

EL PRIMER LAUDO ARBITRAL DEL MERCOSUR

El pronunciamiento del primer laudo arbitral, por parte del Tribunal *ad hoc* en el ámbito del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del MERCOSUR, que reglamenta el Anexo III del Tratado de Asunción (TA) no deja de ser un hecho altamente significativo y auspicioso en la consolidación del proceso de integración en marcha en esta parte del continente y del mundo y, principalmente, en la tan reclamada necesidad de afirmación de la seguridad jurídica, como valor esencial, no solamente en el Estado de derecho sino también en la construcción de una comunidad de derecho basada en el mercado ampliado.

El Tribunal Arbitral se conformó en la oportunidad de acuerdo con lo dispuesto en el citado Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias del 17 de diciembre de 1991, con los árbitros Juan Carlos Blanco como presidente (Uruguay), y Guillermo Michelson Irusta (Argentina) y Joao Grandino Rodas (Brasil), a los efectos de atender el reclamo efectuado por la República Argentina, una vez agotada la etapa de pedidos de aclaraciones y respuestas del artículo 22 inciso 1 del Protocolo de Brasilia; contra los comunicados 37 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior de la República Federativa del Brasil (DECEX), del 17 de diciembre de 1997 y el 7 de la Secretaría de Comercio Exterior del mismo país (SECEX), del 20 de febrero de 1998.

Argentina sostuvo que la introducción por parte del Brasil de licencias de importación no automáticas y automáticas sujetas a condiciones especiales, configuraba una restricción al comercio intrarregional que producía un efecto inhibitorio y que generaba incertidumbre e inseguridad, afectando el desarrollo de las corrientes de intercambio; produciendo, en definitiva, un empeoramiento de las condiciones de acceso al mercado brasileño ante la falta de transparencia y discrecionalidad en el mecanismo adoptado, generando incertidumbre en los operadores y creando un factor de desaliento de las exportaciones, además de considerar que se

trataría de un elemento no arancelario de protección adicional. A tal efecto, fundamentó en su presentación el incumplimiento por parte de Brasil de los compromisos asumidos en el Tratado de Asunción, en el Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 18 y en las decisiones CMC 3/94 y CMC N 17/97, sosteniendo de manera complementaria que el dictado de una medida restrictiva del comercio habilita, de por sí misma, a la presentación de un reclamo, sin que el reclamante necesite demostrar los efectos negativos de la misma (artículo 25 del Protocolo de Brasilia).

Concluyó en la misma presentación que

la interpretación de los compromisos en el MERCOSUR debe encuadrarse en la finalidad del TA y sus instrumentos complementarios. Los comunicados atentan contra los propósitos y principios del TA, y afectan la reciprocidad. La exigencia de LNA o LAC viola el compromiso de eliminar las restricciones no arancelarias (artículos 1o. y 5o. del TA, artículos 1o. y 10 de su Anexo I y artículos 1o. y 11 ACE). La eliminación de las guías de importación fue seguida de la aplicación del SISCOMEX acompañado de un sistema de LAC y LNA que se generalizó a muchos capítulos y productos de la NCM. La reintroducción de restricciones y la adición de nuevas exigencias resultan violatorias del compromiso de *stand still* (decisiones CMC núms. 3/94 y 17/97). La sola existencia de las exigencias establecidas a través de los comunicados implica incumplimiento. La sucesión de incumplimientos perjudica el proceso de integración del MERCOSUR.¹

En su contestación, la República Federativa del Brasil sostuvo que el nuevo modelo de licenciamiento fue implantado por el gobierno brasileño a partir de la vigencia en enero de 1997, del SISCOMEX, un sistema de concepción moderna que utilizando los medios informáticos proporciona agilidad y transparencia a las importaciones. Dice que de tal modo sustituye al sistema de las guías de importación emitidas necesariamente antes del embarque y tramitadas manualmente ante un agente único, CACEX. Agrega que la adopción del nuevo sistema representa un reconocimiento de las reglas y prácticas internacionales de comercio y que el comunicado 37 condensa los perfeccionamientos de la normativa realizados para adecuarla al nuevo contexto internacional; explicando, en tal sentido, que el comunicado 37 fue concebido como un manual de información para los

1 Es transcripción textual del párrafo 21 del laudo arbitral en la parte de la presentación argentina (Conclusiones generales).

importadores siguiendo los criterios de transparencia aceptados por la comunidad internacional, sin establecer reglas nuevas. Su estructura se ajusta a los criterios de la OMC previstos en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Licenciamiento de las Importaciones.²

