

MERCOSUR

MERCOSUL

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

MONTEVIDEO, SEPTIEMBRE DE 2007
SECRETARÍA DEL MERCOSUR



NORMATIVA SELECCIONADA

**LAUDOS, ACLARACIONES Y
OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS
TRIBUNALES DEL MERCOSUR**

Montevideo, septiembre de 2007

Elaborado por:

SECRETARÍA DEL MERCOSUR
SECTOR DE NORMATIVA, DOCUMENTACIÓN Y DIVULGACIÓN

Luis Piera 1992, 1er. Piso
C.P. 11.200, Montevideo
República Oriental del Uruguay
Tel. (+598 2) 412.90.24
Fax. (+598 2) 418.05.57
e-mail: secretaria@mercosur.org.uy
www.mercosur.int

ÍNDICE

CONTROVERSIAS TRAMITADAS EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE BRASILIA

LAUDO I

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil para decidir 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”. 13

LAUDO II

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil para decidir sobre “Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo”. 35
- Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil para decidir sobre “Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo”. 55

LAUDO III

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Federativa del Brasil a la República Argentina para decidir sobre “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (RES. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”. 59
- Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Federativa del Brasil a la República Argentina para decidir sobre “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (RES. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”. 89

LAUDO IV

- Laudo del tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Federativa del Brasil a la República Argentina para decidir sobre “Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, (Resolución N° 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina”. 85
- Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Federativa del Brasil a la República Argentina para decidir sobre “Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, (Resolución N° 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina”. 139

LAUDO V

- 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 para decidir sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”. 143
- Aclaración del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR constituido para entender de la controversia presentada por la República oriental del Uruguay a la República Argentina para decidir sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”. 155

LAUDO VI

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil para decidir sobre "Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (remolded) procedentes de Uruguay". 165

LAUDO VII

- Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil para decidir 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". 191

LAUDO VIII

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República del Paraguay a la República Oriental del Uruguay sobre "Aplicación del "IMESI" (impuesto específico interno) a la comercialización de cigarrillos". 207
- Aclaración del Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República del Paraguay a la República Oriental del Uruguay para decidir sobre "Aplicación del "IMESI" (impuesto específico interno) a la comercialización de cigarrillos". 217

LAUDO IX

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Oriental del Uruguay para decidir sobre "Incompatibilidad del Régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley N° 13.695/68 y Decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona" 223

LAUDO X

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil para decidir sobre "Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco". 243

CONTROVERSIAS TRAMITADAS EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE OLIVOS (TRIBUNALES *AD HOC*)

LAUDO I

- Laudo del Tribunal *Ad Hoc* del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Prohibición de importación de neumáticos remoldeados" (**revocado por el Laudo del TPR**). 255

LAUDO II

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ah Hoc* del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Omisión del estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio 281

argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”.

CONTROVERSIAS TRAMITADAS EN EL MARCO DEL PROTOCOLO DE OLIVOS (TPR)

LAUDO I

- Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el Recurso de Revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de fecha 25 de Octubre de 2005 en la Controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”. 317
- Laudo complementario del Tribunal Permanente de Revisión que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina en relación al Laudo Arbitral dictado por este entre el 20 de Diciembre de 2005 en la Controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”. 329

LAUDO II

- Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el Recurso de Revisión presentado por la República Argentina contra la Decisión del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de fecha 21 de junio de 2006, constituido este para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre: “Impedimentos a la Libre Circulación derivado de los Cortes en territorio argentino de vías de acceso a los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas”. 345

LAUDO Nº 1/2007

- Laudo del tribunal permanente de revisión constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias – controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay. 349

OPINIONES CONSULTIVAS

OPINIÓN CONSULTIVA Nº 01/07

- Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la petición de Opinión Consultiva presentada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrado María Angélica Calvo, en los autos caratulados “Norte S. A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante” vía la Excm. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, recibida por este Tribunal en fecha 21 de diciembre de 2006. 363

ÍNDICE TEMÁTICO

RESTRICCIONES COMERCIALES

LAUDO I

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil para decidir 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”. 13

LAUDO II

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil para decidir sobre “Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo”. 35

LAUDO III

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Federativa del Brasil a la República Argentina para decidir sobre “Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (RES. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”. 59

LAUDO IV

- Laudo del tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Federativa del Brasil a la República Argentina para decidir sobre “Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, (Resolución N° 574/2000) del Ministerio de Economía de la República Argentina”. 95

LAUDO V

- 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 para decidir sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”. 143

LAUDO VI

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil para decidir sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (remolded) procedentes de Uruguay”. 165

LAUDO IX

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Oriental del Uruguay para decidir sobre "Incompatibilidad del Régimen de estímulo a la industrialización de lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley N° 13.695/68 y Decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona". 223

LAUDO X

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil para decidir sobre "Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco". 243

OPINIÓN CONSULTIVA N° 01/07

- Opinión Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la petición de Opinión Consultiva presentada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrado María Angélica Calvo, en los autos caratulados "Norte S. A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante" vía la Excm. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, recibida por este Tribunal en fecha 21 de diciembre de 2006. 363

INCORPORACIÓN DE NORMAS

LAUDO VII

- Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil para decidir 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". 191

APLICACIÓN DEL IMESI

LAUDO VIII

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ad Hoc* del MERCOSUR, constituido para entender en la controversia presentada por la República del Paraguay a la República Oriental del Uruguay sobre "Aplicación del "IMESI" (impuesto específico interno) a la comercialización de cigarrillos". 207

LIBRE CIRCULACIÓN

LAUDO II

- Laudo del Tribunal Arbitral *Ah Hoc* del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Omisión del estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”. 281

LAUDOS DEL PROTOCOLO DE BRASILIA

LAUDO I

En la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, a los veintiocho (28) días del mes de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTO:

Para laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Federativa de Brasil (Parte Reclamada) designada como "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".

RESULTANDO:

El Tribunal Arbitral

1. El presente Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, de 17 de diciembre de 1991, se halla integrado por los árbitros Dr. Juan Carlos Blanco (presidente), Dr. Guillermo Michelson Irusta y Dr. Joao Grandino Rodas, nacionales respectivamente de Uruguay, Argentina y Brasil.
2. El presidente fue notificado de su designación el 29 de enero de 1999 y el Tribunal quedó constituido, instalado y en funciones el 1 de febrero de 1999. Fijó su sede en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR en la ciudad de Montevideo, Uruguay. Adoptó sus Reglas de Procedimiento. Invitó a las Partes a designar respectivamente a sus Representantes y a constituir sus domicilios en la ciudad de Montevideo. Invitó asimismo a las Partes a someter al Tribunal por su orden los escritos de presentación (Reclamante) y de contestación (Reclamada). Las Representaciones quedaron acreditadas y los domicilios constituidos. Los escritos fueron presentados por las Partes y recibidos por el Tribunal, haciéndolos éste conocer, cada uno, a la otra Parte. Las pruebas documentales presentadas por cada Parte fueron admitidas, comunicadas a la otra Parte y agregadas al expediente. Las Partes fueron escuchadas en audiencia del Tribunal.
3. Las notificaciones y comunicaciones a las Partes, así como el recibo de los escritos y comunicaciones de las Partes, fueron realizados por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
4. El 15 de marzo de 1999 el Tribunal resolvió hacer uso de la prórroga por treinta días del plazo para expedirse, notificando a las Partes esa decisión, de conformidad con el artículo 20 del Protocolo de Brasilia y el artículo 21 del Reglamento de éste.
5. Las actuaciones del Tribunal que preceden a este laudo, consignadas en Actas y anexos a las Actas de acuerdo con las Reglas de Procedimiento (art. 6) corren agregadas a estos autos.

Representantes de las Partes

6. La República Argentina ha designado como su Representante a la señora Ministro María Cristina Boldorini y como alterno al Dr. Daniel Andrés Lipovetzky y la República Federativa de Brasil ha designado como su Representante al señor Ivan Ramalho.

Alegaciones de las Partes

A) La República Argentina como Parte Reclamante manifiesta:

Circunstancias y Hechos

7. El Comunicado N° 37/97 que establece y consolida en el sistema de comercio exterior de Brasil la lista de capítulos y productos de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) sujetos a licencia no automática o a licencia automática con condiciones o procedimientos especiales y el Comunicado N° 7/98 que cumple análoga función con respecto al sector lácteo son considerados como una restricción al comercio intrazona que produce un efecto inhibitorio y que genera incertidumbre e inseguridad, afectando el desarrollo de las corrientes de intercambio.

8. El Comunicado N° 37/97 distingue entre operaciones de importación y productos objeto de una importación. El artículo 1 establece el trámite administrativo correspondiente a operaciones de importación y el Anexo I enumera las operaciones sujetas al mismo. Todas ellas están sujetas a licencia no automática (LNA). El artículo 2 establece el trámite administrativo correspondiente a productos objeto de importación. En el Anexo II se especifican los productos que están sujetos a licencia automática en tanto cumplan condiciones o procedimientos especiales (LAC) y los productos que están sujetos a licencia no automática (LNA). Entre éstos, un reducido número de posiciones también requiere el cumplimiento de condición o procedimiento especial.

9. En los productos sujetos a LAC se indica la condición o procedimiento a cumplir:

a. Exigencias zoonosanitarias o sanitarias establecidas por el Ministerio de Agricultura y Abastecimiento; b. Número de registro de la empresa en el Ministerio de Trabajo; y c. Número de registro del producto o período de validez otorgado según los casos por el Ministerio de Salud Pública o por el Ministerio de Agricultura y Abastecimiento.

En los productos bajo el régimen de LNA se indica el órgano administrativo para la presentación y análisis de la solicitud de importación. Si éstos además requieren el cumplimiento de una condición o un procedimiento serán algunos de los indicados en las letras a, b y c de este numeral.

En el Anexo II algunos capítulos de la NCM categorizados en forma global como LA tienen sin embargo dentro de ellos algunas posiciones con tratamiento administrativo LNA, diferente al general. Estas posiciones representan en muchos casos los productos donde se concentran las exportaciones argentinas.

10. Lo establecido en el Comunicado N° 37/97 da como resultado el tratamiento global de cada capítulo de la NCM en la forma que señala en el cuadro, lo que ilustra el empeoramiento de las condiciones de acceso al mercado brasileño para productos argentinos, con respecto a las condiciones vigentes en 1995 y 1996. Señala en este sentido los cambios ocurridos de:

--LA a LAC cap. 07 "Hortalizas, plantas, raíces y tubérculos"; cap. 08 "Frutas y frutos comestibles, cortezas de cítricos, melones o sandías"; cap. 33 "Aceites esenciales y resinoides, preparaciones de perfumería, de tocador o de cosmética"; y cap. 34 "Jabón, preparaciones para lavar, ceras artificiales, productos de limpieza, preparaciones para odontología a base de yeso fraguable".

--LAC a LNA cap. 64 "Calzados, polainas y artículos análogos, y sus partes"; cap. 84 "Máquinas, aparatos y artefactos mecánicos, y sus partes"; y cap. 85 "Máquinas, aparatos y material eléctrico, y sus partes".

--LNA a LNA con condición o procedimiento especial cap. 01 "Animales vivos"; y cap. 53 "Las demás fibras textiles vegetales".

11. Para demostrar el agravamiento de las condiciones de acceso destaca algunos casos paradigmáticos:

--Harina de Trigo. La autorización previa para la importación aplicada a la posición 1101. 00. 10 había sido clasificada entre las restricciones no arancelarias a eliminar listada en los Anexos a la Decisión CMC N° 3/94 y lo fue por Circular N° 393/94. Sin embargo, el Comunicado N° 37 sujeta a todos los productos incluidos en la subposición 1101. 00 a LNA, reimponiendo la restricción.

--Parafina. La autorización previa para importar había sido eliminada el 29 de julio de 1996 por la Portaria del Departamento Nacional de Combustibles y el requisito es reinstalado por el Comunicado N° 37.

12. El Comunicado N° 7/98 se refiere al sector lácteo. Amplía el número de autoridades que analizan diez posiciones del sector, se requiere LNA para "otros quesos de pasta semidura" y se establece LNA para "leche entera excluyendo la de cabra".

13. El Comunicado N° 23/98 de 24 de agosto de 1998 eliminó el Anexo II del Comunicado N° 37 que contenía el listado de los productos con el correspondiente tratamiento administrativo LAC o LNA y lo reemplazó por una remisión al Tratamiento Administrativo del Sistema Integrado de Comercio Exterior (SISCOMEX). De esta forma los productos sujetos a LAC o LNA no constan en una norma consolidada sino que el importador debe recurrir a la información registrada en el sistema informático SISCOMEX. Basta un simple registro en el sistema informático para modificar el tratamiento que se otorga a un producto, sin publicidad en norma alguna.

14. Esta situación incrementa la incertidumbre para los operadores económicos por la discrecionalidad que da para aplicar y modificar el sistema de licencias. Se agrega a la inseguridad resultante de que los comunicados impugnados no establecen los criterios para otorgar o denegar las licencias ni fijan plazo para hacerlo. Tampoco se explicita qué sucede cuando las condiciones o procedimientos especiales no se satisfacen. La inseguridad desalienta al exportador y crea una protección adicional no arancelaria a las compras internas en Brasil. A ello se suma el costo de la licencia (60 dólares de EUA) que debe abonarse por cada posición incluida en la factura.

15. La entrada en vigor del Comunicado N° 37 determina una incidencia grave ya que el 61% de los principales rubros de exportación argentinos a Brasil (20 capítulos de la NCM) pasaron a estar sujetos a LNA (52%) o a LAC (9%), según muestran el cuadro A y la Prueba Documental I. Además, con relación a otros cinco capítulos cuyo destino principal es Brasil, el Comunicado N° 37 establece la LNA para el 55% de los productos contenidos en los mismos (Cuadro B). En síntesis, el Comunicado N° 37 empeoró las condiciones de acceso al mercado brasileño.

Fundamentos Jurídicos

16. Los Comunicados N°s 37, N° 7 y N° 23 establecen medidas administrativas equivalentes a restricciones lo que implica un incumplimiento de los compromisos establecidos en el Tratado de Asunción (TA), su Anexo I y el Acuerdo de Complementación Económica N° 18 (ACE 18); la Decisión del Consejo del Mercado Común N° 3/94 (CMC N° 3/94), y la decisión del Consejo del Mercado Común N° 17/97 (CMC N° 17/97).

17. 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 (art.1) 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 (art. 5a).

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 (art. 1), indicando que se entenderá 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" (art. 2). En el mismo Anexo I se dispone que las Partes podrán aplicar sólo hasta esa fecha las restricciones que declaren en las Notas Complementarias al Acuerdo de Complementación que las Partes celebrarán en el marco del Tratado de Montevideo 1980 (art. 10).

Brasil incluyó en las Notas Complementarias al ACE 18 los pedidos de guía de importación (PGI) que eran autorizados por la Cartera de Comercio Exterior (CACEX). El PGI se mantuvo en aplicación hasta el 31/12/96 en que fue sustituido por el Sistema Integrado de Comercio Exterior (SISCOMEX).

La República Argentina no cuestiona la implantación del SISCOMEX pero objeta que se incluyan en él, o se pretendan incluir, requisitos de LAC o de LNA, por entender que constituyen restricciones equivalentes a las ya eliminadas guías de importación. Queja que se profundiza ante la ampliación de productos sometidos a esas condiciones, consolidados en las Circulares N° 37/97, N° 7/98 y N° 23/98.

La aplicación del régimen fijado en las Circulares es violatorio de la obligación de eliminar las restricciones al comercio o medidas de efecto equivalente e implica el incumplimiento de los compromisos asumidos en el TA (arts. 1 y 5a), en el Anexo I al TA (arts. 1 y 10) y en el ACE 18 (arts. 1 y 11).

18. La decisión CMC 3/94 estableció un compromiso de "stand still" en materia de restricciones no arancelarias. Las Partes, hasta tanto no se alcance la total armonización de esas restricciones, se comprometen a no aplicar en su comercio recíproco condiciones más restrictivas que las vigentes para el comercio interno y externo (art. 4). La decisión CMC 17/97 reitera este compromiso en el art. 6. Las Circulares cuestionadas son incompatibles con el compromiso de stand still ya que: a. el sistema de licenciamiento que establecen agravó la situación existente con las guías de importación, b. el sistema de LAC y LNA no estaba en vigencia cuando se aprobó la decisión CMC 3/94 y c. el nuevo sistema reinstala restricciones anteriores en condiciones más gravosas que las previamente vigentes. Estas nuevas limitaciones han incidido negativamente en las exportaciones argentinas. Sin embargo, la sola existencia de las medidas contenidas en las Circulares produce un resultado general inhibitor del comercio al privar de seguridad y certidumbre jurídica. El Protocolo de Brasilia en este sentido habilita al particular a presentar su reclamo ante el solo dictado de la medida sin necesidad de demostrar efectos negativos de la misma (art. 25). Similar solución se adopta en otros ámbitos internacionales.

19. En relación con algunas manifestaciones efectuadas en el Comité Técnico reunido de conformidad con el art. 3 del Anexo al Protocolo de Ouro Preto, sostiene que el sistema de guías de importación fue oportunamente objetado como resulta de la Prueba Documental II; que el problema de las licencias no se limita a algunos productos especiales o a ciertas operaciones sino que las licencias se aplican en forma generalizada; y que los exportadores argentinos deben cumplir trámites adicionales de mayor complejidad. Reitera asimismo que una interpretación funcional del TA debe tomar en cuenta el objeto y el fin del mismo para interpretar el alcance de los compromisos que contiene, así como debe evaluarse la obligación de eliminar restricciones según las Notas Complementarias del propio Tratado y del ACE 18.

Conclusiones Generales

20. Los Comunicados Nos. 37/97, 7/98 y 23/98 han incrementado el número de capítulos y de productos de la NCM sujetos a LNA o a LAC. Se ha reintroducido la exigencia de autorización para productos que habían sido eximidos de ella y se exige LAC a otros que no se encontraban en esa situación. Los exportadores deben cumplir trámites adicionales y más complejos que los vigentes antes de los Comunicados.

La incidencia de las medidas alcanza al 61% de las exportaciones argentinas y a productos de los cuales Brasil es el mercado principal. El SISCOMEX aumenta la incertidumbre pues un registro informático puede cambiar el tratamiento. Los operadores desconocen los criterios para aprobar o denegar las licencias.

21. 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 (arts. 1 y 5 del TA, arts. 1 y 10 de su Anexo I y arts. 1 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 N°s 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.

Ofrece y produce prueba

Objeto de la controversia y petitorio

22. El objeto de la controversia es la vigencia y aplicación de los Comunicados Nos. 37/97, 7/98 y 23/98 de la República Federativa de Brasil los cuales rechaza la República Argentina por ser manifiestamente incompatibles con los compromisos establecidos en el TA y en la normativa MERCOSUR aprobada en consecuencia.

23. Pide se disponga que el gobierno de la República Federativa de Brasil, en el plazo a que hace 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.

B) La República Federativa de Brasil como Parte Reclamada manifiesta:

Objeto de la Reclamación

24. El objeto de la reclamación son solamente las Circulares Nros. 37/97 y 7/98, no debiéndose considerar ningún hecho o argumento relacionado con el Comunicado N° 23/98, instrumento que no constaba en los términos originales de la reclamación. Su inclusión sería una ampliación del objeto de la reclamación, a la luz del art. 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia que considera escritos de presentación y de contestación tramitados en las etapas iniciales del procedimiento, antes de la instalación del Tribunal Arbitral, con el fin de evitar una ampliación extemporánea del objeto que crearía una situación desigual para las Partes.

Hechos

25. 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. Sustituye al sistema de las guías de importación emitidas necesariamente antes del embarque y tramitadas manualmente ante un agente único, CACEX. La adopción del nuevo sistema representa un reconocimiento de las reglas y prácticas internacionales de comercio. El Comunicado N° 37 condensa los perfeccionamientos de la normativa realizados para adecuarla al nuevo contexto internacional.

26. El Comunicado N° 37 fue concebido como un manual de informaciones para los importadores siguiendo los criterios de transparencia aceptados por la comunidad internacional y no establece reglas nuevas. Su estructura se ajusta a los criterios de la OMC previstos en el Acuerdo sobre Procedimientos para el Licenciamiento de las Importaciones. Prevé sólo dos procedimientos para el licenciamiento de las importaciones: automático (LA) y no automático (LNA). En el Anexo II da la lista de los productos sujetos a LNA y también informa sobre productos que con LA están sujetos a procedimientos en la fase de despacho aduanero. En estos últimos el licenciamiento es de hecho instantáneo y equivale a un registro estadístico. Sólo da información necesaria al importador sobre controles -inspecciones sanitarias, por ejemplo- que ya existían antes de la vigencia del nuevo sistema. Además, las referencias en el Anexo II a capítulos no siempre significan que la totalidad de los bienes comprendidos en el mismo están sujetos a LNA. En resumen, la mayor parte de los ítems tarifarios están sujetos a LA, que es aprobada instantáneamente, con una finalidad de registro estadístico.

27. En comparación con el régimen anterior de guías de importación, éste se basaba en el criterio de que la totalidad de los bienes estaban sujetos a guía, salvo algunas excepciones, mientras que el sistema actual adopta el criterio opuesto: prefiere dar la lista de la minoría de los productos, aquéllos sujetos a LNA. En la mayoría el licenciamiento es automático e instantáneo.

28. El Comunicado N° 7 solamente incluye en el Anexo II del Comunicado N° 37 determinados productos lácteos como sujetos a LNA. Los productos encuadrados en el capítulo 04 están sujetos a controles zoonosanitarios establecidos con anterioridad a los Comunicados Nros. 37 y 7.

29. El Comunicado N° 23, aunque fuera del alcance del Tribunal, es una norma de carácter puramente operacional: no amplió ni redujo la lista de productos sujetos a licenciamiento, se limita a indicar dónde se puede encontrar esa lista. La información que es pública está disponible inmediatamente para el importador, dentro de SISCOMEX.

30. Responde a la afirmación argentina de que el nuevo sistema cambia el tratamiento de productos importados sometiéndolos a peores condiciones de acceso al mercado brasileño:
--Productos que pasaron de LA a LAC. La figura de LAC no existe: el licenciamiento automático es siempre automático. Las alegadas "condiciones" en los cap. 7, 8, 33 y 34 son procedimientos sanitarios vigentes desde antes de la Circular N° 37.

--Productos que pasaron de LAC a LNA. El Comunicado N° 37 no introdujo un nuevo sistema de licenciamiento para el capítulo 64. Redujo el universo de 14 mercaderías sujetas a LNA a 10 en un total de 33 subítems tarifarios. Los productos sujetos a LNA en los cap. 84 y 85 ya constaban en normas anteriores. El 80% de las exportaciones argentinas del cap. 84 son efectuadas por LA. El 20% restante tiene el tratamiento previsto en las Notas Complementarias al ACE 18. Los productos sujetos a LNA tuvieron un desempeño bastante superior al de los productos importados con LA. En el cap. 85 solamente los productos sujetos a LNA de SECEX fueron incluidos por el Comunicado N° 37. Los demás ya constaban en disposiciones anteriores. Los ítems incluidos por esta Circular corresponden al 26.30% de las importaciones de ese capítulo y no al 100% como alega Argentina.

--Productos que pasaron de LNA a LNA con condiciones especiales. En el cap. 01 se trata nada más que de la inclusión de normas anteriores relativas a exigencias fitosanitarias. En el cap. 53 se aplica el tratamiento propio de las fibras textiles naturales. No hay daño pues no hubo importaciones de fibras textiles argentinas en los últimos cuatro años.

31. Comenta los casos presentados por Argentina como paradigmáticos del efecto negativo del Comunicado N° 37:

--Harina de trigo. El gobierno de Brasil eliminó el régimen de anuencia previa a cargo del DAP del Ministerio de Hacienda y Planeamiento previsto en las Disposiciones Especiales de las Notas Complementarias de ACE 18.

--Parafina. Consultando el Tratamiento Administrativo de SISCOMEX el importador verificará que la parafina se importa con LA. La participación argentina en los suministros a Brasil de este producto pasó del 2.85% al 61.15% , de 1997 a 1998, creciendo un 1.131%.

32. Contesta las informaciones presentadas por Argentina sobre la incidencia de los Comunicados en los principales capítulos NCM, utilizando estadísticas de 1998 las que demuestran que no hay daño para las exportaciones argentinas a consecuencia de dichos Comunicados y presenta los resultados de los cuadros elaborados (Anexo I prueba documental). Responde a las conclusiones a las que llega Argentina de que los regímenes de LNA y de LAC abarcan el 61% del total comercializado en 1997 de los 20 principales capítulos NCM en orden de valor. Utilizando datos referidos al mismo universo de productos, pero correspondientes al ejercicio 1998, las importaciones de productos sujetos a hipotéticas restricciones crecieron más que los no sujetos a ellas, representando el 89.3% de las ventas totales, siendo esa participación del 88% en 1997.

De ahí que el porcentaje de incidencia de los Comunicados DECEX pasa del 61% al 63%. Trabajando sobre ese porcentaje resulta que: el 8.7% corresponde a productos LAC pero este tratamiento no supone traba alguna, es licenciamiento automático puro y simple y sólo representa procedimientos en fase de despacho aduanero de carácter fitosanitario o previstos en las Notas Complementarias ACE 18; el 13.01% corresponde a productos referidos genéricamente en la presentación argentina e interpretados erróneamente como LNA cuando en verdad tienen licenciamiento automático; el 14.82% corresponde a requisitos fitosanitarios o tratamientos especiales contenidos en las Notas Complementarias a ACE 18; y 9.45% comprende cuatro productos (trigo, algodón, maíz y arroz) provistos tradicionalmente por Argentina y cuyo volumen de ventas en general ha crecido anualmente. Por tanto, los controles rechazados en la presentación argentina pasan a influir apenas 7.3% de las exportaciones de los 20 productos principales. Este porcentaje se reduce más todavía si se considera que todos los tratamientos administrativos considerados fueron adoptados antes de la Circular Nº 37, objeto original de la reclamación. Del total de US\$ 7.172.930 mil exportados por Argentina bajo los 20 capítulos principales, apenas US\$ 219.671 mil (3.1% de este total

y 2.7% del total de las exportaciones argentinas) corresponden a ítems incluidos por la Circular Nº 37 en el LNA a cargo de SECEX todos ellos justificados y relativos a productos donde no hay indicios de perjuicios comerciales para Argentina.

33. Concluye que la evolución de las importaciones evidencian que Brasil no pone obstáculos al comercio en general y mucho menos al MERCOSUR o a Argentina específicamente, cuyo crecimiento es mayor que en el resto de los intercambios. Los datos revelan que el MERCOSUR es socio preferencial de Brasil. El intercambio crece, especialmente entre Argentina y Brasil.

Fundamentos Jurídicos

Examen de las normas invocadas por la Reclamante

Tratado de Asunción (TA) y ACE 18.

34. El TA 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. El objetivo de conformar al 31/12/94 un Mercado Común debía ser alcanzado gradualmente mediante acuerdo de las Partes sobre las normas y políticas al efecto.

35. Bajo este prisma deben ser comprendidos el art. 5 que establece un programa de liberación comercial para llegar a esa fecha "con un arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario" y el Anexo I al TA que, en esa línea,

establece los compromisos específicos del programa de liberación. Posteriormente las Partes procedieron a una revaluación conjunta y consensuada del plazo previsto para conformar el Mercado Común y establecieron el compromiso de conformar al 1/1/95 una unión aduanera y no un mercado común (Consolidación de la Unión Aduanera y Transición al Mercado Común, Anexo I al Acta de la V Reunión del CMC, Colonia de Sacramento, 17/1/94). Como corolario, resultaron redefinidos los otros objetivos y cronogramas que estaban condicionados a la meta original, entre ellos la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias dentro del MERCOSUR. En el caso de las restricciones arancelarias el CMC aprobó el Régimen de Adecuación con listas de productos que estarán sujetos a aranceles hasta 1999, pese a que el cronograma de desgravación del comercio intra-zona estaba definido en detalle en el Anexo I al TA (CMC Decisiones N°s 5/94 y 24/94). Esta reordenación del MERCOSUR implicó alteraciones en su propio tratado constitutivo, al punto que el Protocolo de Ouro Preto formalizó en su art. 53 los cambios ocurridos al disponer la derogación de las disposiciones del Tratado de Asunción que estén en conflicto con dicho Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el CMC durante el período de transición.

36. El tratamiento de las restricciones no arancelarias en el TA (Anexo I, art. 10) y en ACE 18 (art. 11) se basa en la práctica de ALADI de establecer Notas Complementarias para listar las restricciones no tarifarias que los países mantienen a pesar de la liberación comercial, incluyendo allí medidas de naturaleza diferente, restrictivas del comercio o no. El compromiso de eliminarlas, de acuerdo con los arts. citados, debería implementarse en el ámbito de un Mercado Común. Permaneciendo la conformación de éste todavía como un objetivo de largo plazo, no hay obligación de eliminar ninguna de las medidas en las Notas Complementarias de Brasil, entre las cuales se incluían la necesidad de guías de importación y de diversas autorizaciones previas. Aun cuando el compromiso de eliminar las restricciones estuviera desvinculado del "ámbito del Mercado Común" no implicaría la eliminación de todas las medidas listadas en las Notas Complementarias sino sólo de las medidas que constituyeran restricciones al comercio, listadas o no. Por eso, las Partes del MERCOSUR, al avanzar en el tema de las medidas no arancelarias en el contexto de la zona de libre comercio y de la unión aduanera abandonan la noción de eliminación de todas las restricciones no arancelarias y pasan a trabajar con la noción de eliminación o armonización de restricciones no arancelarias (CMC, Decisión N° 3/94). En virtud del art. 53 del Protocolo de Ouro Preto, esta Decisión derogó el art. 10 del Anexo I al TA. Los expertos uruguayos en el Comité Técnico que examinó la reclamación argentina sostuvieron conclusiones en la misma dirección.

