arbitral.

2. Los numerales 1 y 2 de la decisión arbitral están claros. Ellos indican que deben cesar todos los efectos discriminatorios relativamente a los cigarrillos de origen paraguayo, es decir, el IMESI debe ser aplicado sobre los cigarrillos paraguayos de la misma forma que es aplicado a los cigarrillos uruguayos. Atendiendo al principio de la racionalidad, el Tribunal ha establecido un plazo de 6 (seis) meses para que el Uruguay cumpla las obligaciones emanadas del laudo. Es evidente que no cabe al Tribunal determinar a los Estados cómo debe concretizarse tal medida porque eso resulta del ordenamiento jurídico y de la decisión de orden político de cada Estado.

3. La decisión del Tribunal expuesta en los dos numerales identificados arriba corresponde al planteo de Paraguay en el sentido de

que la aplicación del IMESI a los cigarrillos de ese origen significa una doble discriminación: una con respecto a los cigarrillos de origen uruguayo y otra, con respecto a los cigarrillos de origen argentino o brasileño (Estados fronterizos). La aplicación concreta del IMESI es incompatible con la regla de tratamiento nacional existente en el Mercosur. En consecuencia, el hecho de que a un producto originario de un Estado Miembro del Mercosur sea dado tratamiento distinto de un producto similar de otros países del Mercosur es discriminatorio y contrario al art. 7º del Tratado de Asunción. Si el Tribunal hubiera acogido solamente la demanda por discriminación fundada en la condición de País No Fronterizo, Uruguay hubiera podido aplicar a los cigarrillos paraguayos un IMESI igual al aplicado a los cigarrillos de origen argentino y brasileño. Pero, al haber reconocido el Tribunal, por mayoría, la existencia de discriminación en el hecho de no dar el trato nacional a los cigarrillos paraguayos, la ejecución del laudo consiste precisamente en hacer cesar *toda* aplicación discriminatoria del IMESI a los cigarrillos de origen paraguayo. Por lo tanto, la aplicación del IMESI a éstos deberá ser de la misma forma que a los cigarrillos de origen uruguayo.

4. No corresponde incorporar a esta aclaración la obligación de Uruguay de presentar un calendario para las medidas tendientes al cumplimiento del laudo porque eso implicaría la modificación de la decisión y escaparía al límite de este recurso.

5. Frente a la solicitud de aclaración propuesta en el numeral 3 de los escritos de Paraguay, (...) la expresión “vía administrativa” es relativa a cualquier acto que sea practicado por la administración uruguaya. Así, la imposición del IMESI (...), es un acto administrativo -ya que practicado por la administración- debe cesar, de acuerdo con lo que fue decidido por el Tribunal Arbitral.

V. Aspectos relevantes

El análisis del caso se centra en dos de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes en la controversia: a) la excepción de inejecución o

exceptio non adimpleti contractus y b) el principio o regla de igualdad de trato o trato nacional.

a) En relación con la primera cuestión, la alegación por Uruguay de la excepción de inejecución o *exceptio non adimpleti contractus* con fundamento en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, nos sitúa en el marco de las disposiciones del art. 60 de dicho instrumento legal.

Como bien señala el Tribunal Ad Hoc la *exceptio non adimpleti contractus*, es una institución del derecho romano y como tal no resulta extrapolable lisa y llanamente al plano internacional. Uruguay, la plantea como una excepción de procedimiento, con fundamento en la Convención de Viena de 1969, por lo que cabe formular algunas consideraciones sobre la pertinencia de tal planteo.

En primer lugar, analizando el texto del art. 60 de la Convención de Viena, se advierte que se refiere a la terminación o suspensión de los tratados por “violación grave”. En los términos de la Convención, la violación grave de un tratado se produce cuando un Estado Parte ha violado alguna norma “*esencial*” para el cumplimiento de su objeto y fin o ha incurrido en un rechazo no permitido por el tratado.

En consecuencia, en un caso concreto, lo primero que habría que determinar es si se está frente a un caso de violación grave del tratado y si dicho tratado es bilateral o multilateral. En el primer supuesto, la violación grave por una de las partes autoriza a la otra a dar por terminado el tratado o suspender su aplicación. En los tratados multilaterales, en cambio, las Partes por acuerdo unánime, pueden decidir: dar por terminado el tratado o suspender su aplicación total o parcialmente entre todos, o sólo en relación a la Parte autora de la violación, en cuyo caso la terminación o suspensión opera como una sanción que priva de los beneficios del tratado al Estado incumplidor.

Asimismo, la norma bajo análisis, prevé la posibilidad de alegar la violación como causa de suspensión unilateral de un tratado multilateral, cuando a falta de acuerdo unánime, alguna de las Partes directamente afectada, pueda alegar dicha violación grave para suspender la aplicación del Tratado con respecto al autor de ésta.

Uruguay funda su alegación en tal supuesto, no obstante cabe acotar que “*una violación de un tratado, por grave que sea, no pone*

término ni suspende ipso facto al tratado”⁶, sino que faculta al perjudicado a alegar dicha causal para suspender su aplicación.

En la presente controversia, además de no haberse acreditado que la “supuesta” violación por Paraguay de los términos del Tratado de Asunción pudiera ser “grave” y sin perjuicio de las consideraciones que la tornarían inadmisibles en el contexto de los Acuerdos de Integración, en los términos de la Convención de Viena, que es el instrumento invocado por Uruguay como fundamento de su alegación, correspondía cumplir con el procedimiento previsto en el art. 65 y ss. de la Convención. Como señala Pastor Ridruejo: “*La determinación de si un tratado (...) ha terminado o está suspendido en virtud de las causas que establece la Convención no puede dejarse al arbitrio de la parte interesada. Si ello fuese así, las normas que regulan aquellas causas, lejos de contribuir al ideal de la justicia en las relaciones internacionales, supondrían un grave atentado a la seguridad de los tratados*”⁷.