En los fundamentos jurídicos de la contestación, bajo el acápite “Examen de las normas invocadas por la reclamante. Tratado de Asunción (TA) y ACE 18”, Brasil sostiene que “el Tratado de Asunción puede ser considerado un acuerdo marco, instrumento internacional en el cual se trazan los objetivos y los mecanismos para alcanzarlos, cuyas disposiciones en general programáticas no son en su mayoría jurídicamente auto-aplicables”, agregando que el objetivo de conformar al 31 de diciembre de 1994 un mercado común debía ser alcanzado gradualmente mediante acuerdo de las partes sobre las normas y políticas al efecto, interpretando a continuación, y en consecuencia que, dado que el compromiso de eliminación de las restricciones no arancelarias aparece vinculado al cumplimiento del mercado común, objetivo de largo plazo que no ha sido todavía alcanzado, no existiría aún obligación de eliminarlas.

El laudo arbitral fue parcialmente favorable al reclamo argentino, decidiendo, por unanimidad, que el sistema de licencias de exportación en cuestión debe ser eliminado por la República Federativa del Brasil antes del 31 de diciembre de 1999, con excepción de aquellas medidas que se encuentran amparadas en lo dispuesto por el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, las que deberán ser armonizadas. La obligatoriedad del laudo es aplicable tanto a las restricciones existentes al momento del Tratado de Asunción como a las nuevas o a las reinstauradas.

Para una mejor comprensión de lo resuelto es menester recordar que el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 dice textualmente:

Ninguna disposición del presente Tratado 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

2 Laudo arbitral, párrafos 25 y 26, en “Hechos” de la contestación brasileña.

valor artístico, histórico o arqueológico, y g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radioactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

La decisión arbitral ha entendido que las medidas de restricción a las importaciones están justificadas cuando se basan en algunas de las razones enumeradas en el artículo antes transcrito. En la opinión de un especialista en cuestiones de MERCOSUR, es correcto relacionar tales principios con esta materia en orden a la vigencia del ACE 18, que es el instrumento que materializa el desmantelamiento de barreras arancelarias y no arancelarias, aunque se entiende que la reserva formulada por el laudo al aceptar un “paraguas” tan amplio y difuso como la protección de la vida y de la salud de personas, animales o vegetales, abre demasiadas posibilidades de mantener, introducir y/o reintroducir medidas restrictivas.³

Pero más allá de los alcances y del contenido de una decisión en un litigio concreto, aun cuando la misma haya sido favorable para Argentina, y cuando el laudo sancione una acción que Brasil ha mostrado con cierta reiteración en el comercio recíproco, como la modificación unilateral de los acuerdos oportunamente alcanzados; nos interesan destacar de manera especial aquellos aspectos del pronunciamiento arbitral que puedan confirmar una doctrina jurídica sobre los alcances del MERCOSUR y de sus instrumentos jurídicos en la conformación de un futuro derecho comunitario. Todo esto, en aras a la afirmación de la seguridad jurídica en una comunidad de derecho de la que hablábamos al principio, de la necesidad de reglas claras y estables para que el funcionamiento del mercado sea posible en los términos que a su tiempo fueron remarcados por autores como Hans Kelsen y Max Weber,⁴ y sin desconocer la insuficiencia del sistema adoptado por el Protocolo de Brasilia para un desarrollo jurídico y jurisprudencial del derecho comunitario del MERCOSUR, crítica sobre la que no nos extenderemos en esta oportunidad, remitiéndonos a lo ya

3 Rúa Boiero, Rodolfo R., “El Primer Laudo Arbitral del Mercosur: Game Over”, *La Ley*, Periódico Económico Tributario, artículo fechado el 5 de junio de 1999.

4 Kelsen, Hans, *Teoría del derecho y del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica; Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica. Pueden verse las referencias en nuestro trabajo *Transformación económica y seguridad jurídica*, Librería Editora Plátense, 1993.

escrito, pero destacando a modo de ejemplo que hicieron falta más de ocho años para tener el primer laudo arbitral.⁵

El Tribunal Arbitral comienza precisando su competencia, como es costumbre en los pronunciamientos jurídicos de todos los tribunales, y tanto más en este caso, no sólo por tratarse del primer caso en análisis, sino porque le toca desenvolverse en un marco sumamente amplio de reglas aplicables, que incluye la decisión *ex aequo et bono* conforme lo establece el mismo Protocolo de Brasilia. Dijo que su tarea no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas o aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del Mercosur (Protocolo de Ouro Preto, artículo 41), de manera que determinar la existencia o no de incumplimiento implica 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.⁶

Se trata —dice el Tribunal Arbitral en el considerando 50— de lo que Panayotis Soldatos llama un *continuum integratiff* en el cual los diversos elementos cobran significado en una visión de conjunto, de una realidad ordenada en función de un proceso de integración, de donde se observa que el Tribunal Arbitral no ha dudado en recurrir a las fuentes de Derecho Comunitario Europeo para aplicar fuentes de derecho de la integración comparadas.