Decisiones CMC Nros. 3/94 y 17/97

37. La Decisión N° 3/94 reconoce que no todas las medidas no arancelarias pueden o deben ser eliminadas, en tanto algunas son necesarias para cumplir objetivos justificados de políticas públicas. En consecuencia establece, al lado del proceso de eliminación, el objetivo paralelo de la armonización. La noción de que se lidia con medidas tanto restrictivas como no restrictivas se va consolidando: la denominación de "Restricciones No Arancelarias" pasa a ser "Medidas y Restricciones No Arancelarias". A la vez, la Decisión N° 3/94 establece un tratamiento puntual para el tema de las medidas y restricciones no arancelarias.

No constituye primordialmente un conjunto de reglas sino un listado de medidas y restricciones a las que se asocia caso por caso el propósito de armonización o de eliminación. En algunas medidas se acepta simplemente su mantenimiento, clasificándolas como "justificadas". El MERCOSUR no dispone de un conjunto de normas sobre licencias de importación como lo tiene la OMC. El único registro de compromiso asumido referente al mecanismo de guías de importación y su sucesor el mecanismo de SISCOMEX fue su registro por el CT-8 como medida 53 en su inventario de medidas y restricciones no arancelarias y nunca fue identificada como una restricción. Se encuentra por tanto fuera del ámbito de la Decisión N° 17/97.

38. No proceden las alegaciones de la Reclamante de que los Comunicados N°s 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 N°s 3/94 y 17/97, respectivamente. El compromiso es de 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, el compromiso allí asumido no se sustenta por sí solo y sólo tiene sentido en el cumplimiento del art. 10 del Anexo I al TA y de la Decisión CMC N° 3/94. Por otro lado, 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 alguna de ellas de negociaciones intergubernamentales en un foro como la Comisión de Comercio.

39. En cuanto al art. 4 de la Decisión CMC N° 3/94, el mismo no se refiere a un compromiso de stand still sino a un compromiso de tratamiento nacional y de nación más favorecida para las importaciones dentro del MERCOSUR. Suponiendo, ad argumentandum, que 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 SISCOEX. La propia Reclamante estableció después de las Decisiones invocadas importantes medidas de administración comercial como la inspección pre-embarque y las licencias automáticas del formulario informativo de importación. Por otra parte, sería necesario que la Reclamante demostrara la condición de más restrictiva para el comercio recíproco de las nuevas medidas. Para ello, de acuerdo con el art. 2, letra b del Anexo I al TA y el art. 3, letra b del ACE 18, se requiere que la medida impida o dificulte el comercio recíproco, en comparación con las reglas vigentes anteriormente. La Reclamante no presenta hechos concretos que prueben que es así. Invoca el art. 25 del Protocolo de Brasilia que habilita las reclamaciones por la sanción o aplicación de medidas de carácter restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal. Pero mientras el carácter discriminatorio o de competencia desleal de una medida puede apreciarse antes de su aplicación, 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, toca a la Reclamante probar el carácter restrictivo.

Ningún caso específico pudo ser presentado en un flujo de US\$ 9 billones anuales, siendo las variaciones un fruto de la dinámica del mercado y de la menor actividad de la economía brasileña. Aunque se admitiera el compromiso de stand still, no se prueba que la introducción del procedimiento de licencias implique condiciones más restrictivas que las anteriores.

Conclusiones

40. Los Comunicados en cuestión incluyen alteraciones en el tratamiento de las licencias de un número infinitamente menor que el pretendido por Argentina: apenas parte de los capítulos 84, 4, 85, 11 y 39, correspondientes al 2.7% de las exportaciones argentinas a Brasil, no tenían el tratamiento previsto en dichos Comunicados. Estos consolidan diversos controles (sanitarios, fitosanitarios, seguridad) preexistentes y en muchos casos agilitan su aplicación evitando, por ejemplo, que se realicen en la frontera.

41. La Reclamante no presenta elementos que permitan inferir que los Comunicados provocan un efecto restrictivo del comercio.

42. No cabe considerar por el Tribunal el Comunicado N° 23/98, pero de todos modos éste en nada altera la estructura del sistema de licencias de importación y, al contrario, asegura la transparencia del mismo.

43. 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 tanto en el sistema como en el cronograma para la consideración de las medidas y restricciones no arancelarias.

44. La Decisión N° 3/94 y normas posteriores distinguen entre medidas y restricciones no arancelarias y las tratan de la manera siguiente: no todas deben ser eliminadas; deben ser tratadas caso por caso pues no hay tratamiento genérico ni reglas generales; la identificación y el tratamiento de cada una es resultado de un ejercicio conjunto y negociado dentro de los órganos del MERCOSUR. Ni el SISCOMEX, ni los Comunicados en cuestión fueron identificados como restricción no arancelaria ni fueron clasificados como medida a eliminar. El art. 6 de la Decisión N° 17/97 se refiere a no aplicación de restricciones no arancelarias pero no a medidas no arancelarias. El art. 4 de la Decisión 3/94 no prohíbe la introducción de nuevas restricciones no arancelarias (stand still). Aunque se admitiese el compromiso stand still, éste no puede impedir los cambios adecuados a la realidad comercial y a la tecnología y sería preciso comprobar el carácter más restrictivo de las medidas adoptadas.

Petitorio

45. Que el Tribunal declare improcedente la reclamación interpuesta por la República Argentina por ser los Comunicados cuestionados compatibles con los compromisos establecidos por el TA y por las normas MERCOSUR aprobadas en consecuencia.

CONSIDERANDO

Los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

La presente instancia arbitral

46. Este Tribunal, según resulta de lo expuesto en los párrafos 1 a 5 y de los demás antecedentes y actuaciones que obran en autos a su respecto, ha sido constituido regularmente de conformidad con el Protocolo de Brasilia y su Reglamento y con el Protocolo de Ouro Preto, habiéndose dado cumplimiento a los requisitos y condiciones previstos en dichos instrumentos para conformar la presente instancia arbitral. En particular han sido substanciadas las etapas previas al arbitraje requeridas por el Protocolo de Ouro Preto, ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR (Reunión XXVIII, abril de 1998), un Comité Técnico de la CCM (Reuniones en mayo y junio de 1998) y el Grupo Mercado Común (Reunión XXXI).

47. La actuación del Tribunal, registrada en el expediente y en sus Actas, se ha cumplido de acuerdo con lo preceptuado por los mencionados instrumentos internacionales y por las Reglas de Procedimiento adoptadas por el Tribunal. Las Partes han completado totalmente la actividad que a cada una correspondía ante el Tribunal, de conformidad con las normas establecidas en los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto, el Reglamento del Protocolo de Brasilia y las Reglas de Procedimiento del Tribunal. En consecuencia, y estando dentro del plazo previsto en el art. 20 del Protocolo de Brasilia, el Tribunal se halla en plena capacidad para adoptar esta decisión sobre la controversia de autos, con la forma y efectos establecidos en los artículos 20 y 21 del Protocolo de Brasilia y en el art. 22 del Reglamento de ese Protocolo.

Criterio General

48. Desea el Tribunal señalar su particular aprecio por la manera como las Partes han conducido la defensa de sus respectivas posiciones. La incuestionable convicción que han demostrado en apoyo de sus puntos de vista no ha sido óbice para una actuación en un todo ceñida a la más estricta lealtad procesal. Esto, unido a la brillante argumentación y al exhaustivo suministro de elementos de prueba, ha facilitado y enriquecido grandemente la labor de los árbitros. Acorde con tales antecedentes y con la forma como se resolverá esta controversia, el Tribunal decidirá que los gastos de esta instancia arbitral sean sufragados en la forma y proporción previstas en el art. 24 del Protocolo de Brasilia.

49. En cuanto al fondo del asunto, la solidez de ambas argumentaciones ha persuadido al Tribunal de la necesidad de desarrollar la fundamentación de su decisión en una línea argumental no coincidente con ninguna de las Partes, aun cuando recogiendo aportes de las dos.

La profundidad y amplitud de las fundamentaciones jurídicas alegadas, además, indica claramente que la tarea del Tribunal no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del MERCOSUR (Protocolo de 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.

50. Por lo demás, la cuestión planteada ante este Tribunal, referida a la compatibilidad o no con el sistema del TA -si hay incumplimiento o no de la normativa MERCOSUR- de un determinado régimen de importaciones, no puede ser abordada como una mera aplicación mecánica de disposiciones reunidas en un código o texto unificado. 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, en efecto, 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 (Le Système Institutionnelle et Politique des Communautés Européennes Dans un Monde en Mutation, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 115 a 117). 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 disociarse las distintas cláusulas para ser consideradas por separado” (Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, Tomo 2, p. 310 a 315).

51. En ese contexto el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes y siendo el propio Tribunal un elemento del ordenamiento que las Partes conformaron para regular sus relaciones recíprocas con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del TA. En tal sentido, el sistema de solución de controversias previsto en el Protocolo de Brasilia anticipa que las controversias requieran una labor interpretativa en los diversos niveles de solución establecidos (art. 1).

Objeto

52. A la luz del criterio establecido se observa que la cuestión materia de la controversia es, en su sustancia, una discusión acerca de la congruencia jurídica -la compatibilidad- entre un determinado régimen de licencias para las importaciones y el sistema normativo del Tratado de Asunción.

Las referencias a los diversos instrumentos administrativos en los cuales dicho régimen se halla plasmado, aunque útil a los efectos de identificarlo y de conocer sus características, no hacen a la esencia de la controversia que gira en torno a la interpretación de si ese régimen, donde quiera que estuviere corporizado, es compatible con la normativa aplicable. Corroboran este criterio el contenido de las discusiones mantenidas en las etapas previas a esta instancia, ante la CCM y el GMC, haciéndose mención en cada una de ellas a las normas sobre licenciamiento existentes en el momento. De ahí que el Tribunal considerará en su decisión todos los instrumentos administrativos relacionados con el régimen de importaciones. Abonan este criterio otros elementos.

53. Todos esos instrumentos -los Comunicados N°s 37/97, 7/98 y 23/98- han sido invocados en el escrito de presentación el que, junto con el de contestación, determinan el objeto de la controversia (Reglamento del Protocolo de Brasilia, art. 28 y Reglas de Procedimiento del Tribunal, art. 11). Es claro que, tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, imponen que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y de contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla. Pero, en el caso, no hay ingreso de ninguna cuestión nueva. La inclusión del Comunicado N° 23/98 no altera los términos del planteo efectuado ante la CCM y el GMC y la discusión es substancialmente la misma.

54. A su vez, en términos puramente formales, el Comunicado N° 37/97 vigente ahora -y parte no objetada de la controversia- contiene el tratamiento a las importaciones indicado por el Comunicado N° 23/98. Es así que si bien no podrá ampliarse la controversia a aspectos o temas no planteados en las instancias previas a la arbitral, tampoco podrá dejarse de considerar en ésta la materia discutida en las etapas previas en razón de cambios en los actos jurídicos que contienen aquella materia, si la cuestión controvertida se mantiene en los nuevos actos jurídicos como es en este caso. Una solución contraria llevaría a la posibilidad de que por cambios formales sucesivos en los actos administrativos nunca se pudiera llegar a un pronunciamiento arbitral sobre el fondo.

55. Retomando pues el núcleo de la controversia, será tarea del Tribunal decidir sobre la compatibilidad del régimen de licenciamiento con el conjunto normativo del MERCOSUR, examinando el punto bajo el criterio general de interpretación fijado.

Marco conceptual internacional

56. En primer lugar ha de considerarse el 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 artículo 26 de la Convención de Viena. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta que dicho cumplimiento deberá realizarse de buena fe, principio este unido al de pacta sunt servanda en el artículo citado y ratificado por abundante y pacífica jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (Conforme Ernesto De la Guardia y Marcelo Delpech, *El Derecho de los Tratados y de la Convención de Viena*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 275 a 279; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press, Second Edition, p.119 a 120). 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. De igual modo, las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas desde esta perspectiva como medios apropiados para alcanzar los fines comunes convenidos. De no tener en cuenta esta perspectiva finalista "de un tratado marco se haría así un tratado bloqueado" en la expresión de Robert Lecourt (*L'Europe des Juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 235)

57. El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye 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. Es que no se trata de "un derecho acabado" al decir de Lecourt (*Op. cit.* p. 237), sino de un proceso dinámico, dentro de una realidad en cambio. El método teleológico, como enseña Fausto 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" (*Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Almedina, Lisboa, 1984,

p. 426 a 427). En el mismo sentido Lecourt (Op. cit. p. 237) anota que en estos instrumentos internacionales existe “la vocación común de extraer la plenitud de los efectos buscados” y derivar de los textos “todas las consecuencias razonables”.

58. Apreciación que vale no sólo para las formas institucionales más avanzadas y profundas con elementos de supranacionalidad sino también para las demás, incluso cuando los parámetros son todavía tenuous. Los fines y objetivos no son un adorno de los instrumentos de integración sino una guía concreta para la interpretación y para la acción. Aun sin llegar a una aplicación absoluta de la regla que Quadros define como “in dubio pro communitate”, y en tanto no haya contradicción con textos expresos, la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración debe guiarse por este propósito y hacerlo posible. Especialmente pertinente resulta este criterio cuando se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte de la estructura jurídica y se hace necesario colmar las insuficiencias (Cf. Quadros, op. cit. p. 429 a 430 y Lecourt, op. cit. p. 241 a 247).

59. Naturalmente 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 (Protocolo de Ouro Preto, art. 41) pero teniendo en cuenta su objeto y fin con el sentido y alcance ya expresados (Conforme Antonio Remiro Brotons, op. cit. p. 310 y De la Guardia y Delpech, op. cit. p. 318 a 325). En esta perspectiva la interpretación teleológica, como indica Brotons, 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 (Op. cit. p. 313).

60. 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, como anota Lecourt (Op. Cit. p. 243) y en especial con respecto a la libre circulación de bienes elemento fundamental en la construcción del proyecto integracionista. Siendo los objetivos permanentes y no mediando una modificación expresa por una norma de jerarquía igual, se constituyen en una referencia estable de cuya continuidad depende la consolidación de las corrientes de comercio y de los procesos económicos y sociales que se producen a su alrededor (TA preámbulo y artículos 1 y 5, entre otras normas).

61. Como corolario de la interpretación teleológica y en relación con la misma, la jurisprudencia comunitaria, señala Quadros (Op. cit. p. 427), aplica el concepto de efecto útil o de eficacia mínima de las normas. Brotons (Op. cit. p. 313) a su vez, glosando los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, concluye que el efecto útil significa “escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquélla que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin”.

62. Por último, este 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 las que la normativa requiere procedimientos multilaterales.

63. Es con este marco conceptual interpretativo que el Tribunal aborda su tarea.

El Tratado de Asunción y su sistema normativo

64. Los conceptos expuestos se aplican sin violencia al TA y demás normas que configuran el sistema de integración del MERCOSUR. La arquitectura del TA y de sus Anexos muestra claramente una combinación de normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo. Como señala Sergio Abreu (El Mercosur y la integración, fcu, Montevideo, 1991 p. 47) el TA 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. Hay por 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 crean órganos mediante cuya actividad las Partes podrán ir modelando el proceso de integración. Finalmente hay otras disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados. Estas, 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.

A su vez, el sistema del TA ha sido ratificado, desarrollado y perfeccionado en el Protocolo de Ouro Preto.

65. En el diseño de esta solución jurídica y política que reconoce con sabiduría dónde se hallan algunos de los principales escollos para la integración, el programa de liberación tiene un papel central y es una pieza estratégica en la configuración del MERCOSUR. Dotando al desmantelamiento de las RA y NA de un carácter irreversible y de una fecha final común para completarlo totalmente, fuera de la voluntad de los propios Estados, los autores del TA aseguraban un rápido avance de la liberación comercial. De esta manera la liberación comercial, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el mercado común, quebrando la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración.

66. Congruentes con esta interpretación los cinco Anexos al TA contienen obligaciones concretas y autoejecutables. Tres de ellos se refieren a aspectos medulares del comercio (I Liberación comercial, II Origen y IV Salvaguardias) y definen concretamente el régimen de cada uno de ellos y las obligaciones específicas de las Partes al respecto. Los otros dos Anexos III Solución de controversias y V Grupos de Trabajo apuntan también a facilitar el comercio. Se demuestra así la voluntad de despejar desde el comienzo posibles obstáculos, dictando al efecto reglas precisas y obligatorias. El flujo comercial libre es el pilar elegido en el sistema del TA para adelantar y desarrollar el MERCOSUR.

67. Corroborar esta inteligencia del régimen el contraste de esta definición precisa, que contiene obligaciones concretas y exigibles en el campo comercial, con los otros instrumentos señalados en el artículo 5 del TA para constituir el MC: coordinación de políticas macroeconómicas, arancel externo común y acuerdos sectoriales. En estos casos, no se fija un régimen o una meta concretos como ocurre en los Anexos I, II y IV, o sea, respectivamente, en el programa de liberación comercial, los requisitos de origen y las cláusulas de salvaguardia. Se indica sólo la gradualidad y la convergencia de la coordinación macroeconómica con la desgravación arancelaria y la eliminación de las RNA. Es decir, se subraya el papel rector en el proceso de integración del efectivo desmantelamiento de las restricciones A y NA, a cuyo ritmo se ha de acompasar el avance en las demás áreas de ese proceso de integración. La importancia capital del programa de liberación es subrayado hasta al punto que en caso de denuncia del TA, cesarán para el Estado que la ejerza los derechos y obligaciones emergentes de su condición de Parte, "manteniéndose los referentes al programa de liberación" por un lapso de dos años (TA, arts. 21 y 22)

68. El programa de liberación, por su parte, se forma indisolublemente con la vertiente arancelaria y la no arancelaria. El TA y su Anexo I lo reconocen así al darle el mismo tratamiento a ambas, con una fecha común de finalización. Advirtiendo sus características diferentes, no se impone un mismo mecanismo para llegar al desmantelamiento de unas y otras restricciones.

En el caso de las RA se establece un calendario de desgravaciones lineales que opera automáticamente y en forma progresiva hasta llegar al arancel cero. En el caso de las RNA, reconociendo implícitamente las dificultades de su desarme no se fija un procedimiento

específico para hacerlo efectivo. Pero se dispone que ha de estar totalmente cumplido en la misma fecha que el desarme arancelario.

No se indica pues, como en el caso de las RA, un procedimiento determinado para alcanzar el resultado deseado. Se deja a las partes la libertad de determinar qué procedimiento seguirán para hacerlo, si unilateral por cada Estado o colectivamente mediante negociaciones y, aún, el ritmo de la eliminación. Pero la libertad de las Partes se limita a eso. No queda al arbitrio de las Partes decidir si la eliminación de las RNA se hará efectiva o no. Como tampoco queda a su arbitrio la fecha en la que dicha eliminación ha de estar finalizada. La fecha no es otra que la misma señalada para las RA, el 31-12-94. Las partes están en consecuencia obligadas a eliminar las RNA y a hacerlo en la fecha indicada, simultáneamente con la caída de todos los aranceles a cero. Hay por consiguiente una obligación concreta para las partes al respecto y no una mera indicación programática o declarativa (Más adelante se verá la incidencia de la postergación del MC en esta obligación así caracterizada).

69. Conclusión lógica pues, como dice Gustavo Magariños (Comercio e Integración, fcu, Montevideo, 1994, tomo III, p. 169), "Las restricciones no arancelarias están comprendidas en los programas de liberación de los sistemas de integración y su eliminación es forzosamente obligatoria." Señalando el autor que la variedad de esas medidas y la dificultad para identificarlas las "han convertido en una de las principales armas comerciales de la actualidad". Al punto que Soldatos (Op. cit. p. 125 a 126) compara dichas medidas con la mitológica Hydra de Lerna, por su capacidad de regenerarse y de multiplicarse. Es por ese motivo que necesariamente han de integrar los programas de liberación y han de correr la misma suerte que las restricciones arancelarias. Sería imposible un régimen con desmantelamiento arancelario total en el cual las RNA permanezcan y, aún, pudieran ser colocadas u ampliadas ad libitum, por decisión unilateral de cualquiera de las Partes.

70. El tratamiento del tema en el TA es congruente con este criterio. El programa de liberación "consistirá en rebajas arancelarias.... acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio... para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario" dice el art. 5a del TA. La eliminación de los aranceles y de las restricciones no arancelarias son aspectos indisolublemente unidos entre sí como partes de un mismo instrumento para llegar a la libertad de los flujos comerciales: ambos son considerados en los mismos artículos del TA (art. 1 párrafo segundo y 5a) y, en esos artículos y en el artículo 10 del Anexo I al TA reciben igual disciplina normativa en cuanto a la obligatoriedad del desmantelamiento y de una fecha común para materializarlo, ambas cosas al margen de la voluntad de los Estados Partes, es decir, con el carácter de una obligación precisa y concreta. Cabe anotar en el mismo sentido que, tanto el artículo 10 del Anexo I al TA como el artículo 11 del ACE 18, cuyos textos son similares, al regular el tema de las RNA lo hacen relacionándolas siempre con el programa de desgravación, poniendo de manifiesto otra vez el vínculo inseparable entre desgravación arancelaria y eliminación de RNA.

71. 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. Se determina así un paralelismo entre el proceso de eliminación de unas barreras y otras, de tal modo que aunque se admita una cierta diferencia en la velocidad del desmantelamiento de las restricciones arancelarias y no arancelarias, así como procedimientos diferentes para hacerlas efectivas, al final del proceso ambas, obligatoriamente, han de estar eliminadas. Eso es precisamente lo que preceptúan el artículo 5a del TA, el artículo 10 del Anexo I al TA y el artículo 11 del ACE 18.

La postergación del Mercado Común. Una nueva fecha.

72. La postergación del MC no determina la extinción de esta obligación pero determina que ella ya no sea más exigible en la fecha señalada del 31-12-94, postergada de común acuerdo por las Partes. Su vinculación y la del programa de liberación comercial, en el TA y su Anexo I, con la fecha en que el MC debía estar conformado era coherente con el plan original de llegar en una sola y breve etapa -el período de transición, entre 1991 y 1994- al mercado común que era por entonces la etapa final y única del proceso del MERCOSUR. Por eso todo el sistema creado por el TA, no solamente el programa de liberación, fue relacionado con el objetivo de establecer el mercado común y con la fecha en la que éste debía estar conformado. A vía de ejemplo, el art. 3 del TA limita al período de transición el régimen de origen y de salvaguardias; el artículo 5 hace lo propio con los instrumentos principales para constituir el MC; y el artículo 8 lo hace en la letra a. con respecto a la obligación de evitar afectar los intereses de las Partes en las negociaciones que realicen entre sí. Aún después del 31-12-94 subsiste la vigencia de esas disposiciones que son habitualmente aplicadas y sobre las cuales las Partes han basado su acción y el desarrollo de los respectivos regímenes. Tampoco hay nada en la naturaleza de las cosas que haga incompatible de hecho o de derecho la liberación comercial intrazona con la unión aduanera. Al contrario, en una secuencia racional de un proceso de integración, en el "continuum integratif" se complementan y en general aquélla precede a ésta. Como dice Soldatos, la "unión aduanera es la segunda etapa de liberalización que se suma a aquélla de la zona de libre comercio" (Op. cit. 129). Por lo demás, ninguna norma expresa ha derogado la obligación de proceder al desmantelamiento no arancelario.

73. El cambio ocurrido en el objetivo inmediato del MERCOSUR y en el calendario sostienen esta conclusión. Los Estados Partes advirtieron que no podrían llegar a tiempo para cumplir el objetivo de tener conformado el MC el 1 de enero de 1995. Como es notorio, a comienzos de 1994 se estaba muy lejos de alcanzar la libre circulación de todos los factores (art. 1 párrafo segundo del TA) y de la coordinación de las políticas macroeconómicas (art. 5b), en tanto que el arancel externo común (art. 5c) aunque accesible, no había sido determinado. Solamente la desgravación arancelaria había avanzado rápidamente por virtud del sistema de rebajas automáticas, aunque subsistían excepciones y dificultades sobre algunos productos más sensibles.

74. En consecuencia, las Partes debieron reevaluar en ese momento el sistema del TA. El resultado de este ejercicio planteado en el documento titulado "Consolidación de la Unión Aduanera y Tránsito del Mercado Común" (Acta CMC 02/93, Colonia del Sacramento, enero 1994) fue recogido principalmente en el Protocolo de Ouro Preto y en varias decisiones del CMC (N^os 13/93, 3/94, 5/94, y 24/94).

75. Varias conclusiones fluyen de ese conjunto normativo, aplicables al caso en examen: El sistema del TA subsiste aunque haya tenido modificaciones. El mismo TA prevé el cambio de sus instituciones (art. 18), tiene una duración indefinida (art. 19) y establece procedimientos de denuncia (art. 21 y 22), todo ello evidencia de continuidad. El régimen que surge es una continuación del anterior y se integra al mismo, fusionándose para conformar en definitiva un único conjunto normativo e institucional. El Protocolo de Ouro Preto, OP, según explica su preámbulo se adopta "en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18" del TA y reafirma "los principios y objetivos" de éste. Define, asimismo, como fuentes jurídicas del MERCOSUR al TA, sus protocolos, instrumentos adicionales o complementarios, así como los acuerdos celebrados en el marco de esas normas (OP, art. 41). Las instituciones de Ouro Preto son en lo principal las mismas del TA fortalecidas y desarrolladas, adaptadas a las transformaciones ocurridas (OP, preámbulo). Se determina que OP es parte integrante del TA y que la adhesión y la denuncia al Protocolo se harán de acuerdo con las normas del TA (art. 48 y 50). El objetivo de la conformación de un MC permanece, aunque más distante y sin una fecha concreta de cumplimiento. Se reafirma el objetivo de la unión aduanera, tomando ésta el

lugar del mercado común como referencia en el proceso de integración del MERCOSUR y como punto de partida para el cómputo de plazos (Acta CMC 2/93 y su Anexo I, CMC Decs. N°s 5/94 y 24/94).

La intención de las Partes queda claramente ilustrada en el comunicado de los Presidentes al término de la reunión de Colonia del Sacramento, el que, como declaración consensuada de las Partes es un elemento válido de interpretación (Cf. Antonio Remiro Brotons, op. cit. p. 311): “Los Presidentes reafirmaron decididamente los principios, objetivos y plazos previstos en el Tratado de Asunción, para avanzar en forma coordinada, equilibrada y sostenida hacia el establecimiento de la Unión Aduanera y sentar las bases de la conformación del Mercado Común” (numeral 4).

76. Corresponde analizar a la luz de estos elementos la situación jurídica del programa de liberación instituido en los arts. 1 y 5a del TA, 10 del Anexo I al TA y 4 al 11 del ACE 18. Habiendo una continuidad del sistema del TA con los instrumentos y decisiones posteriores al punto de configurar un único y mismo sistema, la expiración del plazo pactado originariamente, 31-12-94, sin que se hubiera completado el desmantelamiento arancelario y no arancelario y sin que se hubiera conformado el mercado común no implica que hayan expirado las obligaciones nacidas bajo el TA.

Más aún, las Partes han reafirmado expresamente la vigencia del art. 10 del Anexo I al TA y de las obligaciones que emergen del mismo, como surge de CMC Dec. N° 17/97 de 17 de diciembre de 1997, especialmente el art. 6. Indudablemente tales obligaciones no serán ya exigibles en esa fecha, vinculada a una etapa del proceso de integración que se ha postergado por común acuerdo de los Estados Partes. Pero éstos han reafirmado su compromiso de llevar adelante el programa de liberación, manteniendo en la nueva configuración del proceso dentro del MERCOSUR el papel central de la liberación comercial como piedra angular de la estrategia de integración. Posición enteramente congruente con las decisiones adoptadas por el CMC al definir el “Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera”(CMC Decs. 5/94 y 24/94).

77. Dicho régimen en efecto, al tiempo de resolver algunas de las dificultades que se habían presentado en la eliminación de los gravámenes arancelarios y en el régimen de excepciones y salvaguardias, establece un plazo final para completar, mediante desgravaciones lineales y automáticas, la total eliminación de los aranceles en el comercio intra-MERCOSUR. El plazo, que comienza a correr el 1-1-95, es de cuatro años para Argentina y Brasil y de cinco para Paraguay y Uruguay, expirando por consiguiente para la totalidad del MERCOSUR el 31-12-99. A esa fecha la totalidad de los productos del universo arancelario circularán en el área libre de gravámenes arancelarios. La misma regla rige en los gravámenes parancelarios que de conformidad con el art. 2 de CMC Dec. N° 24/94 no podrán aplicarse a los productos comprendidos en el Régimen de Adecuación.

78. Habría una contradicción con el fin del programa de liberación y con su papel central en la arquitectura del MERCOSUR si, abandonando el paralelismo entre la eliminación de RA y RNA, se llegara al desmantelamiento arancelario total mientras el manejo de las RNA quedara al arbitrio unilateral de las Partes que podrían así mantener indefinidamente las restricciones no arancelarias e incluso aumentarlas. En tal hipótesis perdería todo sentido el programa de liberación y el fundamento mismo del MERCOSUR estaría en crisis. Habría en ese caso un vaciamiento del contenido del proceso de integración, privándolo de la efectividad del programa de liberación. Se perdería lo que Lecourt (Op. cit. p. 240 a 241) llama “la plenitud del efecto útil” de las disposiciones y del régimen que determinan.

79. Una interpretación armónica del sistema, congruente y no contradictoria con los fines y objetivos declarados y acordados por las Partes, lleva a que el desmantelamiento NA ha de ocurrir necesariamente en paralelo con el arancelario y ha de concluir junto con éste, conforme fue definido en el TA, su Anexo 1 y el ACE 18 y como está impuesto por la naturaleza de ambos, indisolublemente unidos en la liberación del comercio: faltando uno, será inútil el otro. Ello deberá ocurrir a más tardar el 31-12-99, fecha en la que se completa el

programa de liberación comercial luego de la revaluación del MERCOSUR realizada por los Estados Partes.