Así, la Parte que alega la violación del tratado tiene la obligación de notificar a la Parte incumplidora y salvo que se fijare un plazo menor, dicha Parte, tendría derecho a contestar aceptando u objetando. En este último supuesto, se habría planteado una controversia que conforme a la normativa de Viena debería resolverse por alguno de los medios de solución de controversias establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y de no lograrse solución en el plazo de doce meses, quedaría expedita la vía de la conciliación que se prevé en el Anexo, por ante el secretario general de las Naciones Unidas.

No obstante, en el presente caso, nos encontramos ante una controversia que queda comprendida en un procedimiento específico de solución, previsto en el Tratado de Brasilia. En ese marco, Uruguay debía plantear el supuesto incumplimiento de Paraguay ante los órganos pertinentes del Mercosur, en forma previa a cualquier acción unilateral que conllevara la suspensión de sus obligaciones⁸.

⁶ CDI, Informe, p. 87

⁷ PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 158.

⁸ En igual sentido, ver Laudo IX, Controversia entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre “Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la

En consecuencia, la alegación por Uruguay de la *exceptio non adimpleti contractus*, resulta improcedente tanto en virtud de las normas de derecho internacional general, codificadas en la Convención de Viena de 1969, como en virtud de las normas de derecho internacional particular emanadas del Tratado de Asunción y sus protocolos.

b) La otra cuestión que interesa analizar, se refiere a la regla o principio de igualdad de trato o trato nacional. En primer lugar, cabe preguntarse: ¿ambos conceptos son equivalentes? El Tribunal Ad Hc no establece diferencias, sin embargo, corresponde formular algunas precisiones.

Durante los siglos XIX y parte del XX, mientras se desarrolló la práctica de los tratados de paz, amistad y comercio, la igualdad de trato muchas veces se equiparó al trato nacional, pues tales acuerdos estaban fundamentalmente destinados a regular el establecimiento de nacionales en el territorio de otros Estados. A partir de los acuerdos de multilateralización del comercio internacional, en especial, del GATT, la igualdad de trato se concibió sobre la base de la no discriminación y reciprocidad y en líneas generales ha sido el fundamento de la operatividad de la cláusula de la nación más favorecida, contemplada en el art. 1º de dicho Acuerdo que dispone que toda ventaja concedida a una Parte se extiende automática e incondicionalmente a las demás y formulada en términos similares en otros tratados internacionales, tales como los de Montevideo de 1960 y 1980 (arts. 18 y 44, respectivamente).

Desde el punto de vista del comercio internacional, el principio de igualdad de trato o no discriminación, se traduce en el tratamiento igualitario otorgado a la entrada, salida o tránsito de productos en un territorio aduanero determinado, cualquiera sea su origen o destino ⁹.

En el caso *sub examine* el Tribunal Ad Hoc dijo:

“La regla de igualdad en el Mercosur, en su esencia, es la misma que se deduce de los tratados de Montevideo y que aparece en el GATT

industrialización de lana”, 4 de abril de 2003. “El ordenamiento Mercosur ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por parte de los Estados, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia”.

⁹ ONS INDART, Carlos, “El principio de reciprocidad en el Tratado de Montevideo”, en *La dimensión jurídica de la integración*, BID/INTAL, 1973, p. 53.

de 1947 y que persiste aún hoy en la OMC, de los cuales hacen partes todos los Estados Miembros, que se han sometido también a las reglas del Tratado de Montevideo, del cual también hacen parte. De esta forma, la definición de lo que es igualdad parte de ahí pero adquiere especificidad en el Mercosur”.

“La igualdad de trato en el Mercosur ha de concretarse, en primer lugar, en la existencia de hecho y de derecho de la no discriminación entre los Estados Miembros en la práctica. Es decir, que una norma que aparentemente no fuera discriminatoria, sí lo es de hecho y con más razón si la norma en sí misma tiene discriminación, es incompatible con la igualdad de trato establecida en el tratado del Mercosur”.

Sin embargo, la cuestión generó confusiones que llevaron a los Estados Parte en la controversia a solicitar una aclaratoria, por cuanto podía deducirse de la parte resolutive del laudo, que la obligación de igualdad de trato podría ser satisfecha por Uruguay, aplicando el IMESI a los cigarrillos de origen Paraguay, en las mismas condiciones que a los cigarrillos de Argentina o Brasil, en tanto países fronterizos ¹⁰.

“Al analizar el art. 7° del Tratado de Asunción, debe esclarecerse que la obligación de trato nacional que ahí se establece es aplicable cuando los impuestos internos de un país atribuyen un trato diferente a los demás países, el cual constituye un obstáculo al comercio. Todo impuesto aplicable de acuerdo a la cláusula de igualdad no representa una distorsión (...) si el producto importado circula con la misma libertad que el producto nacional”.

Si bien resulta claro que el art. 7° del Tratado de Asunción establece que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios de un Estado Parte gozarán en el territorio de los demás, del mismo tratamiento que se aplique a los productos nacionales, la regla de trato igualitario y no discriminatorio no siempre es equivalente a la regla de trato nacional.

Piénsese en situaciones en que un Estado adopta medidas para incentivar la industria nacional. De ninguna manera podría considerarse

¹⁰ Ver numeral 1 de la Parte Resolutive del laudo.

que las mismas se harían extensivas a productos de otros Estados so pena de incurrir en una violación de la regla de igualdad de trato y no discriminación. Sin embargo, en el ámbito del Mercosur, tal situación quedaría comprendida en la obligación asumida por las Partes de armonizar sus políticas macroeconómicas, al respecto el Tribunal dijo: “El consumo de determinadas mercancías puede ser más o menos incentivado en un determinado territorio. En este sentido, dichas cuestiones deben ser armonizadas porque se refieren a una política macroeconómica que todavía no está firmada, política esa que ha de ser coordinada, según dispone el art. 1º del Tratado de Asunción así como han sido armonizadas las legislaciones donde sea necesario para fortalecer el proceso de integración”.