La aplicación de principios generales del derecho internacional, conforme lo admite el Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias, también ha sido considerada en el laudo que comentamos en un capítulo que abarca los considerandos 56 a 63 y donde se comienza afirmando el principio de cumplimiento de los tratados (*pacta sunt servanda*), como norma fundamental originaria del derecho romano y el principio de buena fe, ambos ratificados por abundante y pacífica jurisprudencia de tribunales internacionales.⁷

5 Dalla Via, Alberto Ricardo, “Solución de Controversias”, *MERCOSUR. Perspectivas desde el derecho privado (I)*, varios autores, Universidad.

6 Laudo arbitral, considerandos 49 y 50.

7 De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo, “El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena”, *La Ley*, Buenos Aires, 1970, pp. 275 a 279, citado expresamente por el Tribunal Arbitral.

Por aplicación de tales principios, considera el Tribunal Arbitral en el considerando 62, 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 la materias e las que la normativa requiere procedimientos multilaterales, agregando que es con ese marco conceptual interpretativo como el Tribunal aborda su tarea.

Entre los considerandos 64 a 71 interpreta el Tratado de Asunción y su sistema normativo calificándolo como una combinación de normas propias de los tratados marco con otras de carácter operativo, afirmando que los anexos al tratado contienen obligaciones concretas y *self-executing*, señalando que hay una sincronía inseparable entre la eliminación de aranceles y la eliminación de las restricciones no arancelarias, que el TA recogió en las disposiciones citadas, fijando para ambas idéntica fecha de finalización e igual profundidad en su alcance al abarcar en los dos casos la totalidad del universo arancelario. Entiende, por otra parte, que la postergación del objetivo de la consecución del Mercado Común no ha alterado la sustancia de los compromisos asumidos en el Tratado de Asunción y que, por el contrario, éstos, así como sus principios y objetivos, se han reafirmado con el Protocolo de Ouro Preto, entendiendo por tanto que se mantiene la esencia de la continuidad del sistema consagrado por el TA y que la expiración del plazo pactado originariamente, sin que se hubiera completado el mercado común, no implica que hayan expirado las obligaciones nacidas bajo el Tratado de Asunción.

Cabe, en consecuencia, concluir este breve comentario a tan trascendente laudo arbitral diciendo que su importancia se descubre no solamente por el hecho de contar finalmente con un pronunciamiento arbitral que coloca una luz esperanzada en la afirmación de la seguridad jurídica, sino también porque más allá de su resultado que en este caso fue favorable a nuestro país, configura un extenso cuerpo de doctrina que merece una lectura detenida en su totalidad. Se desprende un interés de los árbitros que ha trascendido la solución concreta del caso para elaborar una primera aproximación interpretativa desde el derecho del MERCOSUR.

Pero no es menos trascendente una solución jurídica que sanciona conductas unilaterales y llama al multilateralismo, en un proceso de integración que nació con una fuerte impronta basada en el bilateralismo entre Argentina y Brasil, y que actualmente reclama el paso y la afirmación hacia la etapa institucional.

Y aquí viene la hora de las reflexiones porque la obligatoriedad de este laudo para los Estados partes surge de su carácter intergubernamental y por obligaciones nacidas al amparo del derecho internacional público, con instrumento como la Convención de Arbitraje Internacional de la que Argentina es parte; pero más nos gustaría que su obligatoriedad surgiera del propio derecho comunitario del MERCOSUR, contribuyendo a la construcción del mismo. No es ésta la hora de las críticas al Protocolo de Brasilia que ya hemos expuesto en otra parte y con reiteración; se trata de recibir con beneplácito este laudo tan esperado y confiar en que la afirmación institucional es una necesidad ineludible, sólo así el MERCOSUR será, de verdad, “un camino sin retorno”.⁸

⁸ Aludimos al título de los doctores Rodolfo Rua Boiero, Luis Eguivar y Guillermo Feldman, publicado por la Editorial La Ley.