Eliminación de restricciones no arancelarias

80. La demora en adelantar la eliminación de las RNA revela la existencia al respecto de varias dificultades unidas a su propia dificultad intrínseca. El programa de liberación comercial, aun ordenando tal eliminación y disponiendo que ello fuera simultáneo con el fin de las restricciones arancelarias, no especificó el procedimiento para hacerlo. En las NC al ACE 18 los Estados Partes registraron todas las medidas aplicables al comercio, vigentes a la fecha del TA, las que debían ser eliminadas al 31-12-94. Pero entre esas medidas se hallaban tanto las que implican restricciones al comercio de naturaleza no arancelaria como las que son ejercicio normal de competencias de los Estados sin finalidad comercial. Ello ha determinado una compleja discusión acerca de cuáles son las medidas restrictivas y cuáles no. Entre tanto el objetivo de la eliminación de las RNA, lejos de haber desaparecido, es reiterado consistentemente en el sistema normativo del MERCOSUR proponiéndose procedimientos diversos al efecto. Las normas vigentes contienen una solución para esta situación, coherente con los fines y objetivos del sistema del TA, y que el Tribunal acogerá.

81. El TA y su sistema normativo se hallan inscriptos en el TM 80, en cuyo ámbito y bajo la forma de un acuerdo de complementación económica de alcance parcial (ACE 18), son legitimadas las disposiciones preferenciales del MERCOSUR. En lo específico de las RNA, el ACE 18 en su artículo 11 admite la subsistencia hasta el 31-12-94 de aquéllas contenidas en las NC. Se ha analizado ya el punto de la fecha concluyendo en que ésta ha de ser la del fin del Régimen de Adecuación. En cuanto al alcance de la eliminación de las RNA y medidas relacionadas con el comercio, ha de tenerse en cuenta el artículo 50 del TM 80 que señala las medidas que los Estados pueden adoptar y aplicar para proteger determinados valores de naturaleza no comercial como la moralidad pública, la seguridad, el patrimonio artístico o lo relativo a materiales nucleares. Fluye claramente que sólo las medidas de esta naturaleza podrán mantenerse más allá de la fecha en que se completa la liberación comercial, con dos precisiones: (a) Aun así, sólo serán compatibles con el sistema normativo del MERCOSUR, como en general con un proceso de integración, aquellas medidas efectivamente "destinadas" a proteger esos bienes -como lo dice el art. 11- no debiendo por tanto incidir en el comercio. Conclusión que la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad, según recoge Soldatos (Op. Cit. p. 126), viene a confirmar al rechazar el establecimiento de condiciones o formalidades para la importación, cualquiera que fuere su forma, que distorsionen el comercio o "cuando esas medidas golpean más, formalmente o en la práctica, a los productos extranjeros o no están proporcionadas con el fin perseguido" y (b) Habrá de continuarse el proceso de armonización de esas medidas, como lo indican entre otras las Decisiones CMC 3/94 y 17/97. Todas las demás medidas no arancelarias aplicadas al comercio intra-MERCOSUR deberán ser eliminadas a más tardar al fin del plazo del período de adecuación.

Las medidas bajo el artículo 50 del TM, en su excepcionalidad, mantienen el paralelismo con las excepciones al desmantelamiento arancelario admitidas por los Estados, entre otros, en los sectores Automotriz y del Azúcar.

82. La mera incorporación a las operaciones de comercio exterior de nuevas tecnologías y la implementación de nuevos sistemas informáticos que se ajusten a las pautas establecidas en los párrafos precedentes no se consideran RNA.

Medidas NA anteriores y posteriores.

83. La línea argumental seguida por el Tribunal anticipa que la conclusión precedente abarca igualmente a las medidas contenidas en las NC al ACE 18 como a cualesquiera otras que se hubieran establecido o restablecido desde entonces. Reconociendo el papel central de la liberación comercial en el cumplimiento de los fines y objetivos del MERCOSUR, la

naturaleza inseparable de sus vertientes arancelaria y no arancelaria y la obligación de eliminar totalmente las restricciones en ambas, concluyendo el proceso en la misma fecha, es un corolario natural de ello que no quepa restablecer restricciones no arancelarias eliminadas o imponer nuevas. Como no podrían restablecerse los aranceles.

84. Las Decisiones CMC N^{os} 3/94 (art. 4) y 17/97 (art. 6) son conformes a este criterio y reafirman la voluntad de las Partes de preservar la integridad del programa de liberación y su resultado de comercio libre sin restricciones dentro del MERCOSUR.

Conclusiones

85. La decisión del Tribunal se encuadra en las consideraciones precedentes y en el conjunto de las actuaciones de este procedimiento arbitral, todo lo cual debe considerarse parte de la decisión, y se sintetiza en los siguientes puntos:

- (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 éstas 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 MC no deroga la obligación acordada en común por las Partes de eliminar totalmente las RA y NA, aunque obviamente deja de ser exigible el 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 aquéllas comprendidas en el artículo 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 artículo 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 contengan 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 artículo 50 del TM 80 y con las precisiones establecidas en el numeral (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).
- II. Los costos del procedimiento arbitral serán sufragados por las Partes en la controversia de acuerdo con el artículo 24 del Protocolo de Brasilia y de la siguiente forma: Cada Estado se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del Arbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en la ciudad de Montevideo, dentro de los treinta días de la notificación del laudo.
- III. Las actuaciones de la presente instancia arbitral serán archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y quedarán bajo su custodia.
- IV. Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publíquese.

Dr. Juan Carlos Blanco
Arbitro Presidente

Dr. Guillermo Michelson Irusta
Arbitro

Dr. Joao Grandino Rodas
Arbitro

LAUDO II

LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA RECLAMACION DE LA REPUBLICA ARGENTINA AL BRASIL, SOBRE SUBSIDIOS A LA PRODUCCION Y EXPORTACION DE CARNE DE CERDO

En la ciudad de Asunción del Paraguay a los 27 días de setiembre de 1999, el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para decidir la controversia entre la República Argentina y el Brasil sobre la existencia de subsidios a las exportaciones de carne de cerdo, se reúne con la finalidad de deliberar y dictar su decisión.

El tribunal está compuesto por su Presidente Dr. Jorge Peirano Basso, de la República Oriental del Uruguay y por los Dres. Atilio Aníbal Alterini y Luiz Olavo Baptista, árbitros indicados respectivamente por la República Argentina y el Brasil, países de los cuales son ciudadanos y residentes.

El Tribunal fue constituido de acuerdo con el Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991, modificado por el Protocolo de Ouro Preto, y la Dec. N° 17/98 del Consejo Mercado Común.

RESULTANDO:

Inicio del procedimiento ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR

1. La controversia se inició con la notificación de la reclamación presentada al Brasil por la Sección Nacional de la República Argentina, en la XXII reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR en agosto de 1997, por "Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo". Comenzó entonces la primera etapa de negociaciones entre las partes, prevista en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.
2. Una vez agotado el plazo establecido en el Protocolo de Brasilia, sin que se obtuviese el resultado esperado, la República Argentina elevó su reclamación a la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM) en la XXV reunión. En la segunda etapa del procedimiento, no habiéndose llegado a una solución satisfactoria solicitó el arbitraje, instalándose el Tribunal Arbitral.

Constitución del Tribunal Arbitral

3. El artículo 7 numeral 1 del Protocolo de Brasilia dispone: "Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos referidos en los Capítulos II y III, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el presente protocolo".
4. El Tribunal Arbitral es la segunda etapa de un iter que en este caso ya ha tenido sus dos primeras fases desarrolladas regularmente. Establece también el artículo 9 del Protocolo de Brasilia que el procedimiento arbitral tendrá lugar ante un Tribunal Arbitral ad hoc, compuesto por tres árbitros pertenecientes a la lista referida en el artículo 10.
5. Fueron designados árbitros el Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini por la Argentina, el Profesor Doctor Luiz Olavo Baptista por Brasil y el Profesor Doctor Jorge Peirano Basso, de Uruguay, Presidente del Tribunal Arbitral. No hubo objeciones o impugnaciones de las partes en cuanto a la elección de los árbitros.

6. Los árbitros aceptaron el cargo y firmaron la declaración a que se refiere la Decisión N° 17/98 del Consejo Mercado Común (CMC), la cual se halla archivada en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
7. Constituido el Tribunal, el día siete de abril de 1999, dictó las Reglas de Procedimiento conforme lo establece el artículo 15 del Protocolo de Brasilia, lo cual se comunicó a las partes.
8. Las reglas aseguran el derecho de manifestarse y el principio del contradictorio, y en audiencia presentar y debatir argumentos, pruebas y contrapruebas. Las reglas se orientan a que el proceso se realice de forma expeditiva y económica.
9. Las partes solicitaron conjuntamente dos veces la suspensión del curso del proceso, a lo cual el Tribunal accedió.
10. El primer pedido de prórroga, por 60 días corridos, fue solicitado el 16 de abril de 1999, venciendo el plazo el 15 de junio del mismo año. El tribunal determinó como fecha límite para la presentación de las pretensiones de las partes, el 27 de junio de 1999.
11. El 16 de junio, nuevamente las partes solicitaron una prórroga por 30 días adicionales, que fue concedido por el Tribunal Arbitral. La culminación del Proceso Arbitral se fijó para el 27 de setiembre de 1999.
12. 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.
13. Los representantes y asesores por ellos designados ante el Tribunal Arbitral, comparecieron a la audiencia que fue realizada en la Secretaria Administrativa del MERCOSUR el día 7 de setiembre de 1999, presentando sus respectivos argumentos y pruebas. Asimismo, respondieron las preguntas formuladas por los Arbitros, cerrándose la fase probatoria.
14. Después de la audiencia la República Argentina presentó un escrito ampliatorio, confiriéndose traslado del mismo al Brasil. Los árbitros decidieron no examinar los nuevos elementos presentados, tomando en consideración solamente aquellos argumentos ya expuestos en instancias anteriores.
15. Dicho esto, se pasa a examinar las posiciones de las partes y sus argumentos de hecho y de derecho.

Reclamo de la República Argentina

16. La reclamación hecha por la República Argentina trató inicialmente sobre los procedimientos y normas brasileñas que entiende caracterizan subsidios a la exportación de carne de cerdo, solicitando la corrección por parte del Brasil de esa normativa, por considerar que causa distorsiones que afectan la competitividad de los productos argentinos.
17. Dicha práctica, según entiende, sería violatoria de los compromisos asumidos por los Estados 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.
18. La reclamación señala las medidas que constituirían subsidios. Posteriormente, ante la CCM, fueron presentados nuevos hechos y argumentos.

19. El reclamo presentado inicialmente se refería a la existencia de stocks públicos de maíz (CONAB), al PROEX y a los Anticipos de Contrato de Cambio (ACC) y Anticipos de Contratos de Exportación (ACE). Después, la República Argentina agregó nuevos argumentos referidos a este último ítem e introdujo un nuevo reclamo referido al Crédito Presunto de IPI (Crédito Presunto del Impuesto a los Productos Industrializados).

20. En esencia, la argumentación argentina con relación a la CONAB es la siguiente:

La República Argentina cuestionó el sistema brasileño de stocks públicos de maíz para la compra, almacenamiento y venta del producto, así como la forma de administración del mismo por la CONAB, que incluye fijación de precios de liberación de stocks (PLE), lo cual permitiría la transferencia de recursos a los productores brasileños de cerdos.

Esta transferencia se produciría por medio de la estabilización de precios de maíz en los períodos de entre zafra, evitando el alza de los mismos. En los ciclos de precios altos en el mercado internacional, el mecanismo neutraliza los efectos del aumento en el mercado interno brasileño, en beneficio de los productores locales de cerdos, permitiéndoles adquirir el cereal a precios inferiores a los vigentes en el mercado internacional.

La República Argentina entiende que este es un incentivo sectorial, cuyo beneficio se transfiere a las exportaciones de carne de cerdo destinadas al mercado regional, permitiendo la venta de estas mercaderías a precio inferior al que tendrían si no hubiese intervenido la CONAB. Por eso, 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.

Esa práctica constituiría una violación por parte de Brasil de la Decisión CMC N° 10/94 que prohíbe ciertos tipos de incentivos a la producción y a la exportación.

21. Programa de financiamiento de las exportaciones (PROEX)

La segunda reclamación de la Argentina refiere al PROEX, programa brasileño de asistencia financiera de las exportaciones de bienes y servicios que opera a través de dos modalidades:

a) Equivalencia de tasas de interés

Este sistema consiste en el pago de la diferencia entre la tasa de captación de recursos admitida por el Banco Central de Brasil y una tasa mínima internacional de captación (la referencia es el LIBOR).

El financiamiento otorgado por el BNDES (Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social) establece un spread que es llamado equalización, que es financiado por el Tesoro Nacional con recursos establecidos anualmente por el Poder Ejecutivo.

b) Financiamiento de exportaciones de bienes y servicios

Este sistema se realiza a través del PROEX, mediante el descuento de los títulos representativos en las exportaciones a plazo. El monto financiado alcanza el 85% del principal y la tasa de interés cobrada por los préstamos corresponde a la tasa libor, conforme es divulgada por el Banco Central de Brasil.

El uso del PROEX en cualquiera de sus dos modalidades de operaciones de exportación al MERCOSUR, constituye según el reclamante un incentivo brasileño a la exportación, prohibido por la Decisión CMC N° 10/94. Ello, porque representa un subsidio a los bancos financiadores, destinado a beneficiar a los exportadores. Por lo tanto, constituye una intervención directa del Gobierno Brasileño que subsidia el diferencial de tasas a los bancos que operan con el programa, utilizando fondos que provienen del Tesoro Nacional. El diferencial de tasas de interés da al exportador brasileño una ventaja

financiera, que le permite exportar a un precio inferior al que resultaría si las operaciones financieras fueran hechas a las tasas de interés internas vigentes para las ventas destinadas al mercado interno.

22. Uso de otros instrumentos financieros (ACC y ACE)

Reclama Argentina, que las exportaciones brasileñas se benefician también de otros mecanismos promocionales de financiamiento a las exportaciones contraviniendo lo preceptuado por la Decisión CMC N° 10/94.

Los instrumentos financieros usados son el Adelanto de Contrato de Cambio (ACC) y un Anticipo de Contrato de Exportación (ACE) los cuales son pactados entre empresas exportadoras y bancos comerciales del Brasil.

Alega la reclamante que la intervención estatal, mediante la utilización de los mecanismos de ACE y ACC, permite a los exportadores brasileños contratar con los bancos comerciales, tasas de interés del 12% al 15% al año, en dólares. La tasa de interés interna estaría próxima al 30%.

Los ACC y ACE ofrecen tasas de interés reducidas porque el Gobierno Brasileño interviene en el mercado financiero sancionando normas que eximen a las entidades financieras de las obligaciones de orden fiscal y monetario.

Estos privilegios abaratan el costo de los préstamos que son hechos con tasas de interés reducidas artificialmente, a un nivel inferior al que debería regir en condiciones de mercado.

La República Argentina afirma que la Dec. CMC N° 10/94 no habilita a los Estados Partes a implementar mecanismos de promoción de exportaciones de naturaleza financiera para bienes de consumo.

En el caso de los ACC y ACE esos incentivos serían:

a) Arbitraje de tasas de interés

La diferencia entre las tasas de interés de mercado y las obtenidas a través de ACC y ACE, daría causa a la práctica del arbitraje de tasas de interés.

La ganancia derivada del arbitraje financiero, permitiría la posibilidad al exportador brasileño de reinvertir los recursos obtenidos a través de ACC y ACE a tasas de interés internas en reales. De esta forma, habría una ganancia obtenida en función de la diferencia entre las tasas de interés interna y externa, producida por el mecanismo del subsidio.

b) Exoneración del IOF

El Decreto N° 2219 de mayo de 1997, que reduce la alícuota del impuesto sobre las operaciones financieras (IOF) de 25% al 0% para las operaciones de cambio vinculadas a las exportaciones de bienes y servicios, sería un incentivo a los bancos para que concedieran los ACC y ACE. La Portaria del Ministerio de Hacienda N° 05/99 excluye las operaciones de cambio del aumento generalizado de las alícuotas de IOF, manteniendo la ventaja.

c) Exoneración de encaje

La circular del Banco Central N° 2534 de 11/01/95 que elimina el requisito de encaje en las operaciones ACC y ACE, sería otra forma de incentivar a los bancos para que den ventajas a los exportadores.

23. Crédito Presunto de IPI (Restitución de PIS/COFINS)

A través de esta concesión el Gobierno Brasileño devuelve al productor exportador, el valor de las contribuciones de PIS y COFINS de las compras de materias primas y productos intermedios de los bienes destinados a la exportación. Esta restitución es

realizada a través de un "Crédito Presumido de IPI" equivalente al 5,37% sobre el costo de los insumos de la cadena productiva.

El subsidio según el reclamante es el siguiente:

- a) La devolución (5,37%) 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.
- b) De acuerdo con las normas vigentes del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de OMC, el PIS y COFINS por ser contribuciones sociales no pueden ser restituidos.

Además, la restitución de estas contribuciones no se incluye entre las excepciones previstas en el art. 12 del Dec. CMC N° 10/94.

Respuesta del Brasil

24. Desde el inicio del procedimiento, el Brasil niega la admisibilidad de las reclamaciones argentinas.
25. El Gobierno Brasileño alegó como cuestión preliminar que el argumento referente al "Crédito presumido de IPI" y los argumentos adicionales sobre ACC y ACE no constaban en el objeto del Reclamo Argentino. Entiende que de acuerdo con lo establecido en el art. 28 de la Decisión CMC N° 17/98 que reglamenta el procedimiento arbitral instituido por el Protocolo de Brasilia, solo deben ser considerados los hechos y los argumentos presentados al inicio de la reclamación.

La respuesta brasileña contesta la argumentación argentina en cuatro aspectos:

26. Sistemas de stocks públicos de maíz

Examinando esta cuestión, el Brasil rechaza la afirmación de Argentina de que ha existido violación de la Decisión CMC N° 10/94, puesto que ésta se refiere a incentivos a las exportaciones y no a incentivos a la producción. Si hubiese incentivo, alega, no sería a la exportación sino a la producción de maíz. El Gobierno Brasileño afirma que las compras gubernamentales sostienen los precios del maíz y no tienen como objeto beneficiar a los productores de cerdos en la adquisición de este insumo.

Asimismo, Brasil afirma que hasta el presente no hay norma del MERCOSUR que prohíba el sistema de stocks públicos de maíz o el mantenimiento de precios de productos agrícolas.

Sostiene además, que no hay relación entre la formación y la venta de los stocks y los supuestos incentivos a las exportaciones. Como la venta se hace en licitaciones públicas, el precio de venta es el precio de mercado establecido en las mismas.

Argumenta el gobierno brasileño, que las ventas son hechas por valor no inferior a las condiciones vigentes de mercado, y por ende, no hay beneficio a los productores de carne de cerdo en el sentido del art. I del ASMC.

Afirma que los precios de maíz en el mercado brasileño, acompañan la tendencia de los precios existentes en los mercados externos de referencia y presenta una serie histórica de precios de maíz, para demostrar que estos estaban habitualmente por encima de los precios externos de referencia. Y si hubiese algún beneficio, éste favorecería tanto a las

ventas externas de carne de cerdo, como a las ventas del mercado doméstico, no configurándose el subsidio.

Concluye el Gobierno Brasileño, que la práctica de sostén de precios al productor agrícola, fue comunicada a la OMC y es lícita de acuerdo con las reglas de esta Organización.

Manifiesta finalmente que la Decisión CMC N° 10/94 es un compromiso meramente programático sin plazo de cumplimiento predeterminado.

27. Programa de financiamiento a las exportaciones (PROEX)

Para el gobierno brasileño no procede la reclamación argentina del PROEX, porque el Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio aprobó la Portaria N° 93 de 23/03/99 estableciendo la imposibilidad de utilizar el PROEX en sus dos modalidades, para las exportaciones de bienes de consumo destinados al MERCOSUR.

Reafirma su posición sosteniendo que no utilizó el PROEX en las exportaciones de bienes de consumo para los países de MERCOSUR.

28. Uso de otros instrumentos financieros (ACC y ACE)

De acuerdo con la respuesta brasileña, las operaciones de ACC y ACE se realizan internamente en la esfera privada, sin intervención del sector público y no suponen contribuciones financieras por parte del gobierno, no existiendo concesión de ningún beneficio. Además el ACC y ACE no son operaciones de crédito, sino una anticipación de precio de compra de moneda extranjera por los bancos.

Entiende también que no procede la afirmación de la reclamante, sobre la eximición a los ACC/ACE del mecanismo de encaje obligatorio regulado por el Banco Central.

a) Arbitraje de tasas de interés.

Con relación a la alegación argentina de que fue creado un sistema de arbitraje para favorecer a los exportadores de carne de cerdo, Brasil contesta afirmando que no hay ningún mecanismo formal de ese tipo creado o administrado por el Gobierno. Existe apenas una realidad de mercado, que es el costo de oportunidad para el caso que el exportador pueda efectuar transitoriamente inversiones en el mercado financiero nacional, pudiendo obtener ganancias por el diferencial de tasas, hasta el momento de destinar los recursos a la producción de la mercadería exportada.

La desnaturalización de la operación de ACC está prohibida por la reglamentación del Banco Central, aplicándose una pesada multa en caso de incumplimiento del compromiso del exportador de embarcar la mercadería.

b) Exención de IOF

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. Afirma el gobierno brasileño que los ACC y ACE son compras, a término de divisas, realizadas por los bancos y las operaciones de venta de moneda extranjera, a esos efectos, no están sujetas al IOF.

Explica que si no hubiera embarque de mercadería y el contrato de cambio fuera cancelado, en ese caso, la operación sería pasible del IOF.

c) Exoneración del encaje obligatorio para los bancos

Expresa el Brasil, que no procede tampoco la argumentación de la reclamante sobre el privilegio de la exención del encaje obligatorio, conferido a los ACC/ACE por el Banco Central.

En el caso de ACC/ACE no existe el encaje obligatorio del Banco Central de acuerdo con la regla general aplicable a todas las operaciones financieras pasivas.

29. Crédito presunto de IPI (Impuesto a los Productos Industrializados)

Para el Gobierno Brasileño no hay subsidio ni violación de la Decisión CMC N° 10/94 porque las contribuciones PIS y COFINS configuran tributación indirecta y por tanto su restitución es permitida tanto por la Decisión CMC N° 10/94 como por las reglas de OMC.

El PIS/COFINS es un tributo indirecto para el sistema jurídico brasileño en razón de la caracterización de su hecho generador. A su vez, la operación de crédito presunto es solamente un registro de débito/crédito no pudiendo haber un reintegro superior al pago efectuado. Por ende, no hay subsidio a la exportación.

30. Conclusiones de CCM

De acuerdo con lo establecido en el art. 21 del Protocolo de Ouro Preto y su Anexo, la Comisión de Comercio de MERCOSUR en la reunión del 3 de febrero de 1998 (Acta N° 1/98) examinó la reclamación, y ante la imposibilidad de llegar a una solución consensuada convocó a un Comité Técnico para analizar la controversia.

Finalmente, en la reunión realizada el 3 de marzo de 1998 (Acta N° 2/98) los miembros del comité Técnico no habiendo llegado a una solución común, presentaron sus conclusiones por separado, dando lugar a que las partes iniciaran la etapa arbitral.

CONSIDERANDO

Aspectos de Procedimiento

31. El presente Tribunal ha sido constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia y su Reglamento, y con el Protocolo de Ouro Preto. En particular han sido sustanciadas las etapas previas al arbitraje requeridas por el Protocolo de Ouro Preto, ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR (Reuniones agosto de 1997, diciembre de 1997 y marzo de 1998), reunión bilateral de Estados (octubre de 1997), Comité Técnico (marzo de 1998), y Grupo Mercado Común (XXIX Reunión).
32. El procedimiento arbitral ha sido iniciado por la República Argentina ante la Reclamación efectuada por la Asociación Argentina de Productores Porcinos, la 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, al amparo de lo dispuesto por el Cap. IV del Protocolo de Brasilia.
33. El Protocolo de Brasilia trata dos tipos de controversias: a) las que surgen entre los Estados Partes (Capítulo I, II, III, y IV) y b) las planteadas como consecuencia de reclamos de particulares (Capítulo V y IV).
34. En ambos casos, el texto prevé un procedimiento compuesto de tres etapas necesarias y sucesivas. La culminación de cualquiera de las dos primeras etapas no produce efectos jurídicos salvo el de habilitar la instancia siguiente. Y en ambos casos, la tercera etapa constituye un arbitraje, el que está regulado por las mismas disposiciones.
35. Lo precedentemente expuesto merece ser destacado por cuanto evidencia que el ejercicio de la función jurisdiccional es propio y específico tan solo de la etapa arbitral. En cambio, no se encuentra presente en las etapas previas.
36. En lo que refiere específicamente a los procedimientos para la solución de controversias promovidos a impulso de particulares –como ocurre en la especie- estos deberán 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.

37. Al respecto, dispone el num. 1 del art. 26 del Protocolo de Brasilia que “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”. Agrega el num. 2 de la misma norma que “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”.
38. Del claro tenor de la disposición precedentemente transcrita se desprende que la Sección Nacional analiza lo que en el Derecho procesal se llama el “fumus bonis iuris” es decir, en qué elementos se apoya la verosimilitud del derecho que pueda asistir al particular concretamente en el caso planteado y su perjuicio. Claramente, se está en una etapa en la cual todavía no ha entrado a funcionar el procedimiento arbitral; su único efecto es –en caso de que la valoración de la Sección Nacional sea positiva- habilitar el paso a la etapa siguiente. Superadas favorablemente las etapas previas, recién se ingresa al procedimiento arbitral, de naturaleza jurisdiccional.
39. De acuerdo con el art. 25 del Protocolo de Brasilia, 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 Protocolo de Ouro Preto agrega a este artículo las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 43. párrafo único).
40. En el marco del proceso arbitral propiamente dicho rigen las reglas y principios generales en materia jurisdiccional, razón por la cual deberán probarse las afirmaciones que las partes realizan. Tal como ocurre en los Derechos Procesales Internos, la acreditación previa que pueda haberse realizado en procesos previos o cautelares, no exonera de la prueba debida a ser rendida en el proceso principal.
41. A juicio del Tribunal, en consecuencia, no basta que se alegue la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal contra el sistema normativo del MERCOSUR, sino que es necesario además que los Estados Partes prueben la existencia o amenaza de un perjuicio derivado de dicha violación.
42. A los efectos de la resolución de la controversia, el Tribunal habrá de considerar y valorar la prueba ofrecida por las partes en el presente procedimiento de acuerdo con las reglas de la sana crítica y con las Reglas de Procedimiento adoptadas por el mismo.

Objeto de la litis

43. El procedimiento de solución de controversias en el MERCOSUR se desenvuelve en diferentes fases. Si no hubiera acuerdo en la etapa de negociación diplomática, se deja paso a la segunda etapa que es arbitral. Estos procedimientos forman parte de un mismo íter, destinado a encontrar una solución al conflicto.
44. El objeto de las controversias entre Estados, tanto cuando se producen directamente entre ellos, o a instancia de los reclamos de los particulares, se determina cuando el Estado reclamante presenta su reclamación y el Estado reclamado contesta aceptándola total o parcialmente o rechazándola. Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en

la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas. Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral, lo cual violenta la letra y el espíritu del procedimiento de solución de controversias del MERCOSUR.

45. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que esto no significa que las partes no puedan complementar y profundizar la argumentación en que se base su reclamación u oposición, en su caso, dado que esto no es más que ejercer su derecho de defensa.
46. Es importante recordar aquí el laudo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc del MERCOSUR (del 28 de abril de 1999, No. 53) "... Es claro, que tanto el Protocolo de Brasilia como el de Ouro Preto, al prever etapas previas al arbitraje, impone que no pueda añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla".
47. El objeto de la controversia se divide sustancialmente en tres materias básicas, las cuales surgen de la Reclamación inicial de la República Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur, vinculadas a la existencia o no de subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo por Brasil.
48. El primer punto de controversia es el relativo a si la aplicación del Sistema de Stocks Públicos de Maíz establecidos por la Ley No. 8.171 de 17/01/91 y por la Portaria Interministerial No. 182, de 22/08/94 del Gobierno del Brasil implica la concesión de subsidios incompatibles con las normas del Mercosur.
49. El segundo punto de la controversia es el reclamo vinculado al Programa de Financiamiento de Exportaciones (PROEX), sancionado por el Gobierno del Brasil mediante la ley No. 9.198 del 1/6/91 tanto en sus modalidades de financiamiento de exportaciones de bienes y servicios como de equalización de tasas.
50. El tercer punto de controversia es el relativo a la utilización de los mecanismos de ACC (Anticipo de Contrato de Cambio) y ACE (Anticipo de Contrato de Entrega) por parte de los exportadores brasileños.

En esta materia, la reclamación original de la República Argentina no especificaba en qué consistían los subsidios a la financiación de exportaciones por parte del Gobierno del Brasil, limitándose a señalar el efecto económico que dichos mecanismos generaban en las tasas de interés y en la posibilidad de arbitraje financiero. No obstante, en la presentación realizada ante este Tribunal, la República Argentina especificó cuáles eran los mencionados subsidios, sosteniendo que los mismos consistían en exoneraciones y reducciones tributarias y exoneración de encajes.

Si bien el Estado Parte tiene la obligación de detallar con precisión el objeto de la reclamación al momento de la promoción del reclamo inicial, presentándose dudas respecto al cumplimiento de dicho requisito por parte de la República Argentina, este Tribunal se inclina por admitir en el presente caso las aclaraciones y nuevas fundamentaciones realizadas por dicha Parte.

Por tanto, el tercer punto de controversia lo constituye la discusión respecto de 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 del MERCOSUR.

51. Este Tribunal entiende que el reclamo vinculado al Crédito presunto del Impuesto a los Productos Industrializados (IPI) mediante el cual se reintegran en las exportaciones las

contribuciones del Programa de Integración Social (PIS) del Programa de Formación del Patrimonio del Servicio Público (PASEP) y de la Contribución a la Financiación de la Seguridad Social (COFINS) está fuera del objeto del proceso. Dicho reclamo no fue presentado formalmente en la reclamación inicial de la República Argentina ante la Comisión de Comercio del Mercosur.