Conclusiones

Del análisis del laudo, en especial, de las dos cuestiones jurídicas examinadas, se puede concluir:

1. En cuanto a la excepción de inejecución o *exceptio non adimpleti contractus* planteada por Uruguay, hubiera sido deseable que el Tribunal Ad Hoc la desestimara de manera más concluyente, a fin de impedir alegaciones futuras en el mismo sentido ¹¹.

2. En cuanto a la regla de igualdad de trato, si bien el Tribunal Ad Hoc, desestimó el planteo de Uruguay en su solicitud de aclaratoria sobre la aplicación del IMESI a los otros Miembros del Mercosur, por cuanto el laudo es obligatorio sólo para las partes en la controversia, en la práctica, el efecto es que si Uruguay en cumplimiento del laudo otorga a los cigarrillos de origen Paraguay el trato nacional, ya no puede mantener el sistema de imposición basado en la condición de país fronterizo, so pena de incurrir en una nueva discriminación contraria a la normativa Mercosur, con lo que los beneficios del laudo se extienden de hecho a todos los Miembros.

¹¹ Laudo IX.

3. Por último, sería deseable que con la entrada en vigor del Protocolo de Olivos ¹² para la Solución de Controversias en el Mercosur y la constitución del Tribunal Permanente de Revisión, se vaya desarrollando una jurisprudencia que coadyuve a la interpretación y aplicación uniforme de las normas, requisito imprescindible para avanzar en el proceso de integración.

¹² Vigente desde el 1/1/04. El Protocolo de Brasilia fue derogado pero mantiene su vigencia para las cuestiones pendientes.

LAUDO IX

LAUDO DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR EN LA CONTROVERSIASOBRE INCOMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE ESTÍMULO A LA INDUSTRIALIZACIÓN DE LANA OTORGADO POR URUGUAY, ESTABLECIDO POR LA LEY 13.695/68 Y DECRETOS COMPLEMENTARIOS CON LA NORMATIVA MERCOSUR QUE REGULA LA APLICACIÓN Y UTILIZACIÓN DE INCENTIVOS EN EL COMERCIO INTRA ZONA

4 de abril de 2003

Árbitros: Ricardo Alonso García (Presidente), Enrique C. Barreira y Eduardo Mezzera ¹

República Argentina (Parte Reclamante) - República Oriental del Uruguay (Parte Reclamada)

*Graciela R. Salas **

Sumario: I. Introducción.

I. Introducción

Constituido en legal forma el Tribunal de acuerdo con lo establecido en el Protocolo de Brasilia y sus Reglas de Procedimiento (CMC/DEC 17/98).

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹

La cuestión quedó planteada por la República Argentina frente a una bonificación de un 22% del valor FOB declarado a las exportaciones de tejidos en piezas o en confecciones por parte de la República Oriental del Uruguay por una ley de 1968 que había sido modificada por legislación posterior reduciéndose ese porcentaje hasta quedar en un 9% en 1992.

En relación con los anteriores laudos arbitrales encontramos algunos puntos en común, que trataremos de sintetizar, a partir de lo cual efectuaremos algunos comentarios a este noveno laudo.

Uno de esos puntos sería el de las etapas necesarias y sucesivas, que no son citadas por el Tribunal, sino que aparecen detalladas en el punto IV, reclamación argentina ². Según ésta, en 1998, Argentina solicitó la eliminación de esa bonificación, se iniciaron negociaciones directas que llevaron a la suscripción el 13 de diciembre de 2000 de un “Entendimiento” por la incompatibilidad de la citada normativa uruguaya con la mercosureña que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona.

En esa oportunidad se acordó que aquel 9% se reduciría hasta llegar al 0% el 31 de diciembre de 2002. Al no obtenerse resultados positivos en el GMC, éste dio por concluida su intervención en el caso, y ante nuevos reclamos infructuosos, Argentina decidió iniciar el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia.

El Tribunal solamente reseña las etapas del propio procedimiento arbitral, detallando las razones de las tres suspensiones del procedimiento, fundada en el comportamiento de las Partes contrario a la buena fe procesal, tema al que dedica la Parte X ³. Ello en razón de que “Uruguay no habilitó los medios necesarios para el funcionamiento del Tribunal que, de buena fe, le correspondía, y que en todas ellas obtuvo el silencio por respuesta; situación ésta que fue finalmente remediada por Argentina asumiendo las cargas inherentes al proceso que habían provocado su paralización”. Y es en virtud de estas consideraciones que, por primera vez, un

² Parte IV. Alegaciones y pretensiones de las partes. Párrafos 15 a 18 del laudo, ambos inclusive.

³ Parte X. Sobre la buena fe procesal de las partes a lo largo del procedimiento arbitral.

tribunal arbitral del Mercosur impone al Uruguay la compensación pecuniaria del presidente y los demás gastos del Tribunal ⁴, modificando así la jurisprudencia de los precedentes tribunales ad hoc, respecto de las costas y costos. Sin embargo, cabe recordar que a través de consideraciones específicas, el Tribunal no hizo lugar a la solicitud efectuada por Argentina, a fin de que se le aplicaran la totalidad de costas y costos a Uruguay, en razón de su actitud frente a esta cuestión ⁵.

Los antecedentes son citados en la presentación por parte de la República Argentina ⁶ y en los fundamentos del Tribunal ⁷ para resolver el caso planteado.

Las etapas del procedimiento merecen alguna consideración por parte del Tribunal, en cuanto al incumplimiento de los Entendimientos aducido por la República Argentina como “el tercero llamado a intervenir -en nuestro caso, el Grupo Mercado Común- el que habrá de pronunciarse sobre la eventual excepción del previo agotamiento de la vía diplomática alegada por una de las partes” ⁸, oportunidad en la que reconoce un rol importante a esta intervención de terceros en cuanto al agotamiento de determinadas etapas luego de lo cual queda abierta la posibilidad de iniciar el procedimiento arbitral.