52. Antes de pasar a considerar los puntos objeto del litigio, conviene precisar las fuentes normativas que el Tribunal deberá considerar para la resolución del presente conflicto.

Marco Jurídico Aplicable

53. El Protocolo de Brasilia enuncia las fuentes normativas del Mercosur, disponiendo en su artículo 19: "El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia". Dicha enumeración 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 Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común.

54. El Protocolo de Ouro Preto agregó como fuente normativa del Mercosur las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 41). Dicho Tratado esclarece que las normas emanadas de los órganos del Mercosur (Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) "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" (art. 42).

55. La circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios. Cabe a este respecto recoger la perspectiva finalista del proceso de integración del MERCOSUR reafirmada en el Laudo del Tribunal Arbitral AD-HOC (de fecha 28 de abril de 1999, num. 57), el cual destaca que: "El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye 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"; y núm. 65 que dice: "...De esta manera, la liberación comercial, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el Mercado Común, quebrando la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración".

Esta es la convicción común de todos los Estados Miembros del Mercosur, como lo han manifestado las Partes durante el proceso.

56. La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional. Conviene recordar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del MERCOSUR "los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia" (art. 19). 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.

57. En un nivel más amplio que el regional, las relaciones comerciales internacionales se rigen por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En éste ámbito, las restricciones al otorgamiento de subsidios a la exportación están reguladas por el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). En el seno de la OMC se insertan las reglas de ALADI y en un círculo más interno, las normas del MERCOSUR. Todas estas normas pretenden asegurar condiciones de libre comercio que caracterizan y dan sustento a un proceso de integración.
58. En el ámbito regional, dentro del elenco de fuentes normativas aplicables al caso, adquiere especial relevancia el análisis de la Decisión del Consejo Mercado Común N° 10/94, sobre Armonización para la Aplicación y Utilización de Incentivos a las Exportaciones por parte de los Países Integrantes del MERCOSUR, en la medida que se trata de una Decisión emanada de un órgano con supremacía institucional y jerárquica dentro de la organización del MERCOSUR, que contiene disposiciones sobre restricciones a los incentivos a las exportaciones.
59. A la luz de dicho sistema normativo es que deberá abordarse la dilucidación de la controversia planteada, a cuyos efectos resulta indispensable desentrañar el concepto de subsidio, tanto en el ámbito internacional de la OMC, como en el regional del MERCOSUR.

Concepto de Subsidio

60. Fue durante la Ronda de Tokio, aún durante la vigencia del GATT, que se elaboró el antiguo Código sobre Subsidios y Medidas Compensatorias. Su defectuosa regulación dio origen a muchas controversias, en especial entre Estados Unidos y la Comunidad Europea, lo cual determinó que la Ronda Uruguay del GATT abordara la definición de un nuevo concepto de subsidio.
61. En el ámbito de la OMC, se ha señalado que la existencia de subsidios requiere de la configuración de tres elementos: la existencia de una contribución financiera del gobierno, la existencia de un beneficio y que el subsidio sea específico.
62. Conforme al art. 1 del ASMC, la existencia de una contribución financiera puede ser hecha por un gobierno o por un organismo público y debe implicar alguna de las siguientes hipótesis: a) 1) (i) una contribución de fondos (como donaciones, préstamos y aportaciones de capital); o una transferencia directa o potencial de fondos; o la asunción de una obligación (como garantía de préstamos); (ii) una condonación o no recaudación de ingresos públicos que en otro caso se percibirían (como en el caso de incentivos fiscales o créditos fiscales); (iii) el suministro de bienes o servicios (que no sean de infraestructura general) o la compra de bienes; (iv) la realización de pagos por el gobierno para un mecanismo de financiación o la encomienda por el gobierno a una entidad privada una o varias de las funciones antes descritas que normalmente incumbirían al gobierno; a 2) la existencia de alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios.
63. La segunda condición para que exista un subsidio es la existencia de un beneficio. El beneficio ha sido entendido como una ventaja, dada a una empresa o rama de producción, a través de una acción del gobierno, en términos más ventajosos que la práctica usual de mercado.
64. La tercera condición es que el subsidio sea específico (art. 2). Para determinar si un subsidio es específico a una empresa o rama de producción, o un grupo de empresas o

ramas de producción, dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, deben ser aplicados los siguientes principios: 2.1. a) el subsidio es específico si la autoridad o la legislación pertinente explícitamente limita el acceso a un subsidio para ciertas empresas o ramas de producción. b) El subsidio no es específico si la autoridad o la legislación establecieren criterios objetivos o condiciones de elegibilidad para el subsidio o para su cuantía, en la medida que la elegibilidad sea automática y claramente determinada por la ley, reglamento o documento oficial. c) En la determinación de la especificidad otros factores pueden ser considerados como: el uso de un programa de subsidios para un número limitado de empresas, o el uso predominante del subsidio por ciertas empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subsidios a determinadas empresas y la forma como la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder el subsidio. 2.2) Se considerará específico en la medida que el subsidio sea limitado a ciertas empresas localizadas dentro de una región geográfica determinada, de la jurisdicción de la autoridad otorgante.

65. En el ámbito de la OMC, tres categorías de subsidios han sido establecidas: prohibidos (rojos), recurribles (amarillos) y no recurribles (verdes). Para cada categoría, diferentes tipos de recursos han sido previstos.

i) *Subsidios rojos o prohibidos*

Dos tipos de subsidios son considerados rojos o prohibidos: a) los subsidios supeditados *de jure o de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones; b) los subsidios vinculados al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados como condición única o entre otras varias condiciones. El Anexo I del ASMC contiene una Lista Ilustrativa de Subsidios a la Exportación.

En el caso de subsidio prohibido, dos tipos de recursos fueron previstos. Si un miembro tuviera razones para creer que otro miembro concede o mantiene un subsidio prohibido, el primero podrá pedir al segundo la celebración de consultas. También podrá pedir el establecimiento de un panel para analizar el conflicto, dentro del Mecanismo de Solución de Controversias de la OMC y, si fuera el caso, aplicar contramedidas apropiadas en caso que el otro miembro no termine con la práctica del subsidio.

ii) *Subsidios amarillos o recurribles*

Son considerados subsidios recurribles aquellos que causan daño a la rama de producción nacional de otro miembro o perjuicio grave a los intereses de otro miembro o anulación o menoscabo de las ventajas concedidas directamente o indirectamente a otros miembros, en particular de las ventajas de las concesiones tarifarias.

En el caso de los subsidios recurribles, dos tipos de recursos fueron previstos: la celebración del mecanismo de consultas; o el pedido de establecimiento de un panel dentro del Mecanismo de Solución de Controversias de la OMC, con el objetivo de conseguir el fin de la práctica de subsidios.

En el caso que el subsidio estuviera causando daño a la industria doméstica, el miembro puede iniciar una investigación interna para la aplicación de medidas compensatorias, dentro de las reglas establecidas por el Acuerdo.

iii) *Subsidios verdes o no recurribles*

El Acuerdo establece que se considerarán no recurribles los siguientes subsidios: a) Los subsidios que no sean específicos; b) Los subsidios que sean específicos pero que cumplan las condiciones establecidas en el Acuerdo. El Acuerdo agrega que no serán recurribles los siguientes subsidios, aunque sean específicos: la asistencia a actividades de investigación en determinadas condiciones; la asistencia para regiones

desfavorecidas situadas en el territorio de un miembro, prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional, con determinadas condiciones de renta *per capita* y desempleo; la asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos, con determinadas condiciones.

En el caso de subsidios no recurribles, dos tipos de recursos fueron previstos en el Acuerdo. El mecanismo de consulta, cuando el miembro tenga razones para creer que tal programa ha tenido efectos desfavorables graves para su rama de producción nacional, capaces de causar un perjuicio difícilmente reparable o si fuera el caso, someter el asunto al Comité sobre Subsidios, que puede recomendar alteraciones al programa de forma de eliminar sus efectos adversos.

66. En el ámbito regional, la Decisión N°10/94 en su art. 1 estipula que: "Los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión". Si bien la redacción de la Decisión N°10/94 es anterior a la actual definición de subsidios del ASMC dada por la Ronda Uruguay, no contraría ninguna disposición del nuevo sistema de la OMC, sino que es más estricta, siendo su propósito el de la liberalización progresiva del comercio y eliminación de los obstáculos que pesan sobre el libre comercio entre las Naciones del MERCOSUR.

67. La Decisión N°10/94 contiene provisiones expresas sobre determinados incentivos a la exportación, tales como: beneficios cambiarios (art. 3), créditos de fomento y financiamiento a las exportaciones por parte de los Estados Miembros (art. 4), reintegro de impuestos indirectos (art. 5), exención del pago de tributos internos indirectos (art. 6), régimen de admisión temporaria (art. 7), depósito aduanero (art. 8), depósito industrial (art. 9) y excepciones (art. 12). La Decisión expresamente dispone en su art. 10 que "Serán considerados subsidios derivados de la aplicación de los regímenes mencionados en los Artículos 6, 7, 8 y 9 la devolución, suspensión o exención de gravámenes a la importación de mercaderías a ser utilizadas en procesos productivos de bienes de exportación cuya cuantía exceda los montos efectivamente pagados, suspendidos o eximidos".

68. A la luz de dicho marco conceptual se deberán considerar los puntos objeto de controversia.

Sistema de regulación de stock de maíz (CONAB)

69. La República Argentina alega la existencia de subsidios a la producción de carne de cerdo por parte del Brasil mediante el sistema de la CONAB de constitución y mantenimiento de stocks reguladores y estratégicos creados por la Ley No. 8171/91 y las Portarias Interministeriales 657/91 y 182/94, cuyos beneficios se trasladarían a las exportaciones de carne de cerdo.

70. La República Argentina cuestiona dicho sistema, entre otras razones, por la circunstancia de que el precio al que la CONAB vende la mercadería no guardaría relación con el que compra, lo cual determinaría la posibilidad de venta a un precio inferior al de compra, absorbiendo el Tesoro Nacional el importe de la diferencia.

71. Sin perjuicio de que no ha sido probado en el presente procedimiento arbitral que se haya producido alguna transferencia de recursos del Tesoro Nacional al CONAB en algún período concreto, sino que por el contrario de las pruebas aportadas por los Estados Partes surge que en el período enero 90 / noviembre 98 el precio interno del maíz estuvo por encima de los precios internacionales -con la excepción de unos meses (marzo/setiembre 1996)- y que tampoco fue probado de qué forma incidiría una eventual

transferencia de recursos del Tesoro Nacional en los precios de exportación de carne de cerdo, cabe igualmente realizar algunas consideraciones generales respecto del sistema, que cuestionan la existencia de subsidios no permitidos por la normativa del ASMC o del MERCOSUR.

72. En primer lugar, el sistema de la CONAB ha sido instituido con carácter general para constituir y mantener stocks reguladores y estratégicos de diversos productos agrícolas, entre los cuales se encuentra el maíz, con el objetivo de garantizar la compra al productor, asegurar el abastecimiento y regular la estabilización del precio en el mercado interno. Dicho sistema implica un cierto grado de intervencionismo del Estado Brasileño en la agricultura –que más allá de su bondad o conveniencia, o incluso de su necesidad de armonización con las políticas agropecuarias de los restantes países miembros del MERCOSUR- reviste un grado de generalidad tal que trasciende totalmente la producción y la exportación de carne de cerdo.
73. Desde un punto de vista técnico, este Tribunal debe considerar si dicho sistema constituye una política específica para los productores de carne de cerdo de Brasil, tal como lo requiere el art. 2 del ASMC, considerando si el acceso a los beneficios del sistema está limitado a ciertas empresas o ramas de producción; o si la utilización del beneficio en la práctica está circunscripto a un número limitado de empresas o si crea una situación de hecho equiparable a la de derecho.
74. Pues bien, resulta claro que el beneficio no reviste tal carácter de especificidad. La circunstancia de que la venta se realice mediante licitaciones públicas, a las cuales tienen acceso todos los operadores del mercado, incluso otros sectores de la producción nacional brasileña, como asimismo operadores de otros países de la región, descarta toda posibilidad de especificidad.
75. Este Tribunal considera que el sistema de la CONAB tampoco configura un incumplimiento del art. 11 de la Decisión N°10/94, el cual dispone que los Estados Parte “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”. Dicha norma, además de no resultar directamente aplicable al sistema de la CONAB, requiere de implementación, no siendo directamente invocable como generadora de derechos u obligaciones concretas.
76. Por los fundamentos expuestos, no se hará lugar a la reclamación del Gobierno de la República Argentina en materia de sistema de stocks públicos de maíz de la CONAB.

PROEX

77. El sistema de Programa de Financiamiento de Exportaciones (PROEX) sancionado por el Gobierno del Brasil mediante la ley N° 9.198 del 1/6/91 y posteriormente derogado por la Medida Provisoria N° 1.771-25 del 8/4/99, se halla fuera de discusión entre las partes, luego que Brasil manifestó que la Portaria MDIC 93 del 23 de marzo de 1999 “torna insubsistente el objeto de la Reclamación en lo que a ella se refiere” (Memorial presentado ante este Tribunal Arbitral).
78. El Representante de ese país, en la audiencia celebrada el día 7 de setiembre de 1999, manifestó que “el petitorio de Argentina está cumplido”, porque Brasil ha decidido no permitir la utilización del PROEX para el MERCOSUR en cualquiera de sus modalidades, esto es, sustancialmente, la de financiación a las exportaciones y la de equalización de tasas de interés, para las exportaciones de bienes de consumo en el MERCOSUR.

79. En consecuencia, corresponde resolver este aspecto de la controversia declarando que Brasil entiende cumplida la pretensión de la República Argentina al haber prohibido la utilización del Programa de Financiamiento para Exportaciones (PROEX) en cualquiera de sus modalidades, para bienes de consumo en el MERCOSUR (incluyendo las exportaciones de carnes porcinas).

Anticipo de Contrato de Cambio (ACC) y anticipo de Contrato de Exportación (ACE)

80. La República Argentina afirma que los mecanismos de financiación a las exportaciones de Anticipo de Contrato de Cambio (ACC) y Anticipo de Contrato de Exportación (ACE) creados por el Brasil, se benefician de reducciones o exenciones tributarias y de otro orden que resultan contrarias a la Decisión del CMC N°10/94.

81. El Brasil sostiene en cambio que los mecanismos de ACC y ACE son instrumentos de mercado de los bancos privados y no mecanismos de financiamiento ofrecidos por el Gobierno y no constituyen subsidios en los términos del artículo 1.1. del ASMC, no estando tampoco cubiertos por la Decisión N°10/94. Argumenta que el equívoco básico de la Reclamación argentina consiste en presuponer la naturaleza crediticia de las operaciones, cuando las ACC y ACE constituyen anticipos de entrega de valor, en moneda nacional, prevista en el contrato de compra o venta de cambio. Se trataría de la contrapartida anticipada de la obligación recíproca del exportador de entregar al banco moneda extranjera futura.

82. Este Tribunal no comparte la argumentación del carácter no crediticio de los mecanismos de ACC y ACE, en la medida que se trata de instrumentos financieros que tienen por efecto proveer financiamiento por parte de los bancos privados a los exportadores, que éstos deberán devolver al momento de cumplimiento o pago de la exportación.

83. Corresponde analizar, entonces, si las exoneraciones o reducciones tributarias establecidas por el Brasil constituyen incentivos a la exportación cubiertos por la Decisión N°10/94. Dichos beneficios consisten en la reducción de la alícuota del Impuesto a las Operaciones Financieras (IOF) del 25% a 0%, para operaciones de cambio vinculadas a exportaciones de bienes y servicios; la reducción a 0% de la alícuota de la Contribución Provisoria sobre Movimiento o Transmisión de Valores y de Créditos y Derechos de Naturaleza Financiera (CPMF) a los ACC; y la reducción a 0% de la alícuota del Impuesto a la renta sobre las ganancias en los casos de intereses y comisiones por créditos obtenidos en el exterior con destino al financiamiento de exportaciones y de intereses sobre el descuento en el exterior de títulos cambiarios de exportación y las comisiones relativas a dichos títulos. Asimismo, otro beneficio consiste en la exoneración del requisito de encaje obligatorio a las operaciones activas de ACC y ACE dispuesta por el Gobierno de Brasil, si bien el mismo ha sido suspendido.

84. El ámbito de aplicación de la Decisión N°10/94 sobre incentivos a las exportaciones está dado por su art. 1, el cual dispone: "Los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión".

85. La remisión genérica a las normas del GATT, determina que resulte necesario analizar si las exoneraciones y reducciones en cuestión, configuran subsidios en el ámbito del Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). A este respecto, el Anexo I del ASMC establece que serán considerados subsidios prohibidos la concesión por los gobiernos de créditos a los exportadores a tipos inferiores a aquellos que tienen que pagar realmente para obtener los fondos empleados con este fin (o a aquellos que

tendrían que pagar si acudiesen a los mercados internacionales de capital para obtener fondos al mismo plazo, con las condiciones de créditos y en la misma moneda que los créditos a la exportación), o el pago de la totalidad o parte de los costes en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos, en la medida que se utilicen para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación.

86. Similar disposición contiene la Decisión N°10/94, cuyo art. 4 dispone: “Los Estados Partes podrán conceder créditos de fomento y financiamiento a sus exportaciones cuando los mismos sean otorgados en condiciones, de plazos y tasas de interés, compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes”.
87. Si bien ambas normas se refieren a financiamientos otorgados por los Estados, lo cual no se da en el caso de los instrumentos de ACC y ACE, marcan igualmente un principio en cuanto al concepto de subsidio vinculado al financiamiento de exportaciones, el cual se configuraría en la medida que las condiciones de financiamiento se apartaran de las tasas de interés compatibles aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes. Parece claro, además, que no se podría realizar una violación indirecta de dichas normas internacionales. En tal caso habría subsidio, entre otros aspectos, porque el propio concepto de contribución financiera de los Estados contenido en el ASMC supone la condonación o no recaudación de ingresos públicos que en otro caso se percibirán (como en el caso de incentivos fiscales o créditos fiscales).
88. La configuración de subsidio, depende en consecuencia de elementos de hecho, vinculados en el caso al nivel de las tasas de interés efectivamente aplicadas mediante los instrumentos de ACC y ACE a las exportaciones de carne de cerdo.
89. La Decisión N° 10/94 sobre incentivos a la exportación no contiene previsiones expresas sobre los incentivos tributarios al financiamiento de las exportaciones en cuestión. Dichos aspectos se encuentran regulados, no obstante, dentro de la norma genérica contenida en el inc. 2 del art. 11, la cual dispone que los Estados Miembros 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 intraregional”. Se trata de un compromiso asumido por los Estados Miembros destinado a evitar que los incentivos no previstos en dicha norma distorsionen el desarrollo del comercio intraregional y la consolidación del mercado común, fin último del proceso de integración.
90. Dicho compromiso ha sido materializado además mediante la institucionalización del mecanismo de consultas, al cual deberán recurrir los Estados Miembros para la creación o concesión de cualquier nuevo incentivo a las exportaciones por parte de alguno de los Estados Parte, a partir del 1.1.95, así como el mantenimiento de las existentes” (Dec. N° 10/94, art. 2). Asimismo, se ha previsto un mecanismo de reclamo ante los órganos del Mercosur, mediante el cual, el Estado que se viera afectado por la aplicación de incentivos, “presentará a la Comisión de Comercio del Mercosur los elementos probatorios a fin que dicho organismo, luego de evaluar la documentación presentada y en un plazo no superior a los noventa días, eleve sus conclusiones al Grupo Mercado Común” (Dec. N° 10/94, art. 14).
91. En consecuencia, la eventualidad de que se creen nuevos incentivos a la exportación fuera de los ya expresamente previstos y regulados, o que existan diferencias entre los Estados respecto a los existentes, cuenta con un mecanismo de consulta (Dec. N°10/94 art. 2) y de un procedimiento de reclamo (Dec. N°10/94 art. 14) que tiene como finalidad evitar y procurar solucionar distorsiones al desarrollo del comercio intraregional.

92. Sin dudas, dicha actividad de coordinación de las políticas de incentivos a la exportación, así como de otras medidas de coordinación macro-económica, resulta un imperativo que los Estados Miembros deberán cumplir en ejecución de los fines del Tratado de Asunción y de compromisos concretos, a fin de poder avanzar a un estadio superior de integración como lo es un Mercado Común.
93. Desde el punto de vista del presente arbitraje, sin embargo, es 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 violación 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 (art. 25 y 26 del Protocolo de Brasilia).
94. Como vimos, dichos aspectos vinculados a la Reclamación de los particulares ha de ser objeto de prueba por el Estado Parte que presentó la reclamación, no existiendo en el caso elementos de convicción suficientes que prueben que los referidos instrumentos de financiación a las exportaciones, con los beneficios tributarios mencionados, generen perjuicio o amenaza de perjuicio a los sectores de producción de carne de cerdos de la República Argentina.
95. Tampoco se ha probado que los exportadores brasileños de cerdos 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 ACE y las tasas del mercado financiero interno. No obstante, 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 de perjuicio.
96. En función de lo anterior, este Tribunal habrá de desestimar el reclamo presentado por la República Argentina con relación a los incentivos de financiación mediante los mecanismos de ACC y ACE, por entender no suficientemente probados los perjuicios a los particulares que dieron inicio a la reclamación.

DECISION

Por lo expuesto, en virtud de los fundamentos expresados en los anteriores Considerandos, el Tribunal por unanimidad decide:

- I. Por mayoría, no hacer lugar al reclamo presentado por la República Argentina relativo a la aplicación del Sistema de la CONAB por el Brasil.
- II. Por unanimidad, declarar procedente la reclamación de la República Argentina con relación a la utilización del Programa de Financiamiento para Exportaciones (PROEX), aceptada por la República Federativa del Brasil expresamente, y en su mérito declarar, que a partir del 29 de 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 las condiciones de plazo y de tasas de interés compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes.
- III. Por unanimidad, no hacer lugar al reclamo presentado por la República Argentina con relación a los mecanismos de ACC y ACE, aplicados por la República Federativa del Brasil.

- IV. Por unanimidad, disponer que los costos y costas del proceso sean abonados de la siguiente manera: Cada Estado se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del Árbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del Mercosur, dentro de los treinta días de la notificación del laudo.
- V. Por unanimidad, disponer que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
- VI. Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur y publíquese.

Dr. Jorge Peirano Basso
Arbitro Presidente

Dr. Atilio Aníbal Alterini
Arbitro

Dr. Luiz Olavo Baptista
Arbitro

ACLARACIÓN DEL LAUDO

ACLARACION DEL LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DEL MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA RECLAMACION DE LA REPUBLICA ARGENTINA AL BRASIL, SOBRE SUBSIDIOS A LA PRODUCCION Y EXPORTACION DE CARNE DE CERDO.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de octubre de 1999, el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR que entiende en la reclamación de la República Argentina al Brasil sobre "Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo", se reúne para considerar la solicitud de aclaración presentada por la República Argentina al Laudo Arbitral dictado con fecha 27 de setiembre de 1999.

Luego de analizar las aclaraciones solicitadas relativas a los seis puntos objeto de este recurso, el Tribunal por unanimidad decide:

A los puntos 1.1, 1.2 y 1.3: A su juicio, de los fundamentos del laudo expresados en los apartados 31, 43 y 47 resulta claro que el Tribunal hizo referencia concreta a las etapas previstas (negociación diplomática) como previas al arbitraje en el Protocolo de Ouro Preto (art 21 y Anexo), integrado al Protocolo de Brasilia, instrumento para la Solución de Controversias en el MERCOSUR.

A los puntos 2.1 y 2.2 Conforme a los fundamentos del laudo:

- a) el Tribunal considera que el objeto de la controversia queda definido por la reclamación original (apartados 44 y 47)
- b) los alcances del artículo 11 de las Reglas de Procedimiento de este Tribunal están precisados en el apartado 45, donde se expresa que las Partes , con posterioridad a su reclamación u oposición tienen derecho a complementar y a profundizar la argumentación en que basan su argumentación a su oposición, lo cual concierne al ejercicio del derecho de defensa
- c) la presentación formal del reclamo a que se alude en el apartado 51 implica la necesidad de realizar un petitorio claro y expresado sobre la pretensión.

Al punto 3. A juicio del Tribunal es claro que en el apartado 74 del laudo el Tribunal entendió que el concepto de subsidio requiere la especificidad, según lo previsto en el artículo 2 del ASMC de la OMC.

A los puntos 4.1 y 4.2 : El Tribunal considera que lo solicitado en estos puntos excede el objeto del recurso por cuanto no constituye una aclaración del mismo ni una interpretación sobre la forma que deberá cumplirse (artículo 22, inciso 1 del Protocolo de Brasilia).

A los puntos 5.1 y 5.2 Conforme a los fundamentos del laudo, el Tribunal señaló en el apartado 88, que la configuración del subsidio depende de elementos de hecho, en el apartado 87 entendió que no es admisible una violación indirecta de normas internacionales y concretamente con referencia a los instrumentos de ACC y de ACE a las exportaciones de carne de cerdo, en el apartado 88 consideró que la configuración del subsidio depende de elementos de hecho, vinculados en el caso al nivel de tasas de interés efectivamente aplicadas.

A los puntos 6.1, 6.2, 6.3 y 6.4: Es claro conforme a los fundamentos del laudo, que el Tribunal entendió que el artículo 11 de la Decisión CMC 10/94 requiere de implementación

(apartados 75 y 90) y que también entendió que no es directamente aplicable como generadora de derechos u obligaciones concretas (apartado 75) lo cual no significa que carezca de todo valor (apartado 55) pues es preciso evitar que los incentivos no previstos expresamente “distorsionen el desarrollo del comercio interregional y la consolidación del mercado común, fin último del proceso de integración (apartado 89 y 92).

La implementación a que hace referencia el laudo también se vincula a las necesarias negociaciones entre los Estados Partes para acordar políticas e instrumentos comunes en la materia, como lo dispone el Tratado de Asunción, que constituye el modo adecuado para alcanzar el objetivo de no frustrar la aplicación de la normas MERCOSUR, expresamente señalado en el apartado 55 del laudo.

En consecuencia por unanimidad dictamina lo que antecede, dejando de tal modo resuelto el pedido de aclaraciones planteado por la República Argentina.

También por unanimidad se dispone que las actuaciones correspondientes al pedido de aclaraciones que se resuelve sean agregadas al expediente principal y archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y que esta resolución sea notificada a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publicada sin mas trámite junto con el laudo.

Dr. Jorge Peirano Basso

ArbitroPresidente

Dr. Atilio Aníbal Alterini

Arbitro

Dr. Luiz Olavo Baptista

Arbitro

LAUDO III

LAUDO ARBITRAL

En la ciudad de Colonia, República Oriental del Uruguay, a los 10 días del mes de marzo de dos mil.

VISTO:

Para laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Federativa del Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre **“APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA SOBRE PRODUCTOS TEXTILES (RES. 861/99) DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS”**

I. RESULTANDO:

A. El Tribunal Arbitral

El Tribunal Arbitral, constituido para entender en la presente controversia, de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR de fecha 17 de diciembre de 1991, se encuentra integrado por los árbitros Gary N. Horlick de los Estados Unidos de América (Presidente del Tribunal), el Dr. José Carlos de Magalhaes de la República Federativa del Brasil y el Dr. Raúl E. Vinuesa de la República Argentina.

El Presidente fue debidamente notificado de su designación y el Tribunal quedó constituido, instalado y en funciones el 30 de diciembre de 1999. En la misma fecha, el Tribunal adoptó sus reglas de procedimiento. Invitó a las partes a designar respectivamente a sus Representantes y a constituir sus domicilios legales. Invitó asimismo a las Partes a someter al Tribunal sus escritos de presentación y de respuesta. Las representaciones quedaron acreditadas y los domicilios constituidos.

Los escritos fueron presentados y recibidos por el Tribunal dentro de los plazos previstos, haciéndolos conocer, cada escrito a la otra Parte. Las pruebas documentales presentadas por cada Parte fueron admitidas, comunicadas a la otra Parte y agregadas al expediente. El Tribunal formuló preguntas por escrito a ambas Partes. Dos de las preguntas fueron, a pedido del Tribunal, contestadas por escrito y las demás preguntas debían servir de orientación para las argumentaciones de las Partes durante la audiencia oral convocada para el día 23 de febrero de 2000 en la sede de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay. Las Partes fueron escuchadas en la Audiencia y el Tribunal formuló preguntas que fueron respondidas por ambas Partes. El Tribunal ordenó la presentación escrita de los resúmenes de las posiciones de cada Parte en conformidad con el artículo 15.2 de su Reglamento. Recibidos ambos escritos, el Tribunal se abocó a la elaboración del Laudo Arbitral.

Las notificaciones y comunicaciones a las Partes, así como el recibo de los escritos y comunicaciones de las Partes, fueron realizados por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Con fecha 9 de febrero de 2000 el Tribunal decidió hacer uso de la prórroga por treinta días del plazo para expedirse, notificando a las Partes, de conformidad con el artículo 20 del Protocolo de Brasilia y el artículo 17(1) de su Reglamento.

Las actuaciones del Tribunal que preceden a este Laudo Arbitral, consignadas en Actas y anexos a las Actas de acuerdo con las Reglas de Procedimiento, corren agregadas a estos autos.

B. Representantes de las Partes

La República Federativa de Brasil ha designado como su principal representante al Sr. Carlos Marcio Cozendey, y la República Argentina ha designado como su representante principal al Sr. Adrián Makuc.

C. Alegaciones de las Partes

1. Reclamo de la República Federativa de Brasil

Brasil afirma que la Resolución 861/99, que establece cupos anuales sobre textiles de algodón de Brasil, es una medida contraria e incompatible con el libre comercio acordado entre los Estados Miembros del MERCOSUR. Brasil argumenta que la medida tiene carácter discriminatorio porque favorece a otros países fuera de la unión aduanera en detrimento de Brasil. Además, Brasil también considera la medida incompatible con las condiciones establecidas en el Acuerdo sobre Textiles y el Vestido ("ATV") de la Organización Mundial de Comercio ("OMC") porque conforme a la recomendación del Organismo de Supervisión de los Textiles ("OST"), Argentina debe suspender la aplicación de la medida. Brasil invocó sus argumentos basándose en la documental que acompañó como fundamento legal de su reclamación, a saber:

a. El Anexo I al Tratado de Asunción (TA), que incluye el Programa de Liberación Comercial integrado en el sistema legal de la *Asociación Latinoamericana de Integración* ("ALADI"), a través del *Acuerdo de Complementación Económica 18* ("ACE-18"). El Artículo 1 del Anexo I al 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";

b. El Artículo 1 del Anexo IV (Cláusula de Salvaguardia) al Tratado de Asunción declara que "Cada Estado Parte podrá aplicar, hasta el 31 de diciembre de 1994, cláusulas de salvaguardia a la importación de los productos que se beneficien del Programa de Liberación Comercial establecido en el ámbito del Tratado";

c. El Artículo 5 del Anexo IV (Cláusulas de Salvaguardia) al tratado de Asunción establece que "En ningún caso la aplicación de cláusulas de salvaguardia podrán extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994";

d. El Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera que modificó el Programa de Liberación Comercial. El Régimen de Adecuación Final se encuentra definido en la Decisión 5/94 del Consejo del Mercado Común y en la Resolución 48/94 del Grupo del Mercado Común. Estos instrumentos consisten en lo siguiente:

i. los productos comprendidos en las Listas de Excepciones, podrán gozar de un plazo final de desgravación, lineal y automático, partiendo de los respectivos aranceles nominales totales vigentes a la fecha. Dicho plazo tendrá una duración de cuatro años para la Argentina y Brasil y de cinco años para el Paraguay y Uruguay, contados a partir del 1 de enero de 1995.

ii. los productos sujetos al Régimen de Salvaguardias del Tratado de Asunción, podrán gozar de un plazo final de desgravación, lineal y automático, partiendo de los respectivos aranceles nominales totales

vigentes a la fecha, manteniendo el libre comercio al actual nivel de acceso. Dicho plazo tendrá una duración de cuatro años, contados a partir del 1 de enero de 1995 para todos los Estados Partes.

e. En diciembre de 1994, cuando las reglas para la estructura de la unión aduanera fueron redefinidas, el ATV ya había sido firmado como parte de los Acuerdos de Marrakesh. Los Estados Miembros del MERCOSUR no acordaron la aplicación del ATV como instrumento regulador del comercio intra-MERCOSUR. Como prueba de su posición, Brasil cita la Resolución 124/94 del Grupo del Mercado Común que define las actividades del Comité Técnico del Sector de Textiles N° 10 ("CT-10"). Brasil argumenta que la Resolución 124/94 se limita al comercio extra-zona y que el CT-10 debería considerar el Acuerdo de Marrakesh solamente con respecto a las transacciones con otros países (no Miembros del MERCOSUR) ya que los Miembros del MERCOSUR estaban sujetos al Régimen de Adecuación Final;

f. El Artículo 81 del Reglamento Común de Salvaguardia, aprobado por la Decisión 17/96 del Consejo del Mercado Común, es utilizado por Argentina como el fundamento legal para la aplicación de la Resolución 861/99. El Artículo 81 expresa, "En los casos de los productos agrícolas y de los productos textiles, se aplicarán, cuando correspondiere, las disposiciones del Acuerdo sobre Agricultura y del Acuerdo sobre Textiles y Vestido de la OMC". Brasil entiende que:

i. La Decisión 17/96 se refiere a la aplicación de medidas de salvaguardia frente a terceros países (no Miembros del MERCOSUR);

ii. La Decisión 17/96 no estaba en vigor cuando la Resolución 861/99 fue adoptada porque ésta decisión no fue incorporada en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes;

iii. El Artículo 98 de la Decisión 17/96 establece que "cuando fueran aplicadas medidas de salvaguardia de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 90, se excluirán de las mismás las importaciones originarias de los Estados Partes".

g. La Resolución 124/94 del Grupo del Mercado Común crea el Comité Técnico del Sector Textil para estudiar la conveniencia de una política común de importación para el sector de textiles. El Artículo 2 de la Resolución establece que "En tanto no se defina una política común de importación para el sector textil, los países podrán aplicar medidas frente a importaciones de extra-zona de textiles...". Además, el considerando de la Resolución 124/94 expresa que " Las particularidades del comercio internacional del sector textil y su reglamentación en los foros internacionales, recomiendan el examen de la posibilidad de una política de importación específica para ese sector que sea complementaria al Arancel Externo Común ("AEC)". Brasil entiende que la referencia al AEC es indicativa de que la Resolución se refiere a una política de importación frente a terceros países. Brasil sustenta esta afirmación basándose en el título de la Resolución, "Sector Textil – Comercio Extra-zona".

h. La Directiva 14/96 de la Comisión de Comercio (CCM) modificó y prorrogó el mandato del CT-10. De acuerdo con el Artículo 1, ítem II de la Directiva, el Comité debería acompañar y promover la eliminación de los obstáculos al flujo comercial intra-zona de textiles.

i. El Acta N° 2/96 registró la reunión del CT-10 de Río de Janeiro constatando el compromiso de ambas delegaciones para remover y/o no implementar medidas de carácter administrativo que tengan impacto en el comercio intra-zona.

En su petitorio Brasil solicita al Tribunal que declare la incompatibilidad de las normas del MERCOSUR con la aplicación por un Estado Parte del MERCOSUR de medidas de salvaguardia de cualquier naturaleza a las importaciones provenientes de otro Estado Parte del MERCOSUR. La reclamante también solicita que el Tribunal declare la incompatibilidad con las normas del MERCOSUR de la aplicación por un Estado Parte del MERCOSUR de salvaguardias con base en el ATV de la OMC a las importaciones provenientes de otro Estado Parte. Finalmente, Brasil requiere que el Tribunal disponga que el Gobierno Argentino revoque inmediatamente la Resolución 861/99 y los actos administrativos concordantes.

2. Respuesta de la República Argentina

Como una cuestión de previo y especial pronunciamiento, la República Argentina considera que el régimen de solución de controversias del MERCOSUR (Protocolo de Brasilia) no es de aplicación al presente caso en razón de que Argentina entiende que no hay conflicto de normas o de interpretación de normas del MERCOSUR. De acuerdo con Argentina, no hay norma en el MERCOSUR que regule el objeto de la controversia sobre examen (la aplicación de salvaguardia sobre productos textiles de un Estado Miembro) y por lo tanto, no hay conflicto. En consecuencia, la inexistencia de normas en el MERCOSUR que regulen una materia determinada, posibilita a los países el aplicar sus respectivas legislaciones nacionales en el área pertinente hasta tanto los órganos del MERCOSUR dicten normativa común. Argentina incorporó a su ordenamiento jurídico el ATV mediante la Ley N° 24.425.

En su respuesta, Argentina invocó sus argumentos basándose en la documental que acompañó, como fundamento legal de su posición, a saber:

a. Anexo IV al Tratado de Asunción. Argentina considera correcta la afirmación de Brasil que el Anexo IV al TA regula el tema de las salvaguardias intra-MERCOSUR, disponiendo que cada Estado podrá aplicar, hasta el 31 de diciembre de 1994, cláusulas de salvaguardia. No obstante Argentina sostiene que no es cierta la afirmación de Brasil que a partir del 1 de enero de 1995 se encuentra prohibida la aplicación de salvaguardias intra-zona. Como sustento de su posición, Argentina cita dos decisiones que establecen salvaguardias:

i. La Decisión 7/94 ("Arancel Externo Común") del Grupo del Mercado Común establece la posibilidad de aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos incluidos en la Lista de Excepciones en caso de un súbito incremento de las exportaciones de estos productos, que impliquen daño o amenaza de daño grave, hasta el año 2001;

ii. Decisión 8/94 ("Zonas Francas, Zonas de Procesamiento de Exportaciones Y Areas Aduaneras Especiales") del Grupo del Mercado Común, dispone sobre la posibilidad de aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos provenientes de zonas francas comerciales, zonas francas industriales, de zonas de procesamiento de exportaciones y de áreas aduaneras especiales cuando sus importaciones impliquen un aumento imprevisto de importaciones que cause daño o amenaza de daño.

Argentina considera que las provisiones de estas dos decisiones modifican el Tratado de Asunción y prevalecen sobre el Tratado de acuerdo con el Artículo 53 del Protocolo de Ouro Preto.

b. Argentina afirma que existe un órgano en el MERCOSUR (CT-10) que fue creado con funciones relativas a temás relacionados al sector textil. El CT-10 fue creado para hacer recomendaciones sobre política comercial "tomando en consideración

los Acuerdos de Marrakesh” (Directiva CCM 1/95). Argentina argumenta que desde que los Estados Miembros no se manifestaran sobre las salvaguardias, un “vacío legal” fue creado sobre el tema de salvaguardia respecto a productos textiles.

c. Argentina cuestionó la afirmación de Brasil sobre el hecho de que las medidas de salvaguardia no pueden coexistir en una unión aduanera. Argentina sostiene que el tema es controvertido en el ámbito del GATT/OMC, donde el Artículo XXIV:8 del GATT 1994 define las uniones aduaneras afirmando que son compatibles con las reglas multilaterales. El Artículo XXIV: 8(a) define a una unión aduanera como “la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera que los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas sean eliminados con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión”. Argentina enfatiza que la interpretación de la expresión “lo esencial de los intercambios” es controvertida y por lo tanto puede ser interpretada en forma cuantitativa o cualitativa. Así es que el argumento para la aplicación de salvaguardias intra-zona se refiere a que la obligación de eliminar derechos aduaneros y reglamentaciones restrictivas del comercio entre los Miembros de una unión aduanera es aplicable a “lo esencial del intercambio” entre los Miembros y no a “todo el intercambio” entre Miembros de una unión aduanera. Argentina cita algunas provisiones de salvaguardia en la Unión Europea (“UE”) y afirma que la UE solo eliminó salvaguardias intra-zona cuando se transformó en una unión monetaria.

d. Argentina afirma que existe una distinción relevante en el ámbito del MERCOSUR entre las salvaguardias del Artículo XIX del GATT 1994 y las salvaguardias en el Artículo 6 del ATV. De acuerdo con Argentina, el Artículo 6 del ATV creó un mecanismo específico de transición para textiles que permitió la aplicación de medidas de salvaguardia en el comercio de textiles. Los Estados Miembros del MERCOSUR, también Miembros de la OMC, tienen el derecho de aplicar salvaguardias frente a terceros países y, en la medida que no existen compromisos posteriores en el MERCOSUR sobre ese tipo de salvaguardias, ellas rigen también en el comercio intra-MERCOSUR. Esto es uno de los fundamentos legales de la Resolución 861/99. Argentina agrega además que la posición que adoptó en una controversia de la OMC en que excluyó las importaciones del MERCOSUR de la aplicación de las salvaguardias al calzado tenía base en el Artículo XIX del GATT 1994, que no permite discriminación de origen. Argentina entiende que existe una diferencia entre salvaguardias generales en el Artículo XIX del GATT 1994 que son aplicables a todos los países y las salvaguardias específicas para el sector textil previstas en el Artículo 6 del ATV que es aplicable Miembro por Miembro. Las medidas autorizadas por el Artículo 6 del ATV no están prohibidas por disposiciones del MERCOSUR y, por lo tanto, son aplicables en el comercio intra-zona.

e. Argentina sostiene que la integración del sector de textiles al libre comercio es parcial, en tanto que sólo a fines de 1999 se completó el desmantelamiento arancelario y continúan aplicándose restricciones no arancelarias al comercio intra-zona para los productos textiles. En materia de libre comercio, Argentina distingue tres grupos diferenciados:

- i. la mayor parte del universo arancelario que goza del libre comercio intra-zona con eliminación de restricciones arancelarias y no-arancelarias;
- ii. los sectores automotriz y azucarero que están temporariamente excluidos de esa liberación;

- iii. los productos textiles que tienen un tratamiento especial y están sujetos a ciertos instrumentos aplicados por los cuatro Estados Miembros.

Argentina llama la atención sobre el hecho de que la adopción de una medida no-arancelaria (de naturaleza cuantitativa), - Resolución 861/99 - no afectó el tratamiento preferencial que se otorgó a los productos textiles brasileños.

f. Argentina no comparte la afirmación brasileña sobre los alcances de la Resolución 124/94 como limitada al comercio extra-zona. Argentina sostiene su posición argumentando que el Artículo 6 de la Resolución dispone que "no se cobrarán derechos específicos en el comercio intra-MERCOSUR para el intercambio de productos del sector textil". Además Argentina niega lo afirmado por Brasil al considerar que la implementación del AEC lleva a la conclusión de que el sector textil está integrado a la unión aduanera. Argentina señala el hecho de que el libre comercio intra-zona no está limitado a la existencia de un arancel externo común. La integración del sector textil al libre comercio se realizó a través de la eliminación de aranceles y los Estados continúan con instrumentos no-arancelarios que afectan el flujo del comercio en la región. Para Argentina una evidencia de que persisten obstáculos intra-zona se encuentra en la Directiva CCM 14/96 que instruye el CT-10 a acompañar y promover la remoción de obstáculos en el flujo de comercio de textiles intra-zona.

g. Argentina también sostiene que no existe una política comercial común para el sector de textiles porque cada Estado aplica una política diferenciada de la que utilizan sus socios del MERCOSUR.

h. Argentina presenta fundamentos jurídicos de derecho internacional como parte de su defensa. Sostiene que los Estados Miembros del MERCOSUR están también sometidos a la observancia de la normativa de la OMC. Las reglas del MERCOSUR no excluyen las disposiciones multilaterales. Si un tema ha sido objeto de regulación entre los países del MERCOSUR con reglas que profundizan los compromisos OMC, ellas obligan a los socios y prevalecen sobre las reglas multilaterales. Sin embargo, si una materia no ha sido regulada en el MERCOSUR, los Estados Partes tienen el derecho a aplicar los instrumentos previstos en el ordenamiento OMC. De 1991 hasta 1994 las salvaguardias intra-zona estuvieron reguladas en el MERCOSUR por el Anexo IV del Tratado de Asunción. En 1995, los Acuerdos de Marrakesh entraron en vigor (incluyendo el ATV). En razón de la inexistencia de normas específicas sobre salvaguardias de textiles en el MERCOSUR, las reglas del ATV son de aplicación.

i. En conclusión, Argentina se refiere al principio de la especialidad. Conforme a ese principio, una norma específica prevalece sobre una norma general. Así es que, cuando el Artículo 4 de la Resolución 124/94 creó el Comité Técnico, se estableció que este Comité debía tomar en cuenta las reglas y normas vigentes en los acuerdos multilaterales, el nuevo acuerdo emanado de la Ronda Uruguay del GATT (Acta de Marrakesh) y la entrada en vigencia de la OMC. Después de 1994, no hubo en el MERCOSUR negociaciones sobre salvaguardias para el sector textil, por lo que entraron en vigencia para los Estados Partes las reglas acordadas en el ATV. Con base al principio de especialidad, la siguiente situación se presenta:

- i. el Anexo IV del TA permitió la aplicación de salvaguardias hasta fines de 1994;
- ii. Después de 1994, MERCOSUR no adoptó normativa alguna sobre este tema, generándose así un "vacío legal";

iii. Posteriormente, los Acuerdos de Marrakesh (incluyendo al ATV) entraron en vigor y establecieron reglas sobre salvaguardia sobre textiles que fueron incorporadas en la legislación doméstica de Argentina (Ley N° 24.425 y Decreto 1059/96);

iv. Las disposiciones del ATV configuran normas especiales que, confrontadas a la existencia de un “vacío legal” en MERCOSUR en materia de textiles, quedan legitimadas para ser aplicadas al comercio intra-zona.

Argentina finalmente concluye que la aplicación de salvaguardias intra-regional es compatible con la existencia de una unión aduanera; hasta la fecha en el comercio intra-zona la integración del sector textil ha sido parcial, limitándose a la eliminación arancelaria, y manteniéndose instrumentos de naturaleza no arancelaria; con relación al comercio con terceros países, ha resultado imposible a los Estados Parte acordar siquiera las bases de una política comercial común para el sector textil; no habiendo en el MERCOSUR disposiciones sobre salvaguardias textiles, son de aplicación las reglas del Artículo 6 del ATV; la especialidad de la salvaguardia regulada por el Artículo 6 del ATV cubre el vacío legal derivado de la inexistencia de la normativa MERCOSUR.

Argentina solicitó al Tribunal que declare improcedentes las pretensiones brasileñas relativas a: i) la incompatibilidad con las normas MERCOSUR de la aplicación por un Estado Parte de medidas de salvaguardia de cualquier naturaleza a las importaciones provenientes de otro Estado Parte del MERCOSUR y ii) la incompatibilidad con las normas MERCOSUR de la aplicación por un Estado Parte de salvaguardias con base en el ATV de la OMC a las importaciones provenientes de otros Estados Parte del MERCOSUR. Argentina fundamenta esta parte de su petitorio en razón de que estas cuestiones exceden el objeto de la controversia. Finalmente, solicita Argentina que el Tribunal rechace la pretensión brasileña relativa a la derogación de la Resolución 861/99 del MEyOSP.

II. CUESTION PRELIMINAR

A. Definición de la controversia.

Como cuestión preliminar, Argentina plantea ante el Tribunal que no existe disputa o controversia a ser resuelta en el presente caso. De acuerdo con la posición de Argentina, no hay normas en el sistema del MERCOSUR que regulen el objeto de la presente controversia relativa a la medida adoptada por la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos por la que se establecen cuotas anuales a las importaciones de textiles de algodón desde Brasil. En cambio, esta medida fue adoptada como una salvaguardia transitoria que está contemplada por el Artículo 6 del ATV. En consecuencia, Argentina sostiene que la ausencia de normas dentro de MERCOSUR que regulen esta materia específica demuestra que tampoco existe obligación para los Estados Miembros sobre el particular. Desde el punto de vista de Argentina, si no hay obligación bajo MERCOSUR no puede haber incumplimiento bajo la normativa MERCOSUR y por lo tanto el Tribunal no tiene jurisdicción.

En orden a considerar la cuestión preliminar presentada por Argentina, el Tribunal entiende que en primer lugar deberá definir qué es una “controversia” dentro del ordenamiento jurídico del MERCOSUR. Sobre el particular el Tribunal evaluó tanto el contenido de los acuerdos primarios, como el de las decisiones y resoluciones del sistema MERCOSUR con el objeto de encontrar una definición adecuada de “controversia”. El Tribunal llegó a la conclusión de que tal definición no existe en el Tratado de Asunción, ni en el derecho derivado de ese Tratado. El Tribunal entonces se basó para lograr una definición apropiada de “controversia” en el Artículo 19 del Protocolo de Brasilia que establece que:

“El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia.”

Así es que el Tribunal se ve compelido a buscar una definición de “controversia” fuera del marco regulatorio expreso del MERCOSUR pero dentro del contexto general de los principios y disposiciones aplicables del derecho internacional aplicables a toda controversia surgida en el ámbito del MERCOSUR.

En este sentido el Tribunal encuentra que la Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”) 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”.¹ Esta noción de “controversia” fue reiterada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en los casos *Camerún Septentrional*,² en el caso sobre *la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de la ONU*,³ y en el caso del *Timor Oriental*.⁴ Asimismo la CIJ en el caso del *Africa Sudoccidental* también sostuvo que para determinar la existencia de una controversia hay que demostrar que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra.⁵ Por su parte, El Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento (“Banco Mundial”), siguiendo una clara práctica consuetudinaria en materia de arbitrajes internacionales, al referirse a qué es una controversia internacional expresó que es aquella concerniente a la existencia o no de un derecho o de una obligación.⁶

En consecuencia de la aplicación de los principios del derecho internacional para determinar la existencia de una controversia, como fueran expresados en los precedentes antes citados, el Tribunal entiende que, en el presente caso la reclamación de Brasil y la respuesta de Argentina se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación; que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra y que existe un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la licitud o no de la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía de Argentina con relación a la normativa MERCOSUR.

El Tribunal entiende que la controversia en su conjunto radica en la interpretación de la normativa MERCOSUR respecto al tratamiento de los productos textiles y si las salvaguardias están permitidas bajo la unión aduanera. Así es que el Tribunal se encuentra frente a diferentes posiciones de las partes en cuanto a la interpretación, aplicación y observancia de distintas disposiciones dentro del MERCOSUR, a saber:

¹ *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, PCIJ, Serie A, n. 2, p. 11; “a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties”.

² ICJ Reports 1963, p. 27.

³ ICJ Reports 1988, p. 27, parág. 35.

⁴ ICJ Reports 1995, p. 99.

⁵ ICJ Reports 1962, p. 328. “In order to establish the existence of a dispute, “*It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other*”.

⁶ Doc. ICSID/2, Marzo 18, 1965, p.9 para 26. Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States.

1. Anexo IV del TA. Brasil lo interpreta como una clara prohibición de la aplicación de salvaguardias después del 1 de enero de 1995. Argentina argumenta que puede haber salvaguardias dentro del MERCOSUR después del 1 de enero de 1995;⁷

2. Tratamiento del sector textil dentro del MERCOSUR. Brasil sostiene que los productos textiles están cubiertos bajo tres sistemas de protección (Listas de Excepciones, Régimen de Salvaguardias, Programa de Adecuación Final). Argentina sostiene que los productos textiles alcanzados por la Resolución 861/99 no estaban cubiertos por un sistema de protección;⁸

3. Otras diferencias de interpretación. Coexistencia de salvaguardias con una unión aduanera,⁹ la integración del sector textil a la unión aduanera,¹⁰ interpretación de la Resolución 124/94.¹¹

Por todo lo hasta aquí expresado, el Tribunal concluye que las diferentes posiciones asumidas por las partes con respecto a salvaguardias aplicadas por Argentina con relación a la normativa MERCOSUR antes mencionada, son suficiente evidencia para considerar que la presente controversia cae dentro del sistema de solución de controversias previsto por el Protocolo de Brasilia.

B. Jurisdicción del Tribunal respecto a las normas MERCOSUR sobre comercio de textiles.

Una vez que el Tribunal determinó que una controversia, como fuera definida por la jurisprudencia internacional, existe en el presente caso, el Tribunal pasa a examinar la cuestión preliminar presentada por Argentina sobre la ausencia de normas MERCOSUR que regulan salvaguardias sobre productos textiles y la consiguiente ausencia o no de una obligación sobre esta materia. El Tribunal entiende que la cuestión de si MERCOSUR expresamente permite o no la aplicación de medidas de salvaguardias bajo el derecho MERCOSUR y de si hay o no, una obligación que se desprende de esas disposiciones, es una cuestión que debe ser considerada y decidida como una cuestión de fondo y no como una cuestión preliminar.

C. Relevancia de los informes del Órgano de Supervisión de Textiles (“OST”).

Como cuestión preliminar final, el Tribunal encuentra apropiado el decidir sobre la relevancia para el presente caso de las intervenciones ante el OST de la OMC. Brasil presentó como Anexo III de su escrito de reclamación los informes producidos por el OST elaborados como consecuencia de la intervención de ese Organo al considerar si las medidas bajo la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía de Argentina estaban en conformidad con las condiciones establecidas por el ATV de la OMC. De acuerdo a los informes del OST, a ese Organo le fue requerido el examinar la información fáctica y los datos presentados por Argentina para la determinación de si Argentina satisfacía o no los requerimientos para aplicar salvaguardias contra textiles de algodón del Brasil, de conformidad con el ATV. La controversia traída ante este Tribunal se refiere a la cuestión de si las medidas de salvaguardia aplicadas por Argentina en referencia al Artículo 6 del ATV son compatibles con las normas MERCOSUR. Por lo tanto, después de examinar los Informes del OST fechados en Octubre 29 de 1999 y en Diciembre 17 de 1999, el Tribunal ha llegado a la conclusión que

⁷ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 11.

⁸ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 12.

⁹ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 13.

¹⁰ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 16.

¹¹ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 17.

el contenido de los Informes del OST no son relevantes respecto a la cuestión de si las salvaguardias sobre textiles están o no permitidas por la normativa MERCOSUR.

III. CONSIDERANDO

A. Introducción

El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad al Protocolo de Brasilia, a su Reglamentación y al Protocolo de Ouro Preto, y se han cumplido con todos los términos y condiciones establecidas en estos instrumentos a efectos de que se diera comienzo a las presentes actuaciones arbitrales. Las etapas previas al arbitraje, prescritas en las normas relativas a la solución de controversias de los Protocolos de Brasilia y Ouro Preto, fueron debidamente cumplimentadas. La primera etapa consistió en negociaciones directas que comenzaron con el requerimiento de Brasil de fecha 23 de Julio de 1999 y con las negociaciones directas que tuvieron lugar el 5 de Agosto de 1999. En esta etapa no fue posible arribar a solución alguna. La segunda etapa comenzó con el requerimiento de Brasil ante el Grupo Mercado Común de fecha 15 de Setiembre de 1999 relativo a que la cuestión fuera incluida para su examen en la Agenda de la Reunión XXXV del Grupo Mercado Común. La XXXV Reunión del Grupo Mercado Común que tuvo lugar el 28 y 29 de Setiembre de 1999 estudió la cuestión sin llegar a ninguna solución. El 13 de Noviembre de 1999 el Gobierno de Brasil solicitó la constitución del Tribunal Arbitral.

Las actuaciones del Tribunal fueron registradas por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y fueron realizadas de conformidad con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y sus propias Reglas de Procedimiento. Ambas partes presentaron en tiempo oportuno argumentaciones sumamente relevantes en sus respectivas presentaciones y cumplieron con los términos establecidos para producir pruebas y para responder a las preguntas formuladas por el Tribunal. Las actuaciones de las Partes se efectuaron de conformidad con los instrumentos legales MERCOSUR antes mencionados. En consecuencia, y teniendo en cuenta los alcances previstos por el Artículo 20 del Protocolo de Brasilia, el Tribunal tiene plena capacidad para adoptar este Laudo en el presente caso con la forma y con los efectos y alcances establecidos por los Artículos 20 y 21 del Protocolo de Brasilia y por el Artículo 22 de su Reglamento.

B. Objeto de la controversia

El objeto de la presente controversia es el desacuerdo entre las Partes respecto a la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía de la República Argentina, los actos administrativos que en su consecuencia fueron implementados, y si estos están en conformidad con la normativa MERCOSUR.¹² La Resolución 861/99 autoriza la aplicación de medidas de salvaguardias por parte de Argentina sobre la importación de determinados productos textiles. El 13 de Julio de 1999 el Ministerio de Economía de Argentina publicó la Resolución 861/99 imponiendo medidas de salvaguardias bajo la forma de cuotas anuales de importación de textiles de algodón provenientes de la República Federativa del Brasil. La Resolución entró en vigor el 31 de Julio de 1999 y tiene una vigencia de tres años.

Las cuotas están detalladas en el anexo de la Resolución y comprenden los productos bajo los Capítulos 52, 54, 55 y 58 de la Nomenclatura Arancelaria MERCOSUR. En la aplicación de las medidas de salvaguardias, el Gobierno Argentino dividió los productos en cinco categorías: i) categoría 218 (“tejidos de hilados de distintos colores”); ii) categorías 219/220 (“duck/tejidos de ligamento especial”); iii) categoría 224 (“tejidos aterciopelados o nucleados”); iv) categorías 313/317 (“telas para sábanas/sarga”); v) categorías 613/617/627 (“tejidos de sabanería, sarga y satén/tejidos de mezcla de fibra discontinua y filamento”).

¹² Escrito de presentación de Brasil, pg. 3.

Para la categoría 218 se estableció una cuota anual de 390.760 Kg. Para las categorías 219/220 se estableció una cuota anual de 147.610 Kg. Para la categoría 224 se estableció una cuota anual de 769.175 Kg. Para las categorías 313/317 se estableció una cuota anual de 4.626.136 Kg. Para las categorías 613/617/627 se estableció una cuota anual de 513.947 Kg.

Los considerandos de la Resolución expresan que la medida fue tomada basándose en el ATV y que el Artículo 81 de la Decisión 17/96 (Reglamento sobre Salvaguardias aplicables a Estados no miembros de MERCOSUR) establece que con respecto a textiles las normas del ATV son aplicables.

En el escrito de Reclamación de Brasil, el objeto de la controversia se describe de la siguiente forma:

1. Que la medida es contraria al libre comercio acordado entre los Estados Miembros de MERCOSUR;
2. Que la medida es discriminatoria porque no fue invocada contra otros Estados que exportan textiles a la Argentina y que no son miembros de MERCOSUR;¹³ y
3. Que la medida no es compatible con las condiciones establecidas en el ATV y que el OST ha recomendado que Argentina retire las medidas.

En respuesta, Argentina considera que el objeto definido por Brasil es inconsistente con el objeto declarado en las etapas previas del proceso de solución de controversias. Argentina sostiene que las cuestiones presentadas bajo el título de "Objeto da Reclamação" en el escrito de reclamación de Brasil son más extensas de lo que Brasil ha especificado en las primeras etapas para la resolución de esta controversia. Sobre el particular, el Tribunal recuerda que el Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia establece que:

"El objeto de la controversia entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente."

El Tribunal interpreta este artículo en el sentido de que el reclamante y/o reclamado pueden definir el objeto de la controversia hasta y no más allá de la presentación de los escritos de reclamación y/o de respuesta. Guiados por el Artículo 28, las Partes establecieron el objeto de la disputa en los escritos de presentación y respuesta. El Artículo 28 exige al Tribunal el examinar el contenido completo de las dos presentaciones, inclusive el "Petitorio". El objeto de la presente controversia es el descrito en la presentación de Brasil y la respuesta de Argentina. La objeción Argentina a la definición del objeto de la controversia por parte de Brasil no es consistente con el Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia en razón de que Brasil definió el objeto de la controversia en el escrito de presentación, por lo tanto el Tribunal no tomará en consideración la antedicha objeción.