Las referencias a la armonización ⁹ aparecen en forma interrelacionada con los principios. Entre éstos podemos citar el de equilibrio. Este principio es esgrimido por Uruguay ¹⁰ y que, en definitiva, fundamenta la posición uruguaya junto con los criterios de armonización, gradualismo, coordinación. En el caso del principio de reciprocidad, es invocado por la República Argentina ¹¹ y posteriormente utilizado por el Tribunal en el

⁴ Decisión. Punto segundo b).

⁵ Parte VII. Párrafos 60 y 75.

⁶ Parte IV. Fundamentos de la reclamación argentina. Párrafos 12 a 14 del laudo, ambos inclusive.

⁷ Parte VI. Párrafos 48 y 49, ambos inclusive.

⁸ Parte VII. Párrafo 58.

⁹ Parte VI. Párrafo 41.b

¹⁰ Parte IV. Fundamentos de la defensa de Uruguay, párrafos 28, 29, 34.

¹¹ Parte IV. Párrafo 19.

sentido de la necesidad de fortalecimiento de las relaciones entre los Estados Partes sobre la base de la lealtad hacia el sistema de integración, oportunidad en la que cita el derecho de fondo ¹². También se cita el principio de buena fe ¹³, como tal y en forma separada de las consideraciones respecto de la buena fe procesal.

Asimismo, encontramos alguna referencia a la transparencia en forma conjunta con la seguridad jurídica. Ello es así en una interpretación de los incentivos a las exportaciones intrazona ¹⁴.

En cuanto al objeto de la *litis*, cabe destacar que surge de la ya citada Parte IV, correspondiente a la posición de cada una de las partes en el procedimiento ¹⁵. Pero como una característica particular es de remarcar la presentación efectuada por Uruguay, que intentó una modificación de los posibles resultados del procedimiento arbitral ¹⁶.

En síntesis, se trata de la existencia de una bonificación otorgada a las exportaciones uruguayas, de los productos industrializados de lana, mediante la ley uruguaya 13.695 de 1968 y sus decretos complementarios, que constituye un incentivo a la exportación prohibido en el comercio intrazona, de acuerdo a lo establecido por el Tratado de Asunción y la Dec. CMC 10/94. Según surge de estas actuaciones la bonificación originaria de un 22% del valor FOB, cuyo monto sería entregado por el Banco de la República. Mediante sucesivo, fue reduciéndose hasta llegar a un 9% en 1992, prorrogándose en forma ininterrumpida a partir de entonces.

En octubre de 2000 ambos Estados iniciaron negociaciones directas, arribando a un Entendimiento en diciembre del mismo año en virtud del cual Uruguay se comprometía a eliminar gradualmente dichos porcentajes, hasta llegar a un 0% el 31 de diciembre de 2002.

¹² Art. 2º del Tratado de Asunción y art. 38 del Protocolo de Ouro Preto, citados en el párrafo 65.

¹³ Parte IV. Párrafo 34.

¹⁴ Parte VI. Párrafo 54.

¹⁵ Párrafos 12 a 36.

¹⁶ Parte V. Presentación por Uruguay en el curso de la audiencia del decreto del Poder Ejecutivo 121/03. Párrafos 37 a 40.

Al incumplir Uruguay estas metas, quedaron abiertas las vías de solución pacífica previstas por el Protocolo de Brasilia.

En cuanto a las alegaciones y pretensiones de las Partes, si bien la posición argentina se sustenta en dos cuestiones principales, es posible observar algunas otras conexas de no menor importancia.

Plantea la República Argentina primeramente la incompatibilidad del estímulo y la bonificación de la citada ley uruguaya y sus decretos complementarios con el Tratado de Asunción y la Dec. CMC 10/94 ¹⁷. A continuación, sostiene que el incumplimiento por parte de Uruguay del Entendimiento de diciembre de 2000, considerado una verdadera violación a un compromiso internacional, en virtud de lo cual solicita se le apliquen la totalidad de las costas y costos del procedimiento arbitral.

Sostiene por otra parte Argentina que, interpretado funcional o teleológicamente, el Tratado de Asunción impide adoptar medidas contrarias a su objetivo final, como en el caso de aquellas medidas que limiten la libre circulación de mercaderías. Agrega, asimismo, que dicha Decisión “*consagra el compromiso de respetar, al otorgar incentivos a la exportación, las disposiciones del Acuerdo GATT* ¹⁸ *sobre la materia*”, con lo que rescata la aplicación de otros acuerdos internacionales, estrechamente vinculados a la cuestión.

Sostiene también Argentina que Uruguay no cumplió con las necesarias consultas con los restantes integrantes del Mercosur, apartándose así de la regla del *pacta sunt servanda* y del principio de buena fe.

En virtud de todo ello Argentina solicita la fijación de un plazo de quince días para que Uruguay elimine el estímulo y la bonificación en cuestión, que dicte la normativa interna necesaria para esa cesación y que se comprometa a no establecer en el futuro estímulos o medidas semejantes a la cuestionada.

Por su parte, la posición uruguaya gira alrededor de ejes que hemos visto aparecer en otros procedimientos arbitrales: que la interpretación

¹⁷ “Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del Mercosur”.

¹⁸ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.

del Tratado de Asunción debe hacerse en forma lógico-sistemática, según los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, y esencialmente la *exceptio non adimpleti contractus* o “excepción de inejecución”, al sostener que Argentina había incurrido en incumplimiento de la misma normativa al disponer medidas de análoga naturaleza de aquella que Uruguay se proponía dejar sin efecto.

Distingue Uruguay entre normas programáticas, directrices generales y principios orientadores de aquellas que constituyen normas de obligatoriedad inmediata, siendo solamente éstas directamente operativas y exigibles.

Sostiene, asimismo, que si se hiciera lugar a la eliminación bilateral de la norma cuestionada por Argentina se afectaría a Uruguay frente a los otros Estados Partes de Mercosur, violando así los principios de reciprocidad y equilibrio.