C. Contexto para la interpretación de la normativa MERCOSUR.

El punto de partida para la interpretación a que se aboca el Tribunal se relaciona con la determinación de las fuentes relevantes del derecho aplicable como fueran establecidas en el Artículo 19 párrafo 1 del Protocolo de Brasilia antes citado.

¹³ Importaciones de Brasil y sólo importaciones de Pakistán y China están sujetas a la medida de salvaguardia de Argentina. Escrito de presentación de Brasil, pg. 5.

El Artículo 19 se refiere a los principios de derecho internacional aplicables a la controversia. Por lo tanto el Tribunal a lo largo de su decisión tomará en consideración los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“la Convención de Viena”)¹⁴ que codifican principios del derecho consuetudinario internacional. El Tribunal le otorga relevancia a otro aspecto que necesita ser considerado cuando se interpretan normas del MERCOSUR con relación al contexto de la liberación del comercio del TA. Como todo acuerdo que ya ha alcanzado el nivel de área de libre comercio y está en camino a completar una unión aduanera, el sistema MERCOSUR tiene por objetivo eliminar las barreras al comercio entre sus miembros. Toda interpretación por parte del Tribunal estará en concordancia con estos propósitos que representan el objeto y fin de los acuerdos de base, por lo tanto toda interpretación debe promover más que inhibir aquellos propósitos. La importancia de tomar en consideración los propósitos y objetivos de un acuerdo regional de integración cuando se interpretan sus normas básicas en general y su sentido específico dentro del MERCOSUR ha sido expresamente reconocido en el Laudo Arbitral del MERCOSUR relativo a la “*Controversia sobre los Comunicados No 37 del 17 de diciembre de 1997 y No 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*”, al sostener:

“... el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes y siendo el propio Tribunal un elemento del ordenamiento que las Partes conformaron para regular sus relaciones recíprocas con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del TA.”¹⁵

El Tribunal comparte esta aseveración relativa al antedicho criterio interpretativo que, al reflejar los principios consuetudinarios internacionales en materia de interpretación de tratados, será aplicada en el análisis y evaluación de la normativa primaria y secundaria del MERCOSUR relevante para la solución de la presente controversia.

D. Contexto legal y objetivos del MERCOSUR.

La cuestión en este caso se refiere a si las medidas de salvaguardias impuestas por Argentina en la forma de cuotas anuales sobre la importación de textiles de algodón provenientes de la República Federativa de Brasil son o no violatorias de las normas jurídicas del MERCOSUR.

En su presentación Brasil reclama que las medidas de salvaguardia son incompatibles con las reglas del libre comercio en MERCOSUR y que son discriminatorias en razón de que no fueron aplicadas contra otros Estados que importan textiles a la Argentina y que no son miembros de MERCOSUR. De una manera más específica en la perspectiva de Brasil los productos textiles fueron sometidos al Programa de Liberación Comercial establecido bajo el Artículo 1 del Anexo I del Tratado de Asunción, que prescribe la eliminación de todas las gravámenes, cargas y otras restricciones aplicadas a las relaciones del comercio recíproco de los Estados Parte de MERCOSUR a partir del 31 de Diciembre de 1994.¹⁶ Aún más, el Artículo V del Anexo IV del Tratado de Asunción prohíbe el uso de medidas de salvaguardias desde el 31 de Diciembre de 1994.¹⁷ Brasil sostiene que después de esta fecha, el mantenimiento de medidas de salvaguardias fue solamente posible sobre la base del Artículo

¹⁴ Convención de Viena, pg. 21.

¹⁵ Laudo Arbitral de fecha 28 de abril de 1999, párrafo 51, pg. 22.

¹⁶ Escrito de presentación de Brasil, pg. 7.

¹⁷ Escrito de presentación de Brasil, pg. 8.

3(b) de la Decisión 5/94 del Consejo Mercado Común que estableció el Régimen de Adecuación Final hacia la Unión Aduanera hasta el 31 de Diciembre de 1998.¹⁸

En respuesta, Argentina cuestiona el hecho de que la imposición de medidas de salvaguardia sobre textiles sea una materia regulada por la normativa MERCOSUR. Argentina alega sobre el particular que MERCOSUR carece de normas sobre el tema y que en su consecuencia a efectos de definir situaciones relativas al comercio de textiles, las Partes deben mantener y aplicar sus propias legislaciones domésticas hasta que los órganos de MERCOSUR hayan establecido una regla común. Argentina sostiene que desde que el ATV, adoptado por los Estados miembros de la OMC, fuera internalizado por Argentina a través de su derecho interno, puede aplicar aquellas normas que le permitan tomar medidas de salvaguardias como las implementadas por la Resolución 861/99.¹⁹

Los argumentos presentados por las partes han motivado al Tribunal el examinar las diferentes etapas de integración del comercio regional dentro del MERCOSUR desde la firma del Tratado de Asunción en Marzo de 1991, con relación a la posibilidad de usar medidas de salvaguardias durante ese proceso. En orden a dar la consideración debida a las normas mencionadas por las Partes en sus escritos de presentación y respuesta y a efectos de obtener una visión lo más completa posible de las reglas primarias y secundarias del MERCOSUR sobre medidas de salvaguardia en las etapas de integración tomadas por los órganos del MERCOSUR, el Tribunal considera necesaria hacer una referencia a la evolución del MERCOSUR como ha tenido lugar hasta el presente.

1. El programa de liberación comercial para el período de transición

El Artículo 1 del TA establece el objetivo prioritario de lograr la constitución de un mercado común entre las partes a partir del 31 de diciembre de 1994. Por su parte, el Protocolo de Ouro Preto adaptó la estructura originaria del MERCOSUR a efectos de introducir una unión aduanera como una etapa previa en la implementación de un mercado común.²⁰ El mecanismo para obtener la integración comercial se plasmó en el Artículo 5(a) del TA por el que se establece un Programa de Liberación Comercial consistente en "...rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes,... para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario". Las reglas detalladas para la operatoria del programa están contenidas en el Anexo I del TA que estipula la eliminación total de gravámenes y demás restricciones en el comercio recíproco de las Partes.²¹ Durante el período de transición, y a efectos de facilitar una completa integración comercial, se permite a las Partes a exceptuar un número específico de productos de la reducción automática de aranceles bajo cronogramas de excepciones con diferentes porcentuales y plazos para las reducciones arancelarias, pero manteniendo el objetivo de lograr arancel cero al 31 de diciembre de 1994.²² Al mismo tiempo los Estados Parte pueden bajo el Artículo 1 del Anexo IV del TA sobre Salvaguardias el aplicar medidas de salvaguardias a la importación de productos incluidos dentro del Programa de Liberación Comercial bajo las condiciones especificadas en

¹⁸ Escrito de presentación de Brasil, Sección III.1, pg. 7-10.

¹⁹ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 2.

²⁰ Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR (Ouro Preto, diciembre 17, 1991).

²¹ Artículo 1 y 3 del Anexo I al Tratado de Asunción. Programás diferentes para la eliminación arancelaria existen para Paraguay y Uruguay con la fecha de 31 diciembre de 1995. Por razones prácticas, sólo las fechas relevantes para las partes serán mencionadas en el laudo.

²² Artículos 4 – 8 del Anexo I al Tratado de Asunción.

el articulado del Anexo IV.²³ El Artículo 5 del Anexo IV establece como plazo para la aplicación de esas salvaguardias, el 31 de diciembre de 1994.

En este mismo contexto, el Artículo 10 del Anexo I del TA expresa que “Al 31 de Diciembre de 1994 y en el ámbito del Mercado Común, quedarán eliminadas todas las restricciones no arancelarias.”

El 23 de Diciembre de 1992 los Estados miembros de MERCOSUR firmaron el ACE 18 dentro del marco regulatorio de la ALADI que en términos generales reproduce en su Capítulo I los objetivos del Programa de Liberación Comercial de MERCOSUR e inicia el programa para la adhesión de otros Estados Partes de ALADI como miembros de MERCOSUR.²⁴ Con relación a liberación comercial, los derechos y obligaciones de los miembros de MERCOSUR bajo el ACE No 18 son esencialmente los mismos que bajo el Tratado de Asunción y sus Anexos. Las listas específicas por país de excepciones y las listas de salvaguardias contenidas en el ACE No 18 tienen el mismo contenido que las comprendidas en el esquema MERCOSUR.²⁵

El Tribunal toma nota que continúa la discrepancia entre las Partes sobre si los productos textiles incluidos en la Resolución 861/99 estuvieron sujetos a medidas de salvaguardia bajo el Programa de Liberación Comercial o si con posterioridad fueron protegidos bajo el Programa de Adecuación Final. A criterio del Tribunal esta cuestión no necesita ser resuelta en el presente caso. La Resolución 861/99 fue introducida por Argentina después de la entrada en vigor de la unión aduanera el 1ro de Enero de 1999. Es irrelevante para las conclusiones a que arribará el Tribunal la cuestión de si los productos textiles de referencia estuvieron cubiertos por algún régimen de protección con anterioridad a la entrada en vigor de la unión aduanera que, por otra parte y a criterio del Tribunal, es el marco legal relevante para la solución de la presente controversia.

2. Régimen de Adecuación Final.

En su presentación Brasil sostiene que desde el 1ro de enero de 1995 está prohibida la aplicación de medidas de salvaguardia en el MERCOSUR. Brasil señala asimismo que las partes consideraron que un cierto número de productos no estaban aún preparados para ser incluidos en el libre comercio dentro de MERCOSUR.²⁶

En el año 1994 las Partes adoptaron la Decisión 5/94 del Consejo del Mercado Común estableciendo una lista reducida de productos bajo medidas de protección especial fuera del Programa de Liberación Comercial, llamado Régimen de Adecuación Final hacia la Unión Aduanera.²⁷ La lista incluyó solamente aquellos productos que habían sido considerados previamente en las listas de excepciones al Programa de Liberación Comercial o que estaban sujetas a medidas de salvaguardia bajo el TA. La Decisión establecía que los aranceles y las medidas de salvaguardia debían darse por concluidas al 1ro de enero de 1999.²⁸ Aún más, la Resolución 48/94 del Consejo del Mercado Común especifica que el número de productos sujetos al Régimen de Adecuación Final debía ser más bajo que el de la lista específica de excepciones por país bajo el ACE No 18 y que el de las listas de

²³ Artículos 2 – 4 del Anexo IV al Tratado de Asunción.

²⁴ Artículo 14 del ACE No. 18.

²⁵ Artículo 19 del ACE No. 18.

²⁶ Escrito de presentación de Brasil, pg. 8.

²⁷ Artículo 1 de la Decisión No. 5/94

²⁸ Artículo 3 de la Decisión No. 5/94.

salvaguardias;²⁹ y que las barreras al acceso al mercado no podían ser más elevadas que las existentes al momento de la adopción de la Decisión 5/94.³⁰

Considerando que el Artículo 5 del Anexo IV del TA contiene una prohibición sobre la aplicación de medidas de salvaguardias, la lista de excepciones y el permiso para mantener medidas de salvaguardia tomadas durante el Régimen de Adecuación Final parecería incompatible con las normas básicas del Tratado y los plazos perentorios para la implementación del Programa de Liberación Económica. Sin embargo el Protocolo de Ouro Preto establece una regla específica sobre conflictos entre normas adoptadas con posterioridad por los órganos de MERCOSUR. El Artículo 53 del Protocolo establece que:

“Quedan derogadas todas las disposiciones del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 que estén en conflicto con los términos del presente Protocolo y con el contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición.”

En su consecuencia, las normas posteriores en el tiempo al TA pueden derogar las normas del Tratado y de sus Anexos en la medida que exista un conflicto entre el contenido de la nueva normativa y las reglas preexistentes. Así es que a las Partes se les permitió el adoptar normativa MERCOSUR que podía establecer nuevas reglas y nuevos términos o plazos para el efectivo establecimiento del Programa de Liberación Económica, aún si esto incluyera el mantenimiento de medidas de salvaguardias a contrario del Artículo 5 del Anexo IV. Una condición necesaria para la aplicación del Artículo 53, es por supuesto, el que las Partes actúen en forma conjunta dentro del Consejo del Mercado Común. Solamente cuando el órgano debidamente autorizado dentro del sistema del MERCOSUR adopta normas, podrán estas normas aún siendo posteriores y en caso de conflicto, tener precedencia sobre las normas del Tratado de Asunción. Por lo tanto, el Artículo 53 no autoriza a los Estados miembros de MERCOSUR a tomar en forma unilateral medidas que contravengan las obligaciones impuestas por el TA.

Varias conclusiones resultan de la existencia misma del Programa de Adecuación Final a la Unión Aduanera. En primer lugar, el período de transición para lograr una unión aduanera dentro del MERCOSUR fue prorrogado del 31 de Diciembre de 1994 hasta el 1 de enero de 1999. En su consecuencia, mientras que el Programa de Liberación Comercial continuaba siendo implementado, coexistió con una lista de excepciones que permitían tarifas y medidas de salvaguardias sobre un número limitado de productos en comparación con el período previo hasta fines de 1994. Los Estados Miembros de MERCOSUR podían entonces mantener medidas de salvaguardias pero con mayores restricciones. Esta autorización para mantener medidas de salvaguardias podía, en teoría, incluir restricciones cuantitativas sobre importaciones a la Argentina hasta el 1 de Enero de 1999.

3. Etapa actual de integración: La unión aduanera.

La introducción al esquema de unión aduanera entre los Estados Miembros del MERCOSUR comenzó con la culminación del Régimen de Adecuación Final. Para Argentina y Brasil esto se alcanzó el 1 de Enero de 1999, mientras que a Paraguay y a Uruguay se les permitió el continuar ciertas medidas de protección al comercio hasta el 1 de Enero de 2000 bajo un cronograma especial. Respecto a la liberalización del comercio intra-zona, las partes alcanzaron su objetivo relativo a la implementación del Programa de Liberación Comercial con las excepciones de los sectores azucarero y automotores.³¹

²⁹ Artículo 1 de la Resolución No. 48/94.

³⁰ Artículo 3 de la resolución No. 48/94.

³¹ Decisión CMC No. 19/94 (Sector Azucarero) y Decisión CMC 29/94 (Sector Automotriz).

El Tribunal considera que al tiempo que Argentina adoptó la Resolución 861/99 existía una prohibición sobre la aplicación de medidas de salvaguardias en las relaciones comerciales entre los Estados Miembros de MERCOSUR de conformidad con el Artículo 5 del Anexo IV. El Artículo 1 del TA y el Anexo I al Tratado aspiraban a la implementación de una liberación del comercio después de la implementación exitosa del Programa de Liberación Comercial. Las Partes tenían entonces el propósito de crear un territorio donde el libre movimiento de mercaderías sin obstáculos sería la regla básica en las relaciones comerciales. Está claramente establecido que uno de los posibles obstáculos al libre movimiento de mercancías entre Estados es el uso de medidas de salvaguardias. En este contexto el Tribunal entiende que del contenido de las provisiones relativas al Programa de Liberación Comercial como de la regla contenida en el Artículo V del Anexo IV surge que al momento en que la liberación comercial fuera lograda, las partes explícitamente renunciaban a la utilización de obstáculos al libre comercio, como ser la aplicación de medidas de salvaguardia. Originalmente, en la intención de los que proyectaron y acordaron el sistema MERCOSUR, este objetivo debió cumplirse el 31 de diciembre de 1994. Sin embargo, las partes decidieron postergar la implementación completa del Programa de Liberación Comercial hasta 1999. El momento relevante en el tiempo para la introducción del libre comercio entre Argentina y Brasil fue entonces, el 1ro de enero de 1999. Aún más no existe evidencia sobre el hecho de que las Partes quisieran discontinuar la aplicación de los Anexos al Tratado de Asunción o del Anexo IV especialmente después de la introducción del Programa de Adecuación Final o después de alcanzar la etapa de la unión aduanera. Las provisiones referentes a la liberación contenidas en el Artículo 1 del TA y el Programa de Liberación Comercial Anexo I forman la estructura de liberación comercial. Las provisiones del Anexo IV no pueden ser separadas de este contexto; más bien ellas tienen que ser leídas con el resto del Tratado. Por lo tanto el Tribunal considera que, como resultado de la implementación del Programa de Liberación Comercial y del hecho de haber alcanzado el libre comercio intra-zona, el uso de medidas de salvaguardias ya se encontraba prohibido desde el momento en que se alcanzaron estas últimas.

La prohibición sobre la aplicación de medidas de salvaguardias contenidas en el Artículo 5 es explícita y no da lugar a confusión alguna. Esto no significa sin embargo que bajo ninguna circunstancia los Estados miembros del MERCOSUR no puedan legalmente aplicar salvaguardias. Las partes en el Tratado fueron libres para establecer excepciones al Artículo 5 del Anexo IV o para encontrar otros medios en el ámbito multilateral o dentro de los órganos de MERCOSUR para la aplicación de medidas de salvaguardias acordadas entre ellos. La cuestión queda entonces planteada sobre la existencia o no de normas dentro del sistema MERCOSUR o en cualquier otro sistema que permita a las Partes el aplicar medidas de salvaguardia contra importaciones de productos textiles desde otro Estado miembro de MERCOSUR después del 1 de Enero de 1999.

E. El argumento de vacío legal: Ausencia de una política interna común sobre textiles.

Argentina asegura que aún después de la conclusión del Régimen de Adecuación Final, la integración de los productos del sector textil es solamente parcial y por lo tanto no existe una política interna común sobre el comercio de textiles entre las partes.³² Desde el punto de vista de Argentina esta situación crea un vacío jurídico relativo al comercio de textiles. Argentina señala que las restricciones no arancelarias subsisten dentro del MERCOSUR respecto al comercio de productos textiles.³³ Argentina sostiene que el Artículo 6 del ATV de la OMC crea derechos específicos para los miembros de la Organización distinguibles del Artículo XIX del GATT 1994 y del Acuerdo sobre Salvaguardias que pueden ser invocados

³² Escrito de respuesta de Argentina, pg. 12 y 21.

³³ *Id.*

contra terceros países o dentro de MERCOSUR, sobre la base de que no hay un acuerdo interno sobre este tipo de salvaguardias dentro de MERCOSUR.³⁴

La República Argentina alega que existe un vacío normativo, no hay norma, por lo tanto no hay obligación que pueda ser incumplida. Basa su argumento en el hecho de que el Anexo IV al TA claramente expresa que rige hasta el 31 de Diciembre de 1994. Por lo tanto, a partir de 1995 no existe norma MERCOSUR sobre salvaguardias. El Artículo 1 del Anexo IV prescribe que:

“Cada Estado Parte podrá aplicar hasta el 31 de diciembre de 1994, cláusulas de salvaguardia a la importación de los productos que se beneficien del Programa de Liberación Comercial establecido en el ámbito del Tratado”

Frente a la antedicha argumentación de Argentina, el Tribunal Arbitral pasa a analizar el texto del Artículo 1 del Anexo IV de conformidad a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969³⁵ entendiendo que una interpretación acorde con el método textual es suficiente para aprehender el contenido y alcances de esa norma.

Así es que este Tribunal concluye que el Artículo 1 del Anexo IV posibilita a los Estados Parte sólo en casos excepcionales a aplicar cláusulas de salvaguardias al comercio intra-zona hasta una fecha cierta y definitiva. Asimismo surge del mismo texto que los Estados Parte no podrán aplicar cláusulas de salvaguardias al comercio intra-zona a partir del 1ro de enero de 1995. A criterio de este Tribunal, no existe vacío normativo sino que hay una norma MERCOSUR que dispone, con alcance general, la prohibición de aplicar salvaguardias intra-zona a partir del 1 de enero de 1995. Siendo el texto del Artículo 1 del Anexo IV claro y no presentando ambigüedades o contradicciones, este Tribunal Arbitral entiende que no necesita recurrir a la aplicación de otros métodos alternativos para su interpretación. Sin embargo al analizar la compatibilidad del contenido textual del Artículo 1 con el objeto y fin del Tratado de Asunción concluye que la única interpretación adecuada al Programa de Liberación Comercial establecido en el ámbito del Tratado, es que este solamente se podrá cumplir a través de la eliminación de salvaguardias unilaterales. En este sentido, el Artículo 5 del Anexo IV es contundente al prescribir *in fine* que:

“...En ningún caso la aplicación de cláusulas de salvaguardia podrán extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994.”

Tomando como punto de partida la existencia de una norma general que prohíbe salvaguardias intra-zona, el Tribunal Arbitral se abocará a precisar si existe o no una norma especial que genere una excepción que legitime la imposición de salvaguardias

³⁴ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 15.

³⁵ Conforme el Artículo 19 del Protocolo de Brasilia, las fuentes relevantes de derecho bajo el MERCOSUR son:

“El tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo de mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia”.

Artículo 19 se refiere a los principios de derechos internacional aplicables a la controversia. El Tribunal utilizara, en el examen de la presente controversia, los principios establecidos en la Convención de Viena de 1969, que refleje principios de costumbre de derecho internacional.

a los productos textiles afectados por la Res. 861/99, objeto de la presente controversia.

F. El argumento del uso de medidas de salvaguardias en otros procesos de integración regional

Brasil sostiene que después de la complementación de la unión aduanera en 1999 existe una prohibición genérica para la aplicación de salvaguardias dentro del MERCOSUR. Brasil afirma asimismo que en términos generales no es posible el concebir la existencia de medidas de salvaguardias en una unión aduanera porque sería contradictorio con la existencia misma del esquema de libre comercio.³⁶ Argentina contesta que existen varios precedentes que evidencian que la posición de Brasil es errónea.³⁷

1. La Unión Europea

Argentina cita diversos artículos del Tratado de Roma por el que se estableció la Comunidad Económica Europea (CEE), para sostener que la aplicación de salvaguardias estaba permitida dentro de esa Comunidad. Después de examinar esos artículos del Tratado de Roma mencionados por Argentina, el Tribunal considera que el sostener que esas normas permitirían salvaguardas, es sólo parcialmente válida.³⁸

El Tribunal entiende que el término “salvaguardia” en el contexto del presente caso implica una medida que permite a los Estados la no-observancia de obligaciones cuyo cumplimiento causaren daños sensibles a las industrias locales que producen mercaderías similares o directamente competitivas con mercaderías cuya importación se haya incrementando.³⁹ En el presente caso ésta sería la naturaleza de la salvaguardia invocada por Argentina contra la importación de mercaderías desde Brasil.

Las medidas que la Argentina considera como salvaguardias dentro del sistema de la CEE tienen, a criterio del Tribunal, la naturaleza de recursos amplios relativos a diferentes tipos de situaciones críticas respecto de las diferentes áreas de la normativa de la CEE sobre competencia. Muchas de estas situaciones no se relacionan al comercio de mercancías.⁴⁰ Por el contrario la función primaria de esas medidas es el referirse a desigualdades entre los Estados miembros. Las acciones que se puedan tomar de conformidad a esa normativa nunca puede ser decidida en forma unilateral, sino que debe ser autorizada por la Comisión de la CEE. Algunas de esas normas sólo podían ser aplicadas durante el período de transición y por otra parte, no aparecen en la nueva versión del Tratado. Sólo dos ejemplos relativos a las únicas áreas que parecerían tener cierta relevancia respecto a la presente controversia se refieren a medidas de protección concernientes al sector agrícola y al comercio de mercaderías.

³⁶ Escrito de presentación de Brasil, pg. 5.

³⁷ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 13.

³⁸ Argentina menciona los siguientes artículos del Tratado de Roma bajo la numeración previa a las modificaciones del Tratado de Maastricht y del Tratado de Amsterdam: Artículo 17, párrafo 4; Artículo 37, párrafo 3; Artículo 25 y protocolos; Artículo 26; Artículo 44 y 46; Artículo 89, párrafo 2; Artículo 9.1 párrafo I; Artículo 93, párrafo 2; Artículo 70, párrafo 2; Artículo 73; Artículo 107, párrafo 2; Artículo 108, párrafo 3 y Artículo 109; Artículo 105; Artículo 226, Artículo 103 y Artículo 235, en el Escrito de respuesta de Argentina, p. 14.

³⁹ Ver por ejemplo, el Artículo XIX párrafo 1(a) del GATT 1994 o los Artículos 1 y 3 del Anexo IV del Tratado de Asunción. Este último tratado no establece el requisito de “producto similar”.

⁴⁰ Como ejemplo, el ex Artículo 73 párrafo 1 del Tratado de Roma (ahora Artículo 59) autoriza la aplicación de medidas protectoras si determinados movimientos de capital provocan alteraciones en los mercados de capitales de alguno de los Estados miembros.

Así es que el Artículo 44 se refería a la aplicación de un sistema de precios mínimos para ciertos productos agrícolas durante el período de transición.⁴¹ El antiguo Artículo 115 (ahora 134) se aplicaba al comercio de mercancías, pero se refería a desvíos del comercio y solamente contemplaba medidas de protección contra mercaderías importadas a la CEE de terceros países.

El Tribunal constata que todas las medidas de la CEE citadas por Argentina están expresamente contempladas en el texto mismo del Tratado que establece el derecho primario fundacional de esa comunidad. Este hecho fundamenta la posición de que una medida restrictiva aplicada por los miembros de una unión aduanera se basa, en el caso de la CEE, en una norma expresa del tratado.

2. El capítulo III del anexo 300-B del Acuerdo de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA)

Argentina se refiere al Capítulo III del Anexo 300-B del NAFTA como una prueba de las particularidades que presenta el sector textil y como un ejemplo de la autorización del uso de salvaguardias sobre productos textiles dentro de un acuerdo de libre comercio.

La Sección 4 del Anexo 300-B se refiere a la imposición de salvaguardias sobre textiles *inter alia* originados en el territorio de un Estado parte del NAFTA. Esta prerrogativa solamente se aplica durante el período de transición. La Sección 5 del Anexo 300-B igualmente permite el uso de medidas de salvaguardias, pero solamente a los productos textiles no originarios de otro Estado Parte. El Tribunal concluye del análisis de estas cláusulas que el uso de medidas de salvaguardia relativas a productos textiles originados en el territorio de otro Estado Parte fueron permitidas solamente durante un tiempo de la existencia el NAFTA y fue abolido para el comercio entre los Estados Parte después de cumplido un plazo. A criterio del Tribunal el Anexo 300-B del NAFTA es otro ejemplo sobre el hecho de que las medidas de salvaguardia solamente pueden ser invocadas sobre la base de normas legales acordadas entre las Partes en el tratado constitutivo o por el derecho secundario de un acuerdo regional de comercio.

3. El Artículo XXIV párrafos 8(a) y (b) del GATT 1994

Argentina sostiene⁴² que es posible dentro de la OMC la aplicación o mantenimiento de medidas de salvaguardia entre territorios constitutivos de una unión aduanera o de una zona de libre comercio bajo el Artículo XXIV párrafo 8(a) y (b) del GATT 1994.⁴³ Argentina cita la decisión del Panel de la OMC sobre *Argentina – Medidas de salvaguardia sobre la importación de calzado*.⁴⁴ El Tribunal entiende que el Informe del Órgano de Apelación no prejuzga sobre esta materia. En su Informe, el Panel sostuvo que la práctica de las Partes Contratantes del GATT 1947 y la de los miembros de la OMC no era concluyente sobre esta materia.⁴⁵

⁴¹ Esta disposición no más se encuentra en la presente versión del Tratado.

⁴² Escrito de respuesta de Argentina, pg. 13.

⁴³ Artículo XXIV: 8 del GATT 1994 prescribe el libre comercio con ciertas excepciones explícitas (no menciona el Artículo XIX ni al ATV) pero solo con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales entre los territorios constitutivos de la unión.

⁴⁴ WT/DS121/R, adoptada enero 12, 2000. La Sección pertinente de este Informe se refiere a la interpretación y aplicación de la nota 1 al Artículo 2.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias.

⁴⁵ Informe del Panel, para. 8.96.

A criterio del Tribunal no hay necesidad en el presente caso de expedirse sobre este tema en razón de que la cuestión que el Tribunal debe responder en el presente caso es si la normativa MERCOSUR permite a Argentina el aplicar medidas de salvaguardias como las aplicadas en la Resolución 861/99.

El Tribunal llega a la conclusión de que sí es posible, en principio, el uso intra-zona de salvaguardias en MERCOSUR, siempre y cuando esas salvaguardias sean tomadas en conformidad a una norma expresa de ese sistema que así lo autorice.

G. Argumento sobre las decisiones dentro del sistema MERCOSUR concernientes al uso de salvaguardias en situaciones específicas

1. Decisiones del Consejo Mercado Común No 7/94 y No 8/94.

Argentina señala correctamente que ciertas normas MERCOSUR expresamente prevén la aplicación de salvaguardias.⁴⁶ La Decisión 8/94 se refiere a la aplicación de medidas de salvaguardia a productos provenientes de zonas francas, zonas de procesamiento de exportaciones y áreas aduaneras especiales. El propósito de la Decisión es el regular las distorsiones de los flujos comerciales, de inversiones y en los ingresos aduaneros que puedan subsistir una vez establecida una unión aduanera como consecuencia de las mercaderías provenientes de las antedichas zonas.⁴⁷ El Artículo 3 de la Decisión 8/94 prescribe que:

“Podrán aplicarse salvaguardias bajo el régimen jurídico del GATT cuando las importaciones provenientes de zonas francas comerciales, de zonas francas industriales, de zonas de procesamiento de exportaciones y de áreas aduaneras especiales, impliquen un aumento imprevisto de importaciones que cause daño o amenaza de daño para el país importador”.

El Artículo 3 establece que los Estados miembros del MERCOSUR pueden aplicar medidas de salvaguardias previstas en el GATT bajo circunstancias específicas. Así es que el Tribunal considera que el Artículo 3 es claro en relación con el Artículo 53 del Protocolo de Ouro Preto en el sentido que esa norma puede tener precedencia sobre la prohibición de la aplicación de medidas de salvaguardias contenida en el Artículo 5 del Anexo IV del TA. Argentina podría entonces adoptar una medida como la contenida en la Resolución 861/99 con fundamento en el Artículo 3 de la Decisión 8/94. Sin embargo, los alcances para la aplicación de la Decisión 8/94 están expresamente restringidos a la importación de mercaderías desde áreas específicas del MERCOSUR, especialmente de zonas francas, zonas de procesamiento de exportaciones y de áreas aduaneras especiales. Aún más la Resolución 861/99 no contiene un alcance con restricciones similares a la Decisión 8/94. Por lo tanto la Decisión 8/94 no puede ser aplicada a la presente controversia. Las Partes confirmaron durante la audiencia oral celebrada el 23 de febrero de 2000 que la mayoría de las mercaderías provenientes de zonas francas y especialmente de las dos zonas aduaneras especiales (Manaos y Tierra del Fuego) no son consideradas como originadas en el MERCOSUR. En consecuencia el Tribunal encuentra que la Decisión 8/94 no implica que medidas de salvaguardia puedan ser aplicadas al comercio intra-zona.

El Tribunal reconoce la importancia del Artículo 3 de la Decisión 8/94 para la argumentación elaborada por Argentina en lo concerniente a la posibilidad de aplicar salvaguardias dentro del MERCOSUR. El Tribunal señala que si hubiera otra norma similar a la decisión 8/94 pero relativa a la aplicación general de salvaguardias para el sector textil, su posición coincidiría

⁴⁶ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 13 – 15.

⁴⁷ Considerando de la Decisión No. 8/94.

con la de Argentina. Sin embargo, no se ha ni siquiera alegado la existencia de tal norma. El Tribunal asimismo considera que otras conclusiones pueden inferirse de la Decisión 8/94. En primer lugar, la decisión 8/94 en su conjunto demuestra que si los Miembros de MERCOSUR tienen la intención de crear o generar excepciones a las reglas generales aplicables al libre comercio acordado en los tratados básicos, ellos lo efectivizan por medio de acuerdos expresos con fundamento en las reglas de derecho. En segundo lugar, el Artículo 3 pone en evidencia que si los Estados miembros consideran necesario el aplicar normas del GATT con el objeto de permitir salvaguardias dentro del MERCOSUR, ellos tienen capacidad para hacerlo, de todas maneras, en forma explícita. A criterio del Tribunal la Decisión bajo análisis da fundamento a la posición de que la medida de salvaguardia adoptada por Argentina por la Resolución 861/99 no puede ser lícitamente invocada sin encontrar legitimación en una norma explícita del MERCOSUR que así se lo permita.

Argentina también se refiere al Artículo 4 de la Decisión 7/94 del Consejo Mercado Común sobre Arancel Externo Común como otra evidencia de que la aplicación de salvaguardias entre los miembros del MERCOSUR no está prohibida.⁴⁸ El encabezamiento de la Decisión dice "Arancel Externo Común" y esta es la materia a la que en forma exclusiva se refiere la Decisión. El Artículo 4 expresa que:

"Argentina, Brasil y Uruguay podrán mantener hasta el 1 de enero de 2001 un número máximo de 300 ítems arancelarios de la Nomenclatura Común del MERCOSUR como excepciones al AEC, excluyéndose de ese número las correspondientes a Bienes de Capital, Informática y Telecomunicaciones.

Paraguay podrá establecer hasta 399 excepciones, excluyendo de ese número las correspondientes a Bienes de Capital, Informática y Telecomunicaciones, las que tendrán un régimen de origen del 50% de integración regional hasta el año 2001 y, a partir de esa fecha y hasta el año 2006 se aplicará el régimen general de origen MERCOSUR. En caso de detectarse un súbito incremento de las exportaciones de estos productos, que impliquen daño o amenaza de daño grave, hasta el año 2001 el país afectado podrá adoptar salvaguardias debidamente justificadas".

Más allá del título explícito de la Decisión 7/94, el contenido del Artículo 4 expresamente se refiere a excepciones al Arancel Externo Común. Por lo tanto el Tribunal considera que esta norma no tiene implicancia alguna con relación a las cuestiones planteadas en el presente caso que se limitan a la aplicación de medidas de salvaguardias intra-zona.⁴⁹

2. La Decisión 17/96 sobre la aplicación de medidas de salvaguardias a terceros Estados.

La Decisión 17/96 regula la aplicación de salvaguardias a las importaciones provenientes de terceros países. En respuesta escrita a las preguntas presentadas por el Tribunal a las Partes, la República Argentina y Brasil respondieron ⁵⁰ que esa Decisión nunca fue adoptada

⁴⁸ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 11.

⁴⁹ *Id.* El Tribunal observa que en el mismo párrafo de la respuesta de Argentina, Argentina cita a un experto que, a criterio del Tribunal, parece sostener la posición de que el uso interno de salvaguardias está prohibido en el ámbito del MERCOSUR, excepto cuando esto esté expresamente acordado. Sin embargo el autor parece llegar a esa conclusión sobre un análisis diferente del considerado por el Tribunal.

⁵⁰ Respuesta escrita de Argentina y Brasil a la pregunta número dos del Tribunal, 16 de febrero, 2000.

y por lo tanto nunca entró en vigor en MERCOSUR de conformidad con el Artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto.

H. El Argumento sobre el tratamiento especial para el sector textil dentro del MERCOSUR

Argentina sostiene que los productos textiles requieren un tratamiento específico con relación a los procesos de liberación comercial en razón de que es éste un sector sensitivo para la economía de la mayoría de los Estados. Argentina argumenta que existe acuerdo entre las Partes en la presente controversia respecto a que los aranceles en el sector textil fueron completamente eliminados. En consecuencia Argentina expresa que las Partes pueden mantener medidas restrictivas del comercio como ser salvaguardias.⁵¹

Dentro de la normativa secundaria del MERCOSUR existen normas que se refieren al comercio de textiles como también otras normas que se refieren a la aplicación de salvaguardias. Ambas Partes hacen referencia en sus escritos a esas normas pero interpretan en forma diferente los alcances de su aplicación y su importancia con relación a la imposición de salvaguardias.

1. Resolución del Grupo Mercado Común No 124/94 sobre sector textil – comercio extra-zona

Brasil argumenta que la Resolución 124/94 solamente demuestra que los Estados del MERCOSUR pueden aplicar medidas de salvaguardias sólo respecto de terceros Estados y que hay un régimen integrado para textiles dentro del MERCOSUR.⁵²

El Tribunal concuerda con el argumento de Argentina respecto a que el contenido de la Resolución 124/94 no se limita al comercio de textiles con terceros Estados. Del título de la Resolución puede inferirse que solamente se aplica al comercio extra – zona. La misma conclusión podría inferirse del texto de los considerandos del preámbulo que se refieren al comercio de textiles con terceros países y al comercio internacional en el sector textil. Las partes relevantes del preámbulo expresan que:

“El arancel externo común será el instrumento básico de la política de importación del MERCOSUR en el comercio con terceros países;
Que las particularidades del comercio internacional del sector textil y de su reglamentación en los foros internacionales recomiendan el examen de las posibilidades de una política de importación específica para este sector, complementaria al arancel externo común...”

El Artículo 1 establece la creación del CT-10 subordinado a la Comisión de Comercio del MERCOSUR y determina su mandato relativo al estudio de la posibilidad de una política común de importación de textiles. El siguiente artículo se refiere también a los objetivos del Comité relativos a la regulación del comercio de textiles con terceros países.

El Artículo 2 expresa que:

“En tanto no se defina una política de importación para el sector textil, los países podrán aplicar medidas frente a importaciones de extra-zona del sector textil; la aplicación de estas medidas no implicará la inclusión de nuevas excepciones al AEC (Arancel Externo Común)”

El Artículo 3 expresa que:

⁵¹ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 16.

⁵² Escrito de presentación de Brasil, pg. 13.

“El Comité Técnico deberá elevar a la Comisión de Comercio del MERCOSUR antes del 30 de junio de 1995 un informe sobre el análisis del comercio de productos textiles y de sus efectos sobre la región y sus Estados parte, como así también hacer recomendaciones que considere necesarias y las acciones de política comercial que el MERCOSUR debería adoptar, teniendo presente la entrada en vigor de los acuerdos de Marrakesh”.

El Artículo 4 expresa que:

“El Comité Técnico tomará en cuenta las reglas y normas vigentes de los acuerdos multilaterales, y el nuevo acuerdo emanado de la ronda Uruguay del GATT (Acta de Marrakesh) y la entrada en vigor de la Organización Mundial del Comercio”.

El Artículo 6 expresa que:

“No se cobrarán derechos específicos en el comercio intra – MERCOSUR para el intercambio de productos del sector textil”

Cada uno de los artículos citados se refieren a situaciones diferentes. Los artículos 2 y 4 de la Resolución 124/94 enfatizan respectivamente relaciones comerciales externas y multilaterales respectivamente. El artículo 3 por su parte tiene por lo menos algunas implicancias respecto al comercio interno del MERCOSUR, mientras que el artículo 6 claramente se refiere al comercio intra-zona de textiles. El Tribunal considera que la única norma explícita que permitirían a los Estados tomar ciertas acciones es la expresada por el Artículo 3 que posibilita a cada Estado miembro el elegir su propio régimen de importaciones concerniente a textiles provenientes de terceros países.

El Tribunal señala el hecho de que en el Anexo al escrito de respuesta de Argentina se incluyó la Directiva 1/95 que establece Comités Técnicos en diferentes áreas de la política comercial, uno de ellos es el CT-10 (Comité Técnico Textil). Las funciones del Comité se enuncian brevemente y en términos similares a los usados en la Resolución 124/94, identificando el objeto del Comité con relación al análisis de los efectos del comercio de textiles en la región y sobre las Partes y con relación a la debida consideración que se le deberá otorgar a la entrada en vigor de los Acuerdos de Marrakesh.

El Tribunal asimismo toma nota que la Directiva 1/95 también establece un Comité Técnico No 6 relativo a prácticas desleales del comercio y salvaguardias hacia terceros países. Ambos órganos se establecieron separados uno de otro, uno para entender sobre salvaguardias y el otro para entender sobre comercio de textiles. No hay superposición entre el trabajo de estos comités o sobre sus funciones. Esta situación aporta elementos relevantes para argumentar que la discusión sobre salvaguardias dentro de los Comités Técnicos se centralizaron en las relaciones con terceros países más que sobre el comercio interno entre los Estados Miembros del MERCOSUR.

Los restantes artículos solamente tienen la función de establecer el mandato del CT-10 y se corresponden con una medida administrativa. En este respecto deberá también tenerse en cuenta que la resolución 124/94 fue adoptada por el Grupo Mercado Común y que la Directiva 1/95 fue tomada por la Comisión de Comercio de MERCOSUR, ambos órganos con funciones ejecutivas⁵³ más que con funciones legislativas sobre cuestiones fundamentales

⁵³ Artículo 10 del Protocolo de Ouro Preto.

dentro del proceso de integración y el logro de los objetivos del TA. Esta última función está reservada al Consejo del Mercado Común.⁵⁴

2. Directiva 14/96 de la Comisión de Comercio del MERCOSUR

Argentina también menciona a la Directiva 14/96 con relación al mandato del Comité sobre Textiles No 10. La Directiva expresa que el Comité tiene las siguientes funciones:

I- Informar sobre los instrumentos de política comercial aplicados extra-zona con la finalidad de armonizarlos a largo plazo, como así también analizar sus repercusiones intra-zona;

II- Acompañar la evolución de las corrientes de comercio extra-zona e intra-zona, evaluando la eficacia de los instrumentos de política comercial que vienen siendo utilizados por los Estados Parte;

III- Acompañar y promover la remoción de los obstáculos a los flujos de comercio intra-zona de los productos textiles y de vestimenta;

IV- desarrollar reglamentaciones sobre la base de normas técnicas relativas al comercio de productos textiles y vestimenta en el MERCOSUR.”

La Directiva 14/96 contiene un mandato más detallado y extenso en comparación con los instrumentos anteriores.

El apartado I del Artículo 1 se refiere a las políticas del comercio en textiles con terceros países, mientras que el apartado II trata de las funciones del Comité relativas a la observación de los flujos del comercio dentro y fuera del MERCOSUR. Ambos indican que las partes consideran necesario el seguir de cerca los flujos del comercio tanto internacional como en el sistema MERCOSUR.

En el Artículo 1, apartado III, se reconoce expresamente que existen obstáculos internos al libre flujo del comercio de textiles dentro del MERCOSUR, aunque no se menciona la naturaleza de esos obstáculos.⁵⁵ El Tribunal considera que a los efectos de la presente controversia, esta Directiva pueda tener otra utilidad que la de evidenciar que al momento de su adopción existían obstáculos al comercio. Al momento de su adopción en 1996, el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera estaba aún en vigor. En su consecuencia, los miembros del MERCOSUR estaban aún bajo un régimen de transición y en vías de lograr una completa liberación comercial y por lo tanto buscaban reducir medidas restrictivas del comercio tales como aranceles y salvaguardias. Teniendo presente el contexto especial de la liberación comercial, el Tribunal encuentra que no es el propósito del Comité el crear barreras adicionales al comercio de textiles sino más bien que el Comité tiene como función el contribuir activamente a la reducción de esos problemas.

El Tribunal considera asimismo que la normativa secundaria en relación con el comercio de textiles y con salvaguardias citadas por las Partes en la presente controversia demuestran que la integración en este sector en particular no se realizó de la misma manera que para otros productos dentro del MERCOSUR. Por otra parte, la regulación de importaciones provenientes de terceros países progresó dentro de los plazos proyectados por las Partes. Por lo tanto, parecería que desde la introducción del Régimen de Adecuación Final y durante su existencia, el sector textil era materia de interés para los miembros del MERCOSUR. Otra

⁵⁴ Artículo 3 del Protocolo de Ouro Preto.

⁵⁵ Por ejemplo, el Comité ha recomendado reglas comunes de etiquetado.

evidencia de la continuada existencia de obstáculos puede ser corroborada en el hecho de la necesaria extensión y modificación de las funciones del CT-10.

Sin embargo el Tribunal concluye que la normativa secundaria MERCOSUR mencionada por las Partes en la presente controversia no prevé un tratamiento especial para los productos textiles en el MERCOSUR que permita ni siquiera considerar la licitud de la aplicación unilateral de medidas de salvaguardias en ausencia de una norma expresa acordada por las Partes.

3. Argumento sobre la falta de una política externa común sobre textiles.

El Tribunal concuerda con Argentina sobre la falta de una política común sobre el comercio en textiles con terceros países. En consecuencia, las partes tendrían libertad para tomar medidas comerciales contra países no miembros del MERCOSUR. Sin embargo, como Argentina correctamente sostiene en su escrito de respuesta⁵⁶ existe una distinción entre comercio intra-zona y extra-zona en referencia a las reglas que gobiernan una unión aduanera. La inexistencia de reglas sobre comercio sobre ciertos productos con terceros países no implica el que no haya reglas aplicables entre los Estados miembros concernientes al mismo producto.

Por lo tanto, la existencia o no de una política externa común sobre textiles carece de relevancia respecto a la presente controversia.

Como antes se mencionara, el Tribunal parte del presupuesto de que en una unión aduanera como MERCOSUR existe una presunción a favor del libre comercio entre sus miembros. El Tribunal también considera que las relaciones comerciales dentro de un sistema que se encuentra tan altamente integrado como el MERCOSUR, deberán basarse en la regla de derecho. En un sistema basado en la regla de derecho, las medidas sobre el comercio deberán fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales tomadas por los miembros, sin fundamento jurídico alguno. La regulación del uso de medidas que afectan al comercio reviste una 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 consecuencia, en tanto los miembros de MERCOSUR no hayan actuado en forma conjunta para acordar en forma expresa la aceptación de medidas restrictivas al comercio, los Estados miembros estarán inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral. De esta premisa el Tribunal concluye que hasta tanto no haya una norma expresa a contrario, prevalece el principio de la libertad de comercio entre los miembros del MERCOSUR.

Por todo lo antes expuesto, el Tribunal entiende que no existe base jurídica para la imposición de salvaguardias sobre productos textiles dentro del MERCOSUR. Ese basamento jurídico es un requisito necesario que se infiere de la prohibición genérica contenida en el Artículo 5 del Anexo IV del Tratado de Asunción.

⁵⁶ Escrito de respuesta de Argentina, pg. 17.

I. Relación entre el ATV y MERCOSUR en el contexto del derecho internacional.

El Tribunal no considera necesario el referirse a la relación entre el ATV y las normas MERCOSUR ni sobre la cuestión de si el Artículo 6 del ATV tiene precedencia sobre el derecho del MERCOSUR.⁵⁷

De la evaluación general de las cuestiones planteadas, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que existe una norma del MERCOSUR, precisamente el Artículo 5 del Anexo IV del TA, que regula sobre la aplicación de salvaguardias contra otros Estados miembros. A criterio del Tribunal no hay suficiente evidencia que demuestre que la normativa MERCOSUR existente no deberá aplicarse a las salvaguardias impuestas por Argentina. Por tal razón el Tribunal entiende que no hay un "vacío legal" que haría necesario o posible el recurrir a otras normas del derecho internacional como ser la expresada en el Artículo 6 del ATV. Aún más, no existe evidencia alguna respecto a que, durante la conclusión del Acuerdo que estableció la OMC, las Partes del MERCOSUR expresaron su intención de permitir la aplicación unilateral de medidas de salvaguardias previstas en el Artículo 6 del ATV al comercio de textiles dentro del MERCOSUR.⁵⁸

Bajo las circunstancias dadas y en consideración de la existencia de normativa MERCOSUR (Artículo 5 del Anexo IV del TA), es necesario que exista una norma explícita acordada entre los Estados miembros del MERCOSUR para que pueda recurrirse unilateralmente al Artículo 6 del ATV.

IV. CONCLUSION

La decisión del Tribunal está en un todo de acuerdo con los considerandos precedentes y de conformidad con las facultades del Tribunal bajo el Protocolo de Brasilia y las Reglas de Procedimiento del Tribunal. Las conclusiones que a continuación se enuncian forman parte de la decisión, a saber:

- A. Como cuestión preliminar, la controversia bajo consideración se encuadra dentro de las interpretaciones contradictorias de las Partes sobre la normativa MERCOSUR relativa al tratamiento de los productos textiles dentro de la unión aduanera. En razón de las diferentes interpretaciones alegadas sobre el derecho MERCOSUR, el Tribunal es competente para examinar la presente controversia en conformidad con las normas del Protocolo de Brasilia sobre solución de controversias;

⁵⁷ El Tribunal señala el hecho de que si las Partes se hubieran manifestado en completo silencio sobre el tema de las salvaguardias intra-zona, debería plantearse el problema de la precedencia entre las obligaciones emanadas de la OMC y las obligaciones emanadas del MERCOSUR.

⁵⁸ Aún en el hipotético caso de que el MERCOSUR no hubiera prohibido salvaguardias, y por el contrario hubiera permitido a sus miembros el recurrir a las normas multilaterales de la OMC, estas reglas constituyen una unidad, y como tales deberían ser tratadas. Las reglas de la OMC permiten, para casos excepcionales, un tratamiento preferencial dentro de las uniones aduaneras. La aplicación dentro de una unión aduanera de las salvaguardias especiales del Artículo 6 del ATV serían una excepción más (y una excepción no expresamente permitida por el Artículo XXIV: 8). Si los Estados Parte del MERCOSUR hubieran intentado aplicar esta excepción a la excepción, lo deberían haber acordado en forma expresa. Por supuesto que los Estados miembros del MERCOSUR pueden aún acordar entre ellos que las medidas de salvaguardias pueden ser aplicadas dentro del MERCOSUR (como así lo han hecho por la Decisión 8/94 para flujos de comercio comprendidos en esa norma).

- B. El contenido de los Informes del OST de la OMC no se refieren a la cuestión de si las salvaguardias están permitidas bajo la normativa MERCOSUR y por lo tanto, no serán consideradas;
- C. De conformidad con el Artículo 28 del Protocolo de Brasilia, el objeto de la controversia es el que formularan las Partes en sus escritos de reclamación y respuesta;
- D. Los Artículos 1 y 5 del Anexo IV del Tratado de Asunción formulan una prohibición general sobre la aplicación de salvaguardias al comercio intra-zona que solamente podrá ser exceptuado por medio de una norma específica dentro del sistema MERCOSUR que legitime la imposición de salvaguardias a los productos textiles. En consecuencia, no existe "vacío legal" sobre esta materia;
- E. La interpretación de las disposiciones sobre unión aduanera del MERCOSUR deberán realizarse, salvo norma expresa en contrario, de conformidad al objeto y fin de toda integración económica;
- F. Como regla general, sí es posible la aplicación de medidas de salvaguardia al comercio intra-zona en MERCOSUR en tanto haya una norma explícita que así lo autorice. El Tribunal no encuentra normas del MERCOSUR que explícitamente permitan la aplicación de salvaguardias a la importación intra-zona de productos textiles.

V. DECISION

En Conformidad a las razones antes expuestas y sobre la base de la fundamentación jurídica desarrollada en los precedentes considerandos, El Tribunal decide:

- A. Por unanimidad; Que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada;
- B. Por unanimidad; Que la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Argentina y los actos administrativos que en su consecuencia fueran implementados, no son compatibles con el Anexo IV del Tratado de Asunción ni con la normativa MERCOSUR en vigor, y por lo tanto deberán ser revocados;
- C. Por unanimidad, disponer que los costos y costas del proceso sean abonados de la siguiente manera: Cada Estado se hará cargo de los gastos y honorarios ocasionados por la actuación del árbitro por el nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y de los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, dentro de los treinta días de la notificación del laudo;
- D. Por unanimidad, disponer que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

- E. De conformidad con el Artículo 21(2) del Protocolo de Brasilia y con el Artículo 18 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal, las Partes tienen 15 días para cumplir con el Laudo.

Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publíquese.

Dr. Gary N. Horlick
Arbitro Presidente

Dr. Raúl E. Vinuesa
Arbitro

Dr. José Carlos Magalhaes
Arbitro

ACLARACIÓN DEL LAUDO

**ACLARACION DEL LAUDO ARBITRAL DEL TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR
CONSTITUIDO PARA DECIDIR SOBRE LA RECLAMACION HECHA POR LA
REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL A LA REPUBLICA ARGENTINA, SOBRE LA
APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA A PRODUCTOS TEXTILES
RESOLUCION 861/99 del ME y OSP.**

A los 7 días del mes de abril de 2000, el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR que decidió sobre la “Aplicación de Medidas de Salvaguardia en Productos Textiles – Resolución 861/99 del ME y OSP”, deliberó sobre la solicitud de aclaración presentada por la República Argentina del Laudo Arbitral dictado el 10 de marzo de 2000. Después de analizar las aclaraciones solicitadas, el Tribunal decidió por unanimidad aclarar sobre los siguientes puntos:

1. Objeto de la Controversia

A pedido de la República Argentina, el Tribunal ratifica su interpretación adoptada en el laudo en el momento de la determinación del objeto de la controversia. De acuerdo a lo expuesto a fojas 13 y 19 del laudo, el Tribunal a lo largo de su decisión tomó en consideración para interpretación de la normativa MERCOSUR, los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“Convención de Viena”). De acuerdo a la Convención de Viena, un tratado deberá ser interpretado de buena fe conforme el sentido corriente a dar a los términos del tratado.⁵⁹ Así, el Tribunal expresó su entendimiento de que una interpretación textual de las normas MERCOSUR era suficiente para comprender el contenido y alcance de dichas normas. Habiendo adoptado el Tribunal el método textual para la interpretación de las normas MERCOSUR, el Tribunal no ve otra posible interpretación del Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia, a no ser la adoptada por el Tribunal, de que el objeto de la controversia es aquel determinado en los escritos de presentación y de respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente.⁶⁰ Al analizar los documentos constitutivos del Mercosur, el Tribunal encontró indicación de que los escritos de presentación y de respuesta solamente ocurren en la instancia arbitral del capítulo IV del Protocolo de Brasilia. En ningún momento, el Anexo al Protocolo de Ouro Preto (“Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur”) menciona escritos de presentación y de respuesta. De esa manera, el entendido de ese Tribunal es que el objeto de la controversia, según el artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia, es determinado en los escritos de presentación y respuesta que los Estados Partes someten al Tribunal Arbitral.

2. Decisión No. 17/96

La declaración del Tribunal de que las respuestas escritas de las partes⁶¹ indican que la Decisión No. 17/96 nunca fue adoptada y, por lo tanto, nunca entró en vigencia en el MERCOSUR; fue fundamentada en la redacción del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto y en las respuestas escritas suministradas al Tribunal.

El capítulo IV del Protocolo de Ouro Preto dispone sobre la aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR. Más específicamente, el Artículo 40 de este capítulo prevé que:

“A fin de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el artículo dos de este Protocolo, deberá

⁵⁹ Artículo 31 de la Convención de Viena.

⁶⁰ Artículo 31 del Protocolo de Brasilia.

⁶¹ Foja 24 del laudo. El Tribunal destaca que la Decisión No. 17/96 se refiere a la aplicación de salvaguardia a terceros países.

observarse 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 hayan informado su incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;
- iii) Las normas entrarán en vigencia simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de la comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del ítem anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo anteriormente indicado, darán publicidad de la iniciación de la vigencia de las referidas normas por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.”

De lo expuesto se entiende que la vigencia de una norma emanada de los órganos del MERCOSUR solamente tendrá vigencia simultánea en los Estados Partes cuando tal norma sea incorporada a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado Parte. No habiendo incorporación de cada Estado Parte, la norma no estará en vigor.

Respondiendo a la pregunta escrita formulada por el Tribunal sobre la fecha de entrada en vigor de diversos tratados y normas MERCOSUR, la República Federativa del Brasil ofreció la siguiente respuesta sobre la fecha de vigencia de la Decisión No. 17/96:

“Aún no entró en vigencia para el MERCOSUR, por no haber sido cumplidos los requisitos del Artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto”.

La República Argentina respondió la misma pregunta de la siguiente manera:

“Argentina: El Decreto de incorporación está en trámite.

Brasil: Decreto 2667 publicado en el DOU del 13.07.98

Paraguay: Decreto 7105 de 13.01.00

Uruguay: El Decreto de incorporación está en trámite”.

De acuerdo a la aclaración preliminar suministrada por la República Argentina a este problema, corresponde resaltar la letra (c) de la respuesta Argentina que afirma que en la experiencia y práctica del MERCOSUR no se ha logrado aplicar estrictamente el mecanismo del Artículo 40, pero sí una decisión, resolución o directriz que ha sido incorporada al derecho interno, ella rige en cada país desde la fecha del respectivo acto de incorporación. En base a la información suministrada por la Reclamada, el “acto de incorporación” aún está en trámite.

Por lo tanto, el Tribunal entiende que la Decisión No. 17/96 nunca entró en vigencia de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 40 del Protocolo de Brasilia.

3. Vigencia del Anexo IV del Tratado de Asunción

Según la interpretación del Tribunal, el período de transición del MERCOSUR comenzó con la entrada en vigencia del Tratado de Asunción el día 26 de marzo de 1991, y se extendió hasta el día 31 de diciembre de 1994. Sin embargo, el Tratado de Asunción ⁶² en su artículo

⁶² El Tribunal entiende el Tratado de Asunción como un todo, cuerpo narrativo y anexos.

19 dispone que su período de vigencia es indefinido y, por lo tanto, no acaba con el fin del período de transición. El Tribunal considera los anexos parte integrante del Tratado de Asunción, de acuerdo a como lo dicta el artículo 31.2 de la Convención de Viena que dispone que:

“(…) 2. A los efectos de la interpretación de un tratado: el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado (…)”

Para asegurar este entendimiento, el Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur (Protocolo de Ouro Preto) vino a reafirmar los principios y objetivos del Tratado de Asunción y específicamente disponer en su artículo 53 que todas las disposiciones del Tratado de Asunción que estén en conflicto con los términos del protocolo y con el tenor de las decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición quedan derogadas. Así, todo tratado, decisión, resolución y directriz MERCOSUR subsiguiente al Tratado de Asunción que disponga más específicamente y entre en conflicto con una disposición contenida en el TA, prevalece sobre el TA. Sin embargo, las disposiciones del TA que no estén en conflicto con una norma MERCOSUR subsiguiente, continúan en vigencia dentro del ámbito del MERCOSUR.

De esa forma, varias decisiones vinieron a modificar el Tratado de Asunción con normas específicas de temas tales como régimen de origen, solución de controversias y salvaguardias.⁶³ Sin embargo, el Tribunal no encontró y las partes no suministraron ninguna norma posterior que específicamente permitiese la aplicación de salvaguardias a productos textiles. El entendimiento del Tribunal es que continúa en vigencia el artículo I⁶⁴ del Tratado de Asunción y los artículos 1 y 5 del anexo IV del TA.

El anexo IV no contiene una cláusula con plazo final, pero sí un plazo entre el cual determinados objetivos deberán ser cumplidos. La existencia de un plazo dentro del cual se podrán tomar ciertas medidas, de ninguna manera se podrá interpretar de forma de entender que a partir del cumplimiento de este plazo quedan terminados los efectos de los objetivos que se pretenden alcanzar a partir de esta fecha. Justamente en ese sentido, el Artículo 5 del Anexo IV dispone que:

“En ningún caso la aplicación de cláusulas de salvaguardia podrá extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994”.

Por cierto que esta norma es operativa y tiene vigencia “a partir” y no “hasta” esta determinada fecha.

⁶³ Decisión No. 8/94 (“Zonas Francas, Zonas de Procesamiento de Exportación y Areas Especiales de Aduana”) establece en su artículo tres que los Estados Miembros del MERCOSUR pueden aplicar medidas de salvaguardia previstas en el GATT de acuerdo a circunstancias especiales. El Tribunal considera que el artículo tres puede tener precedencia sobre la prohibición de aplicación de medidas de salvaguardia contenidas en el artículo cinco del Anexo IV del TA con relación a las mercaderías provenientes de zonas francas, zonas de procesamiento de exportación y áreas especiales de aduana.