Que en cuanto al entendimiento de diciembre de 2000 alcanzado entre ambos países, sostiene, por un lado, que no implica un reconocimiento de la violación por parte de Uruguay de la Dec. 31/00¹⁹ y que la no ejecución del cronograma acordado en el Entendimiento no es sino una respuesta a la adopción, por parte de Argentina, de medidas similares a las que pretendía que Uruguay dejara sin efecto. En consecuencia, interponía la *exceptio non adimpleti contractus*, es decir, la excepción de inejecución, posición ésta hecha valer en el octavo laudo de un tribunal arbitral del Mercosur²⁰.

Ahora bien, durante el curso del procedimiento arbitral, Uruguay dictó y presentó²¹ el decreto del Poder Ejecutivo 121/003 que elimina la bonificación en cuestión pero a partir del 1 de julio de 2003.

¹⁹ CMC/DEC. 31/00. Relanzamiento del Mercosur. Incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación, incluyendo zonas francas, admisión temporaria y otros regímenes especiales.

²⁰ Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para decidir en la controversia entre la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del IMESI (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos. Posición de Uruguay, punto 3.

²¹ La presentación se efectuó en ocasión de la audiencia del 2 de abril de 2003 ante el Tribunal Arbitral.

Finalmente, solicita se rechace la presentación efectuada por Argentina.

En cuanto a los fundamentos del Tribunal para resolver este caso, podemos observar que responden a ciertas características comunes con los laudos precedentes.

Por un lado, la tarea emprendida por el GMC en virtud de lo establecido por la CMC/DEC 31/00 en virtud de la cual deberá elaborarse una propuesta para establecer disciplinas comunes relacionadas con la utilización de incentivos a las inversiones, a la producción y exportación intrazona, para lo cual se amplió el plazo hasta el 31 de mayo de 2003.

Por otra parte, vuelve sobre el Tratado de Asunción y la libertad de circulación de bienes, servicios y factores productivos que éste implica, a través de la eliminación de derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente.

A renglón seguido remarca el compromiso asumido por los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, y sus respectivas políticas a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.

En consecuencia, el Tribunal debió expedirse respecto de los siguientes puntos principales:

- a) La normativa a aplicar en el caso, como es el Tratado de Asunción y el art. 12 de la Dec. 10/94, única disposición invocada en este caso;
- b) Si existe una vulneración de las citadas normas por parte de la ley uruguaya;
- c) En caso afirmativo a la anterior, si la exigibilidad de la Dec. 10/94 quedó sujeta a condición suspensiva en virtud de la Dec. 31/00 del CMC;
- d) El incumplimiento de Uruguay del Entendimiento de diciembre de 2000;
- e) La aplicabilidad en un caso de arbitraje dentro del sistema de solución de controversias del Mercosur de la *exceptio non adimpleti contractus*;
- f) La incidencia en este caso del decr. 121/03;
- g) La buena fe procesal de las partes.

Respecto del apartado a), Uruguay no niega la existencia de un incentivo a la exportación, remitiéndose a la definición de subvenciones establecida en el art. 1º del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas

Compensatorias de la OMC, de lo que surge la contradicción de la ley uruguaya con la Dec. 10/94 que prohíbe expresamente los incentivos a las exportaciones en el comercio intrazona, a partir de lo cual queda resuelto el punto b) en cuanto a la violación por parte de Uruguay de la citada normativa.

En cuanto a la condición suspensiva a la que, según Uruguay estaría sometida la Dec. 10/94 en virtud de lo establecido por la Dec. 31/00²², el Tribunal efectúa una interpretación teleológica, en el sentido de que ambas tienen como objetivo por un lado facilitar la conformación del mercado común y por el otro actuar en pos de la seguridad jurídica y la transparencia respecto de los demás incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación, y que el objetivo del CMC al dictar la Dec. 31/00 fue reafirmar la prohibición de los incentivos. En consecuencia, es negativa la resolución del punto c), en cuanto no existe en este caso, condición suspensiva alguna.

Es importante destacar el valor que el Tribunal le atribuye al Entendimiento de diciembre de 2000 (punto d), cuyo incumplimiento, además de la violación de un compromiso internacional, abre la posibilidad a la contraparte de iniciar el procedimiento arbitral, posición ésta de la República Argentina. En consecuencia, no se discute la validez del Entendimiento como lo pretende Uruguay, sino el rol que cumplió.

En cuanto al punto e) el Tribunal se remite a lo resuelto por el Tribunal Arbitral Ad Hoc para el caso del IMESI²³, en el que ya se había rechazado una posición similar de Uruguay, ya que, existiendo un sistema de solución de controversias en el Mercosur, previsto en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Brasilia, no es posible pensar en la aplicación de medidas como la *exceptio non adimpleti contractus* que se acerca

²² Cuyo objetivo es el de “instruir al Grupo Mercado Común a elaborar una propuesta para establecer disciplinas comunes relacionadas con la utilización de incentivos a las inversiones a la producción y a la exportación”... “que deberá incluir disciplinas para eliminar el uso de los incentivos a las exportaciones intrazonas”.

²³ Laudo del 21 de mayo de 2002. Controversia entre la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del IMESI (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos. Octavo laudo arbitral del Mercosur.

más a la retorsión. En el caso de medidas como éstas, si bien la excepción existe a nivel internacional, su aplicación es mucho más restrictiva que en otras ramas del derecho, por la razón apuntada más arriba. Concluye rechazando también esta defensa uruguaya.

Ante el punto f), remarca que Argentina solicitó que se fijara un plazo de 15 días para que Uruguay derogara la ley en cuestión, mientras que el decreto dictado por las autoridades uruguayas recién fijaba el 1º de julio de 2003 como fecha límite para su cumplimiento efectivo.

Finalmente, en el punto g) el Tribunal destaca que si bien fueron necesarias suspensiones en el procedimiento por la actitud de las partes ante éste, Argentina requirió en varias oportunidades a Uruguay que cumpliera con la habilitación de los medios necesarios para el funcionamiento del Tribunal, ante el silencio de éste. Sin embargo, el mismo no encuentra razones suficientes para hacer lugar a la petición de Argentina de imponer todas las costas y costos a Uruguay.

En consecuencia, el Tribunal resuelve:

- Ordenar que la República Oriental del Uruguay proceda a eliminar la bonificación establecida en la ley 13.695 y sus decretos complementarios en un plazo de quince días.

- Que de acuerdo con lo establecido por el art. 14 del Protocolo de Brasilia los gastos se distribuyan:

a) Cada Estado abonará los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él propuesto;

b) Los gastos del presidente y demás gastos del Tribunal estarán a cargo de la República Oriental del Uruguay.

Esta resolución, por su parte, tiene como característica en común con los anteriores laudos arbitrales al ordenar a la República Oriental del Uruguay la eliminación de la bonificación cuestionada, superando así los reparos surgidos en relación con el quinto laudo²⁴.

²⁴ Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”, del 29 de septiembre de 2001.

Una característica particular que podemos finalmente remarcar es que, por primera vez, un tribunal arbitral impone alguna forma de costas y costos a una de las partes ²⁵, en este caso, como una forma de sanción a una de las partes, en relación con la buena fe procesal, reiterado objeto de alusión por parte del Tribunal.

²⁵ Decisión. Punto segundo b).

NOMENCLADOR

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES DEL MERCOSUR

ACE 18 (LI) (LII) (LIII)

Art. 1 (LI)

Art. 11 (LI)

Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) (LII)

Acuerdos de Marrakesh (LIII)

ALADI (LII)

Anticipo de Contrato de Cambio (ACC) (LII)

Anticipo de Contrato de Exportación (ACE) (LII)

Antidumping (LIV)

Tratamiento (LIV)

Arancel Externo Común (LIII) (LIV)

Excepciones (LIII)

Áreas Aduaneras Especiales (LIII)

Buena fe procesal (LIX)

Cartera de Comercio Exterior (CACEX) (LI)

Causalidad (LIV)

Determinación (LIV)

Certidumbre jurídica (LI)

Cesión de soberanía (LIV)

Cláusulas de salvaguardia (LIII)

Comités Técnicos (LIII)

Comité Técnico del Sector Textil (LIII)

Competencia desleal (LI)

Instrumentos antidumping y compensatorios (IV)

Instrumentos de defensa de la competencia (LIV)

Controversias (LII) (LIV)

Concepto (LII) (LIV)

Entre Estados Partes (LII)

Reclamaciones de Particulares (LII)

- Solución (LII)
 - Etapas necesarias y sucesivas (LII) (LIX)
 - Fase diplomática (LII)
 - Efectos jurídicos (LII)
 - Fase arbitral (LII)
 - Profundización de reclamaciones alegadas en fase anterior (LII)
 - Reclamaciones no alegadas en fase diplomática (LII)
 - Tipos (LII)
- Coordinación de políticas macroeconómicas (LI)
- Daño (LI) (LIV)
 - Determinación (LIV)
- Defensa comercial (LIV)
 - Estatuto Común de Defensa de la Competencia (LIV)
 - Protocolo Común de Defensa de la Competencia (LIV)
- Derecho de defensa (LIV)
- Desaliento al exportador (LI)
- Desviación de poder (LIV) (Acl. LIV)
- Discrecionalidad (LI) (LIV) (Acl. LIV)
- Discriminación (Acl. LV) (LVIII)
- Estatuto Común de Defensa de la Competencia (LIV)
- Estoppel* (LIV) (LVI)
- Etapas de la integración (LIII)
- Exceptio non adimpleti contractus* (LVIII) (LIX)
- Existencia o amenaza de un perjuicio derivado de la violación del sistema normativo del Mercosur (LII)
- Fuentes normativas del Mercosur (LII)
 - Normas primarias y secundarias (LIII)
 - Óptica integradora con normas y principios que regulan el Derecho Internacional (LII)
- Fumus bonis juris* (LII)
- GATT 47 (LIV)
- GATT 94 (LIV)
- Impuesto Específico Interno (IMESI) (LVIII)
- Incentivos (LII) (LIX)
- Inseguridad (LI)
- Interpretación (LI)(LIII) (LIV) (LIX)
 - In claris non fit interpretatio* (LIII)
 - Interpretación *a fortiori* (LIV)
 - Interpretación de buena fe (LV)
 - Interpretación del efecto útil o de eficacia mínima (LI)
 - Interpretación funcional (LIX)
 - Interpretación integradora (LIV)
 - Interpretación “pro integración” (LIV)

- Interpretación teleológica (finalista) (LI) (LIII) (LIV) (LV) (LIX)
 - Limitaciones (LVI)
 - Restringida de las excepciones (LVI)
 - Invocación en procedimiento arbitral de Laudos anteriores (LII)
 - Laudos arbitrales (LI)
 - Aspectos formales:
 - Numeración de párrafos (LI)(LII) (LIV)(LV) (LVII)
 - Aspectos procesales (LI) (LIV) (LV)
 - Audiencia-Pruebas
 - Suspensión de plazos (LVI)
 - Notificación de la reclamación (LII)...
 - Requerimientos procesales (LII)...
 - Negociaciones directas (LII) (LIII) (LIV)...
 - Negativa a las negociaciones directas (LIV)
 - Reclamación a la Comisión de Comercio (LII)
 - Requerimiento ante Grupo Mercado Común (LIII)
 - Inclusión en Agenda de Reunión de GMC (LIII)
 - Plazo para el pronunciamiento del laudo (LIII)
 - Prórroga (LIII) (LIV) (LV) (LVI)
 - Extensión de la prórroga (LVI)
 - Representantes y asesores (LII)
 - Acreditación (LIV)
 - Presentación de argumentos y pruebas (LII)
 - Alegaciones orales (LV)
 - Preguntas por escrito del Tribunal (LIII)
 - Pruebas documentales (LIII)
 - Admisión (LIV)
 - Comunicación (LIV)
 - Audiencia (LII) (LIV) (LV) (LVI)
 - Testimonial (LIV) (LV)
 - Escritos ampliatorios (LII) (LV)
 - Resúmenes de posiciones escritos (LVI)
 - Cuestiones preliminares (LIII)
 - Cuestión previa (LIV)
 - Cumplimiento (LIII)
 - Objeto de la litis (LI) (LII) (LIII) (LIV) (LVI) (LIX)
 - Definición de controversia (LIII) (LIV)
 - Escrito de presentación (LIV)
 - Escrito de respuesta (LIV)
 - Intervención de terceros Estados (LIX)
 - Necesidad de especificidad y no abstracción (LVI)
- Partes del laudo (LI) (LII)(LIII)
 - Abreviaturas (LIV)

- Alegaciones y Pretensiones de las Partes (LV) (LIX)
- Antecedentes (LV) (LIX)
- Conclusión (LI)(LIII) (LIV)
- Considerando (LVI)...
- Consideración final (LVII)
- Decisión (LV)...
- Costas (LIX)
- Derogación de norma de derecho interno (LV) (Acl. LV)
- Fundamentos (LV) (LIX)
- Resultandos (LI) (LII) (LIII) (LIV) (LVI)(LVIII)
- Resolución (Acl. LV)
- Sumario (LIV)
- Valoración de la actuación de las Partes (LV)
- Vistos (LIII) (LVI)
- Tribunal Arbitral (LI) ...
 - Designación del Tribunal (LI) (LII)...
 - Constitución del Tribunal (LI) (LII)...
 - Composición del Tribunal (LI)...
 - Objeto del pronunciamiento (Acl. LVIII)
 - Naturaleza del Tribunal (LIV)
 - Carácter de sus interpretaciones jurídicas (LIV)
 - Notificaciones y comunicaciones (LVI)
 - Registro de actuaciones del Tribunal (LIII)
 - Archivo (LIII)
 - Reglas de Procedimiento (LI)
 - Derecho de manifestarse (LII)
 - Principio del contradictorio (LII)
 - Proceso expeditivo y económico (LII)
 - Posición de las partes (LII)
- Valor del laudo (Acl. LV)
 - Declarativo (Acl. LV)
 - Jurisdicción plena (Acl. LV)
- Libertades de los Estados (LVI)
 - Reserva de soberanía (LVI)
 - Limitaciones (LVI)
- Libre circulación de bienes (LI)
 - Excepciones-Interpretación restrictiva (LVII)
- Libre circulación de los factores (LI)
- Licencia automática con condiciones o procedimientos especiales (LAC) (LI)
- Licencia no automática (LNA) (LI)
- Marco normativo de antidumping (LIV)
- Marco normativo de subsidios (LIV)
- Medidas antidumping (LIV)

- Concepto (LIV)
- Medidas de salvaguardia (LIII)
- Medidas discriminatorias (LIII)
- Medidas unilaterales (LI)
- Mercado Común (LIII) (LIV)
- Mercosur
 - Conceptualización (LVIII) (LIX)
- No empeoramiento de condiciones de acceso al mercado (LI)
- No discriminación (LI)
- Nomenclatura Arancelaria Mercosur (LIII)
 - Categorías de productos (LIII)
- Normas Mercosur (LI)(LIV)
 - Concepto (LIV)
 - Interpretación del art. 28 del Protocolo de Brasilia (LVI)
 - Normas que necesitan incorporación en ordenamiento jurídico de los Estados Partes (LIV) (LV)
 - Obligación de incorporación de normas (LIV)
 - Responsabilidad por la no incorporación (LIV)
 - Normas que no necesitan incorporación en ordenamiento jurídico de los Estados Partes (LIV)
 - Normas de obligatoriedad automática (LIX)
 - Normas operativas (LI) (LIV)
 - Normas programáticas (LI) (LIX)
 - Obligación de incorporación de las decisiones, resoluciones y directivas (LVII) (LVIII)
 - Obligatoriedad de las normas-Aplicabilidad (LIV)
 - Diferencia entre obligatoriedad y vigencia de las normas (LVII)
 - Incorporación de las normas (LVII)
 - Plazo para el cumplimiento de la obligación de incorporar (LVII)
 - Sistema de producción de normas (LIV)
 - Sistema de “vigencia simultánea” (LIV)
 - Vacío normativo (LVII)
 - Vigencia (LIV)
- Normativa Mercosur (LVI)
 - Armonización (Acl. LVIII) (LIX)
 - Criterios integradores (LVI)
 - Fecha crítica (LVI)
- Obligaciones concretas y autoejecutables (LI) (LVIII)
- Obligación de garantizar condiciones equitativas de competitividad (LII)
- OMC (LI)
 - Acuerdo Antidumping (LIV)
 - Acuerdo sobre Procedimientos para el Licenciamiento de las Importaciones (LI)

- Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC) (LII)
 - Comité sobre Subsidios (LII)
- Acuerdo sobre Textiles y el Vestido (ATV) (LIII)
 - Órgano de Supervisión de los textiles (OST) (LIII)
- Mecanismo de Solución de Controversias (LII)
 - Normativa (LIV)
- Órganos del MERCOSUR (LIII)
 - Funciones (LIII)
 - Naturaleza intergubernamental (LIV)
- Prácticas desleales (LIII)
- Precedencia entre obligaciones jurídicas (LIII)
- Previsibilidad (Acl. LVIII)
- Principio de buena fe (LI) (LIV) (LVII)
- Principio de certeza jurídica (LIII)
 - standard* mínimo (LIII)
- Principio de equilibrio (LIX)
- Principio de especialidad (LIII)
- Principio de *estoppel* (prohibición de *venire contra factum proprium*) (LIV) (LVI)
- Principio de libre circulación (IV) (Acl. LIV)
 - Excepciones (LIV)
- Principio de razonabilidad (LIV) (LVI) (LVII)
- Principio de reciprocidad (LVIII) (LIX)
- Principios generales del derecho (Acl. LIV)
- Principios generales en materia de integración (LVI)
 - Principio de previsibilidad (LVI)
 - Principio de proporcionalidad (LVI)
 - Principio de razonabilidad (LVI) (LVII)
 - Principio de reserva de soberanía (LVI)
- Principio *in dubio pro communitate* (LI)
- Principio “natural” de autonomía de la voluntad (LVII)
- Principio *pacta sunt servanda* (LI) (LVII)
- Principios que fundamentan el Mercosur (LVI)
- Principios y disposiciones del derecho internacional (LIV)
- Procedimiento de investigación antidumping (LIV)
- Procedimiento de selectividad para el control aduanero del valor (LV)
- Proceso de integración (LI)
 - Enfoque teleológico (LI) (LII)
 - Etapas de formación (LII)
 - Gradualidad (LIV)
 - Perspectiva finalista (LI) (LII)
- Programa de Financiamiento de la exportaciones (PROEX)
- Programa de Liberación Comercial (LI) (LIII)
 - Excepciones (LIII)

- Sector Automotores (LIII)
- Sector Azúcar (LIII)
- Mantenimiento en caso de denuncia (LI)
- Período de transición (LIII)
- Prohibición efecto inhibitor (LI)
- Protocolo de Brasilia (LIII)
- Reglamento (LIII)
- Protocolo de Ouro Preto (LIII)
- Art. 53 (LIII)
- Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera (LIII)
- Régimen de Salvaguardias (LIII)
- Regla del tratamiento nacional (LVIII)
- Reglamento Común Antidumping (LIV)
- Reglamento Común de Salvaguardias (LIII)
- Reglamento de Origen (LV)
 - Derecho de verificación (LV)
 - Procedimientos relativos al cuestionamiento de los certificados de origen (LV)
 - Potestad sancionatoria (LV) (Acl. LV)
 - Principios generales en materia sancionatoria (LV) (Acl. LV)
- Restricciones arancelarias (LI) (LIV)
- Restricciones no arancelarias (LI) (LIII) (LIV) (LVI)
 - Armonización (LI)
 - Concepto (LI) (LIV)
 - Desgravaciones (LI)
 - Calendario (LI)
 - Eliminación (LIII)
 - Incentivos a la producción y a la exportación (LII)
 - Obligación de eliminación (LI)
 - irreversibilidad (LI)
 - Período de transición (LIII)
 - Prohibiciones (LVI)
 - Carácter absoluto (LVI)
 - stand still* (LI)
 - Tratado de Montevideo de 1980 (LI)
 - Art. 50 (LI)
- Salvaguardias (LIII)
 - GATT 94 (LIII)
 - NAFTA (LIII)
 - Prohibición (LIII)
 - Unión Europea-CEE (LIII)
- Sanciones (LVIII)
 - Represalia (LVIII)

- Seguridad jurídica (LI) (LIX)
- Sentido común (LVI)
- Sistema de integración (LI)
 - Continuum integratif* (LI)
- Sistema de regulación de stock de maíz (CONAB) (LII)
- Sistema Integrado de Comercio Exterior (SISCOMEX) (LI)
- Sistemas de protección de productos (LIII)
 - Listas de Excepciones (LIII)
 - Régimen de Salvaguardias (LIII)
 - Programa de Adecuación Final (LIII)
- Solución de controversias (LI) (LIV)
 - Etapas de procedimiento (LIV) (LIX)
 - Agotamiento de la vía recursiva en el orden nacional (LIV)
 - Dinamicidad (LVI)
 - Protocolo de Brasilia (LI)
 - Reglamento del Protocolo de Brasilia (LI)
 - Protocolo de Olivos
- Subsidios (LII) (LIV)
 - Categorías (LII)
 - Concepto (LII)
 - Elementos (LII)
 - Marco normativo (LIV)
- Supranacionalidad (LI)
- Transparencia (LIX)
- Tratado de Asunción (LI)
 - Anexo I (LI)(LIII)
 - Art. 1 (LI) (LIII)
 - Art. 5 a (LI)
 - Anexo IV (LIII)
 - Art. 1 (LIII)
 - Definición (LI)
 - Interpretación teleológica (LI)
 - Objeto y fin (LI)
 - Perspectiva finalista (LI)
 - Sistema normativo (LI)
- Tratado marco (LI)
 - Perspectiva finalista (LI)
- Unión Aduanera (LIII)
- Vacío legal (LIII)
- Zonas Aduaneras Especiales (LIII)
- Zonas Francas (LIII)
- Zonas de Procesamiento de Exportaciones (LIII)

INDICE

Palabras preliminares	11
Introducción	
La institución del arbitraje en el mercosur <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	13
Laudo I	
Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco <i>Marta Susana Sartori</i>	19
Laudo II	
Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo <i>Marta Susana Sartori</i>	35
Laudo III	
Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Resolución 861/99) del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos <i>Esther Mathieu</i>	49
Laudo IV	
Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, pro-	

venientes de Brasil. Resolución 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina

María Cristina Rodríguez 65

Laudo V

Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo y solicitud aclaratoria

Arturo S. Pagliari 79

Laudo VI

Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados (Remolded) procedentes de Uruguay

Zlata Drnas de Clément 97

Laudo VII

Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el Mercosur

María Alejandra Sticca 111

Laudo VIII

Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre aplicación del "IMESI" (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos originarios de Paraguay

Fanny Peralta 123

Laudo IX

Laudo del Tribunal Ad Hoc del Mercosur en la controversia sobre incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por Uruguay, establecido por la ley 13.695/68 y decretos complementarios con la normativa Mercosur que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona

Graciela R. Salas 143

Nomenclador - Doctrina jurisprudencial de los laudos arbitrales del Mercosur

..... 153

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,
en el mes de noviembre de 2004