⁶⁴ El artículo I del Tratado de Asunción dispone que:

“Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que deberá estar establecido el 31 de diciembre de 1994, y que se denominará “Mercado Común del Sur (MERCOSUR)”.

Este Mercado Común implica:

La libre circulación de bienes, servicios y 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 de cualquier otra medida de efecto equivalente(…)”

Además, el Tribunal concluyó bajo la letra E de la parte IV del laudo, que la interpretación de las disposiciones sobre el MERCOSUR deberán realizarse, salvo norma expresa en contrario, de conformidad con el objetivo y fin de toda integración económica. Por consiguiente, en ausencia de norma específica que permita la aplicación de salvaguardia, continúa en vigencia el artículo 1 del Tratado de Asunción y los artículos 1 y 5 del Anexo IV del TA.

Con respecto a la determinación del Tribunal bajo la letra B de la decisión del laudo arbitral que dispone sobre la incompatibilidad de la Resolución 861/99 con la normativa Mercosur en vigencia, inequívocamente el Tribunal se refería a la ausencia de norma específica que modificase el alcance de la prohibición general contenida en el Anexo IV del TA.

4. Cláusulas de Salvaguardia y Régimen de Adecuación

Con respecto al punto cuatro del pedido de aclaración sobre cláusulas de salvaguardia y el Régimen de Adecuación Final, el Tribunal confirma que su intención fue la de asegurar que, para Argentina, el 1º de enero de 1999 se había cumplido con lo previsto en el Régimen de Adecuación Final, régimen éste que complementó lo dispuesto para el período de transición.

Por las razones anteriormente citadas, el Tribunal, por unanimidad, considera respondido el pedido de aclaración formulado por la República Argentina.

Por unanimidad, el Tribunal dispone que las actuaciones correspondientes al pedido de aclaración ya resuelto sean agregadas al expediente principal y archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, y que esta resolución sea notificada a las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, y publicada sin más demora junto con el laudo.

Dr. Gary N. Horlick
Arbitro Presidente

Dr. Raúl E. Vinuesa
Arbitro

Dr. José Carlos de Magalhães
Arbitro

LAUDO IV

En la ciudad de Montevideo, a los 21 días del mes de mayo de dos mil uno (2001).

VISTO: Para laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina".

Orden del laudo.

El Tribunal ha estructurado la presente decisión arbitral de la siguiente manera:

SUMARIO

I.- Resultandos.

I-A) El Tribunal Arbitral.

I-B) Representación de las Partes.

I-C) Alegaciones de las Partes.

I-C-1) Reclamo de la República Federativa de Brasil.

I-C-2) Respuesta de la República Argentina.

II.- Considerandos.

II-A) La presente instancia Arbitral.

II-B) Cuestión Previa.

II-C) Objeto.

II-D) Existencias o no de normas Mercosur que regulen expresamente la investigación de dumping y la aplicación de Medidas antidumping en el comercio intrazona.

II-D-1) Normas invocadas.

II-D-2) Alcance y vigencia.

II-D-3) Obligatoriedad y vigencia.

II-D-4) Consideraciones específicas sobre las normas en las que las Partes en esta controversia han hecho mayor hincapié: DEC CMC Nos. 18/96 y 11/97.

II-D-5) Normas O.M.C.

II-D-6) Conclusión sobre normativa expresa Antidumping.

II-E) El Derecho aplicable en ausencia de normas Mercosur que regulen expresamente el régimen antidumping intrazona.

II-E-1) Principio general.

II-E-2) Referencia específica al dumping en el TA.

II-E-3) El dumping en uniones aduaneras y áreas de libre comercio.

II-E-4) Conclusiones sobre el derecho aplicable.

II-F) Consecuencias y aplicación al caso de autos.

II-F-1) Características y finalidad de las medidas antidumping.

II-F-2) La indebida utilización de las medidas antidumping con desviación de poder.

II-F-3) Análisis del procedimiento antidumping aplicado en el caso a fin de determinar si hay desviación de poder.

II-F-3-a) Breve cronología de las etapas del procedimiento.

II-F-3-b) Aspectos del trámite de la investigación de dumping.

II-F-3-c) Conclusiones sobre el modo como ha sido llevado el procedimiento antidumping.

II-F-4) Conclusiones sobre consecuencias y aplicación al caso de autos

III.- Conclusiones.

IV.- Decisión.

Algunas abreviaturas

AD OMC	Acuerdo sobre la aplicación del artículo VI del GATT 1994 (Acuerdo Antidumping de la OMC).
CCM	Comisión de Comercio del Mercosur.
CMC	Consejo Mercado Común
DEC CMC	Decisión del Consejo Mercado Común.
DCE	Dirección de Competencia Desleal (República Argentina)
DIR CCM	Directiva de la Comisión de Comercio del Mercosur.
EPM	Estados Partes del Mercosur.
GMC	Grupo Mercado Común
ME	Ministerio de Economía de la República Argentina
MN	Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del Mercosur.
PB	Protocolo de Brasilia sobre Solución de Controversias en el Mercosur.
POP	Protocolo de Ouro Preto.
RA	Restricciones Arancelarias
RES GMC	Resolución del Grupo Mercado Común.
RNA	Restricciones No Arancelarias
SAM	Secretaría Administrativa del Mercosur.
TA	Tratado de Asunción
TM 80	Tratado de Montevideo de 1980

I.- RESULTANDOS

I-A) El Tribunal Arbitral

1) El Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el Mercosur (PB), de 17 de diciembre de 1991, está integrado por los árbitros Dr. Juan Carlos Blanco (de la República Oriental del Uruguay, presidente). Dr. Enrique Carlos Barreira (de la República Argentina) y Dr. Tercio Sampaio Ferraz Junior (de la República Federativa de Brasil)

2) El Presidente fue notificado de su designación por la Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) el 28 de febrero de 2001 y el Tribunal quedó constituido, instalado y en funciones el 7 de marzo de 2001. En la misma fecha el Tribunal adoptó sus Reglas de Procedimiento. Invitó a las Partes a designar respectivamente a sus Representantes y a constituir sus domicilios a los efectos del procedimiento arbitral. Invitó asimismo a las Partes a someter por su orden los escritos de presentación (Reclamante) y de respuesta (Reclamada).

3) Las representaciones quedaron acreditadas y los domicilios constituidos. Los escritos fueron presentados y recibidos por el Tribunal dentro de los plazos previstos, haciéndose conocer cada escrito a la otra Parte. Las pruebas documentales presentadas por cada parte fueron admitidas, comunicadas a la otra parte y agregadas al expediente. En la audiencia oral de testimonio efectuada en la Ciudad de Asunción el día 3 de mayo de 2001, el Tribunal recibió el testimonio de la testigo Licenciada Mirían Segovia, Viceministro de Comercio de la República de Paraguay, presentada por la Parte Reclamada, en presencia de ambas Partes las que formularon preguntas a la testigo. En audiencia oral realizada en el mismo lugar y fecha, fueron escuchadas las Partes, de acuerdo con el art. 15 de las Reglas de Procedimiento y presentaron, asimismo, un resumen escrito de sus respectivas exposiciones.

4) Las notificaciones y comunicaciones del Tribunal a las Partes, así como el recibo de las comunicaciones y escritos de las Partes fueron realizados por intermedio de la SAM.

5) El 10 de abril de 2001 el Tribunal resolvió hacer uso de la prórroga por treinta días del plazo para expedirse, notificando a las Partes, de conformidad con el artículo 20 del Protocolo de Brasilia (PB) y el artículo 17 (1) de las Reglas de Procedimiento.

6) Las actuaciones del Tribunal que preceden a este Laudo Arbitral, consignadas en Actas y Anexos a las Actas de acuerdo con las Reglas de Procedimiento corren agregadas a estos autos.

I-B) Representación de las Partes

7) La República Federativa de Brasil ha designado como Representante al Sr. Carlos Márcio Bicalho Cozendey y la República Argentina ha designado como Representante al Lic. Adrián Makuk y como Representante Alterno a la Contadora Valeria Raiteri.

I-C) Alegaciones de las Partes

I-C-1) Reclamo de la República Federativa de Brasil

8) El escrito de presentación de Brasil comprende una parte destinada a antecedentes y elementos de hecho y otra dedicada a la fundamentación jurídica de su posición. Esta parte a su vez se divide en dos secciones, la primera referida a aspectos preliminares y la segunda a inconsistencias legales. A continuación incluye un capítulo de resumen y conclusiones, cerrando el escrito con el peticitorio al Tribunal.

Antecedentes y elementos de hecho

9) Brasil considera que la Resolución ME 574/2000 y los procedimientos de investigación antidumping en los que se basa no son compatibles con la normativa Mercosur sobre investigación y aplicación de derechos antidumping en el comercio entre los Estados Partes del Mercosur (EPM).

10) Señala que la Parte Reclamada respondió negativamente al pedido de negociaciones bilaterales según el artículo 2 del PB por considerar que tales investigaciones debían ser conducidas conforme a las legislaciones nacionales de los EPM, por lo cual no estarían incluidas en el ámbito de aplicación del PB. A lo cual Brasil, además de reiterar su posición, replicó que no cabía a Argentina juzgar unilateralmente la aplicabilidad o no del PB, y promovió entonces la segunda etapa del sistema de solución de controversias ante el Grupo Mercado Común (GMC) la que concluyó sin solución satisfactoria. Luego solicitó a la SAM la constitución de un tribunal arbitral (24-01-01).

11) Entiende Brasil que no existen los elementos necesarios para aplicar medidas antidumping en el caso de autos y que tampoco fueron respetados los procedimientos para la investigación del presunto dumping. El derecho antidumping fue aplicado en la forma más restrictiva como precios mínimos de exportación en vez de derechos ad valorem, con el resultado de que en determinadas situaciones el derecho sea mayor que el margen de dumping.

Las exportaciones brasileñas de pollos enteros congelados a Argentina cayeron desde la publicación de la Resolución ME 574/2000: un 22.55% en 2000 con reducción en volumen y precio y desde la aplicación del derecho cayeron 70% en cada mes comparado con los meses correspondientes del año anterior, llevando el comercio bilateral del producto al más bajo nivel histórico. 15) Los problemas de la industria argentina de pollos se debieron a la caída del precio del producto en el mercado mundial y al aumento de la oferta de la propia industria doméstica cuya producción se incrementó un 23% en los últimos cuatro años. Presionados por esos factores la industria argentina representada por el Centro de Empresas Procesadoras Avícolas (CEPA) procuró restringir las importaciones provenientes de Brasil.

12) La utilización excesiva a lo largo de los últimos años del instrumento del antidumping por parte de Argentina contra las exportaciones del Brasil parece denotar un sesgo proteccionista, atendiendo a los sectores peticionantes además de contrariar el espíritu de la Unión Aduanera de eliminar las barreras no arancelarias al comercio entre los socios. Un estudio elaborado por Aladi revela que Argentina es el vice-líder regional en aplicar derechos antidumping y que Brasil es el país del mundo más afectado por esa medida. Brasil por su parte no mantiene ningún derecho antidumping contra Argentina. En investigaciones recientemente abiertas en Argentina, Brasil ha identificado procedimientos que no son acordes con las reglas correspondientes, tanto para la apertura como para conducir la investigación.

Fundamentación Jurídica.

Aspectos Preliminares

13) Las dos vertientes fundamentales para caracterizar al Mercosur como una Unión Aduanera son por un lado la liberalización del comercio entre los EPM con la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias y por el otro lado la adopción de políticas comerciales comunes frente a terceros mercados (AEC). Todas las decisiones en el ámbito institucional y económico encaran el perfeccionamiento de esos aspectos.

14) Los EPM vienen realizando esfuerzos para la defensa de la industria doméstica del Mercosur frente a terceros y en el orden interno para eliminar las medidas antidumping y armonizar las políticas de subsidios. En tanto ello no ocurre cada EPM aplica sus propias medidas de acuerdo con las reglas de la OMC y con los parámetros definidos para la región por las Decisiones CMC 11/97 (marco Normativo de Antidumping) y 29/00 (Marco Normativo de Subsidios).

15) Las medidas antidumping según la doctrina son incompatibles con esquemas de integración regional y según el artículo XXIV.8 (a) (i) del GATT 1947 una unión aduanera implica la eliminación de los aranceles y de otras reglamentaciones restrictivas del comercio entre los territorios que la componen. Las medidas antidumping del artículo VI del GATT son evidentemente restrictivas del comercio y además no son mencionadas entre las excepciones al artículo XXIV. Mientras el Mercosur no concluya el proceso para eliminarlas, al ser los EPM miembros de la OMC están regidos por el Acuerdo sobre Implementación del artículo VI del GATT 1994 (AC-OMC) y por la interpretación común del mismo contenida en la DEC CMC 11/97 (Marco Normativo, MN)

16) Basta la interpretación literal del artículo 1 del PB y del artículo 43 del Protocolo de Ouro Preto (POP) para comprobar que la divergencia sobre la interpretación de normas del Mercosur es elemento central y suficiente para la aplicación del sistema de solución de controversias del Mercosur. Las diferentes posiciones asumidas por Brasil y Argentina evidencian un conflicto de opiniones que caracteriza a una controversia según fuera definida por el Tribunal Arbitral ad hoc relativo a "Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles".

17) La apreciación del alcance y validez de las normas Mercosur aplicables al caso de autos requiere una amplia tarea de interpretación a partir de una óptica integradora con las normas y principios del derecho internacional (Tribunal Arbitral ad hoc sobre existencia de subsidios a las exportaciones de carne de cerdo y artículo 19 del PB). La Convención de Viena sobre Tratados indica que un tratado debe ser interpretado según el sentido común de los términos del mismo, en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad, que deben ser vistos como una regla holística de interpretación. En sentido estricto será la interpretación teleológica la que podrá contribuir a revelar la real perspectiva de las cuestiones controversiales. Los fines han de ser caracterizados normativamente.

18) El Tratado de Asunción (TA) en su artículo 1 caracterizó esos fines al decir que el Mercado Común implica la libre circulación de bienes a través de la eliminación de los derechos aduaneros y de las restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías o de cualquier otra medida de efecto equivalente. El artículo 4 a su vez prevé la aplicación de las legislaciones nacionales para inhibir las importaciones de terceros estados cuyos precios estén influenciados por dumping y prevé que paralelamente los EPM lleguen a elaborar normas comunes sobre competencia comercial. No habiendo mención a dumping intrazona se puede deducir de la redacción de esos artículos que el objetivo era adoptar normas armonizadas para dumping y subsidio extrazona y en el ámbito interno su eliminación en el contexto de la eliminación de las restricciones no arancelarias. Esta lectura es concorde con la doctrina del comercio internacional y con la propia evolución del tema en el Mercosur según se aprecia en las Decisiones del CMC N° 18/96, 11/97, 28/00, 31/00, 64/00 y 66/00.

19) El Mercosur ya alcanzó el nivel de área de libre comercio plena y eliminados los aranceles los esfuerzos se concentran en las restricciones no arancelarias al comercio recíproco. El Tribunal Arbitral relativo a las salvaguardias sobre textiles afirma que su interpretación estará en concordancia con estos propósitos que representan el objeto y finalidad de los acuerdos de base del Mercosur. En tanto que el Tribunal Arbitral sobre Comunicados Decex señala que la controversia debe ser resuelta bajo la perspectiva del conjunto normativo del Mercosur interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan de ese conjunto normativo y de los fines y objetivos que los EPM asumieron al adoptar esas normas. El mismo Tribunal afirma que en el proceso dinámico de la integración deben usarse los medios para lograr esos fines.

20) El Mercosur legisló sobre defensa comercial desde su comienzo. La evolución de las normas sobre aplicación de medidas antidumping intrazona proporciona la base para resolver la presente controversia. Cita Brasil las siguientes normas: DEC CMC N° 3/92 (extrazona), DEC CMC N° 7/93 (extrazona), RES GMC 63/93 (intrazona), RES GMC N° 108/94 (extrazona), RES GMC 129/94 (intrazona), DIR CCM N° 05/95 (intrazona), DEC CMC N° 18/96 (Protocolo de Defensa de la Competencia), DEC CMC N° 11/97 (Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping provenientes de Países no Miembros del Mercosur- MN), DEC CMC N° 28/00 (Defensa Comercial de la Competencia) y DEC CMC N° 64/00 (Defensa Comercial y de la Competencia).

21) La RES GMC N° 63/93 estableció un procedimiento para el intercambio informativo en el caso de investigación de dumping intrazona, prorrogado por la RES GMC N° 129/94 hasta la aprobación del Estatuto Común de Defensa de la Competencia, disponiendo que mientras no se cumpla esa condición se aplicarán los sistemas nacionales mientras no se apruebe el reglamento común para la investigación de dumping extrazona. Ello muestra la intención de extender al comercio intrarregional las reglas que se definieran para la defensa frente al dumping extrazona, para que los socios del Mercosur no tengan un tratamiento menos favorable que los terceros.

22) La DEC CMC N° 18/96 indica la voluntad de sustituir el antidumping intrazona por el Protocolo común de Defensa de la Competencia, razón por la cual se prorrogó por la citada RES GMC N° 129/94 el régimen de intercambio de informaciones. Expresa Brasil que la meta de resolver las cuestiones de competencia desleal mediante instrumentos de defensa de la competencia y no de defensa comercial (antidumping y compensatorias) fue obstaculizada por Argentina que insistió en mantener el antidumping en el comercio intrazona. El artículo 2 prevé que las investigaciones de dumping intrazona se hagan hasta el 31 de diciembre de 2000 de acuerdo con las legislaciones nacionales.

23) La DEC CMC N° 11/97 aprueba el Marco Normativo (MN) que hace una interpretación común a los cuatro EPM del Acuerdo Antidumping de la OMC (AD-OMC) y que contiene

matices "Mercosur" con respecto a éste. Los artículos 3 y 9 de la DEC CMC N° 11/97 definen la regla vigente en el Mercosur para el dumping extrazona e intrazona. Según el artículo 3 mientras no se apruebe el Reglamento Común Antidumping los EPM aplicarán a las importaciones de extrazona objeto de dumping la legislación nacional y, en caso necesario, harán en ésta ajustes para armonizarla con el MN. Según el artículo 9 en las investigaciones antidumping intrazona se aplicará la DEC CMC N°18/96 "en consonancia con lo establecido en el artículo 3". De este modo el tratamiento del antidumping en el Mercosur pasa de un intercambio informativo a la exigencia de la conformidad de la legislación nacional con el MN para terceros países. El Reglamento Común no se ha aprobado porque no se han definido las instancias y competencias de los órganos Mercosur responsables de investigar y de decidir, pero ya está pronta y se aplica la negociación técnica sobre cómo se debe investigar y aplicar las medidas antidumping.

24) Brasil concluye del examen de la evolución normativa que hay normas Mercosur sobre aplicación de medidas antidumping al comercio intrazona y que el tema no está librado a la discrecionalidad de las partes como pretende Argentina. Desde 1997 la aplicación de medidas antidumping intrazona debe ser en conformidad con el MN que refleja el entendimiento común de los EPM sobre las reglas y procedimientos establecidos en el AD-OMC.

25) La vigencia de las normas del Mercosur se halla disciplinada por los artículos 9, 38, 40, 41 y 42 del POP y por la DEC CMC N° 23/00. Las Decisiones del CMC son obligatorias y constituyen fuente jurídica del Mercosur. Los EPM son responsables de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas. Las normas pueden necesitar incorporación al ordenamiento jurídico nacional o no ("cuando sea necesario", dice el artículo 42 del POP). La vigencia simultánea de las normas en todos los EPM se logra a través de las reglas del artículo 40 del POP. La DEC CMC N° 23/00 establece que no necesitan incorporación las normas relativas a la organización y funcionamiento del Mercosur y aquéllas cuyo contenido estuviera contemplado en la legislación nacional de los EPM. El MN es una interpretación consensuada de un acuerdo ya vigente e incorporado por los EPM a sus respectivos ordenamientos jurídicos (AD-OMC). Por otro lado la DEC CMC N° 11/97 establece disciplinas de aplicación inmediata distintas de la aplicación del marco como instrumento de política comercial común. Tales disciplinas no fueron incorporadas porque ya lo estaban para todos los EPM en la medida que éstos incorporaron a sus respectivos ordenamientos los resultados de la Ronda Uruguay del GATT, que incluía el AD-OMC.

26) En el cuadro de la SAM sobre normas incorporadas, en lo relativo a la DEC CMC N° 11/97 Argentina consigna "Incorporada. Ley 24.425. Acuerdo OMC" y Brasil "No incorporada. Para su incorporación se requiere la aprobación del Reglamento Común". O sea, que para Brasil la incorporación sólo será necesaria cuando se apruebe el Reglamento. Luego, al plantearse la presente controversia cambió la anotación a "Status de norma bajo solución de controversias". Argentina ha admitido en la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) la vigencia de la DEC CMC N° 11/97 al responder con una nota técnica a una consulta de Brasil. Esto y la indicación de Argentina para el cuadro SAM de incorporación de normas constituyen práctica subsiguiente en los términos de la Convención de Viena sobre los Tratados. Una interpretación diferente haría aplicable a Argentina el principio de estoppel o sea la prohibición de venire contra factum proprium. La comparación de los textos del MN y del AD-OMC muestra que por su coincidencia no se requiere incorporación como lo indica Argentina en su nota para el cuadro SAM de incorporaciones.

27) La DEC CMC N° 18/96 que según Argentina es la única norma Mercosur aplicable al caso ha sido incorporada por Brasil y Paraguay. Por tanto no está vigente como un todo. Esto no impide, sin embargo, que los EPM apliquen los artículos 2 y 3 de la misma en cumplimiento del principio de buena fe y a fin de no frustrar el objeto y fin de la norma aprobada. No es comprensible la posición argentina de considerar vigente la RES GMC N° 18/96 (aprueba un tratado internacional) y no vigente la 11/97 (cristaliza una interpretación

común). Si se vienen aplicando normalmente y de buena fe aspectos de la DEC CMC N° 18/96, con mayor razón corresponde aplicar la 11/97.

28) Si se considerara que ambas resoluciones necesitan para estar formalmente vigentes la aprobación por los cuatro países y la notificación a la SAM estaría configurada una situación de inexistencia de normas específicas sobre la aplicación de medidas antidumping intrazona. En este caso la norma aplicable sería el Tratado de Asunción (TA) en el cual los EPM se comprometen a la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias. En esta hipótesis, siendo el derecho antidumping una restricción no arancelaria estaría prohibido en el Mercosur a partir del 31 de diciembre de 1999 según las conclusiones del Tribunal Arbitral sobre el Comunicado 37 Decex. No mediando una modificación expresa de los objetivos y fines establecidos por una norma de igual jerarquía aquéllos permanecen como una referencia estable de la que depende la consolidación de las corrientes comerciales.

29) Ninguna norma autoriza a los EPM a utilizar el instrumento del antidumping en perjuicio del objetivo principal de la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias al comercio recíproco. Las disposiciones de las Decisiones 16/96 y 11/97 caracterizan una situación transitoria en la que se aplica bajo ciertas condiciones el instrumento antidumping intrazona. Si tales decisiones estuvieran desprovistas de efectos jurídicos no se podrían aplicar derechos antidumping al comercio recíproco.

Inconsistencias legales

30) Las normas del AD-OMC fueron traídas al acervo normativo comunitario por la DEC CMC N° 11/97 (Marco Normativo, MN). Siendo el MN por definición del artículo 1 conforme al AD-OMC, no cumplir con aquél implica no cumplir con éste. Además, aunque las disciplinas del MN no fueran aplicables por alguna fundamentación jurídica que lo excluyera, serían aplicables las normas del AD-OMC en virtud del artículo 19 del PB como "principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia". Las normas del AD-OMC son obligatorias para los miembros de la OMC entre los cuales se encuentran los EPM.

31) El proceso de aplicación de medidas antidumping en el caso presenta inconsistencias con las normas aplicables:

32) --- Relativas a la apertura de la investigación (determinación de existencia de elementos de prueba suficientes de la práctica de dumping), las inconsistencias se refieren al artículo 35 del MN (art. 5.3 del AC-OMC) y capítulo III del MN (art. 2 AD-OMC):

Argentina no verificó la representatividad de la muestra de precios de exportación presentada en la petición; no confrontó tal información con otras fuentes disponibles; seleccionó datos referentes a un período diferente al de la información sobre precio normal suministrada por el peticionario; no evaluó la pertinencia del ajuste propuesto por el peticionario que no se basa en ninguna evidencia sobre diferencia de precios en Brasil para el pollo con y sin patas y cabeza, basándose en vez en la alegada diferencia física de rendimiento entre los pollos de producción argentina y brasileña; no tuvo en cuenta otras diferencias entre el producto exportado por Brasil (pollo congelado) y el que sirvió de base para el precio normal (pollo enfriado); utilizó una metodología sesgada no compatible con el MN para determinar el margen de dumping pues seleccionó solamente operaciones de exportación cuyo precio era inferior al normal (el valor normal medio ponderado debe ser comparado con la media ponderada de todas las transacciones comparables); no volvió a evaluar los indicios de dumping con las nuevas informaciones sobre el precio normal suministradas por el peticionario.

33) --- Relativas a la apertura de la investigación (Determinación de la existencia de elementos de prueba suficientes de daño a la industria doméstica), las inconsistencias se refieren a los artículos 35 y 42, capítulos IV y V del MN (arts. 5.3, 5.7, 3 y 4 del AD-OMC):

Argentina no procedió al examen adecuado de los elementos de prueba presentados en la petición ya que: no definió la industria doméstica a ser analizada; analizó indicadores correspondientes a grupos distintos durante períodos del año no coincidentes; no evaluó los precios de las exportaciones brasileñas en el primer semestre de 1998 a pesar que fue evaluada la tasa de crecimiento de esas exportaciones en dicho período, no consideró debidamente todos los elementos disponibles como la falta de correlación entre el comportamiento de las exportaciones brasileñas y los precios en el mercado argentino; no proporcionó ninguna indicación positiva de la existencia de daño que justificase la apertura de la investigación; en la determinación de la relación causal analizó el efecto de importaciones a supuestos precios de dumping en algunos meses de 1997 con una situación de amenaza de daño en 1998 y no consideró otros factores como el precio de las exportaciones de otros orígenes; no procedió al examen objetivo del volumen de las exportaciones supuestamente objeto de dumping y de su efecto sobre los precios de productos similares; para el examen del impacto sobre la industria doméstica analizó indicadores sobre muestras distintas de productores; no consideró la totalidad de los elementos disponibles para demostrar el daño causado por las importaciones; no examinó simultáneamente los elementos de prueba relativos a la existencia de dumping y al daño causado por el mismo.

34) --- Relativas a la decisión de apertura, las inconsistencias se refieren a los artículos 36.2 y 36.3 del MN (art. 5.7 del AD-OMC):

Argentina no siguió el MN al no archivar el proceso cuando la Comisión Nacional de Comercio Exterior determinó la inexistencia de daño o de amenaza de daño y no actuó de conformidad con el MN al decidir iniciar la investigación a pesar que la determinación posterior de la CNCE fue de posibilidad de indicios de amenaza de daño.

35) --- Relativa al no traslado de la petición, la inconsistencia se refiere a los artículos 50.3 y 105 del MN (art. 6.3 del AD-OMC):

Argentina no proporcionó copia de la petición al Gobierno y a los exportadores brasileños y consecuentemente cercenó el derecho de defensa de las partes interesadas.

36) --- Relativas a la determinación del dumping, las inconsistencias se refieren a los capítulos II y VII del MN (arts. 2 y 6 del AD-OMC):

Sobre los procedimientos, Argentina impuso un onus excesivo a las partes al requerir información de un período de 1996 a 1998 y meses disponibles de 1999 en tanto que la investigación abarcaba sólo de enero 1998 a enero 1999; y no utilizó la información que solicitó a pesar de que le fue suministrada a tiempo, ni dio oportunidad a los exportadores brasileños de informar al respecto.

Sobre la determinación final de la existencia de dumping, el informe de determinación definitiva no aclara si la comparación entre valor normal y precio de exportación tuvo en consideración todos los ajustes necesarios para hacerlos comparables (por ejemplo, no hubo ningún ajuste que hiciera comparable el pollo congelado y el enfriado); la comparación se hizo en diferentes niveles de carga tributaria y sin considerar si los pollos se vendían con o sin menudos; no hay ninguna referencia a los tipos de pollo que se comparaban (congelados y enfriados, con o sin menudos); el ajuste de 9,09 % impuesto por las autoridades argentinas es impropio pues sólo considera la existencia o no de patas y cabeza.

37) --- Relativas a la determinación del daño y de la causalidad, las inconsistencias se refieren a los capítulos IV y V del MN (arts. 3 y 4 del AD-OMC):

Las autoridades argentinas definieron una industria doméstica no representativa sobre la cual se apreció el daño; no se evaluaron todos los indicadores de daño relacionados en el artículo 22 del MN y los indicadores tomados se refieren a períodos distintos; adicionalmente no se tuvieron en cuenta para la evaluación del daño las exportaciones de las empresas a las que no se les determinó dumping. Los elementos de prueba considerados no permiten concluir que haya habido daño a la industria doméstica en el período de evaluación. Coincide con esta conclusión el director Baracat de la CNCE.

38) --- Relativas a divulgación incompleta de la determinación final, las inconsistencias se refieren al artículo 96 del MN (art. 12.2 del AD-OMC):

El informe de determinación definitiva no explica porque no fueron aceptadas las informaciones presentadas por las empresas exportadoras brasileñas; la resolución ME 574/2000 ni los informes separados justifican la metodología utilizada en la determinación y comparación del precio de exportación con el valor normal ni las razones por las que no se aceptaron diversas informaciones disponibles; en la determinación final del daño no hay explicación sobre la utilización de períodos diferentes para analizar los indicadores de daño.

39) --- Relativa a la imposición de derecho antidumping en desacuerdo con el capítulo X del MN (art. 9.1 del AD-OMC):

La aplicación de un derecho variable (alícuota específica) sin ningún límite es contrario al capítulo X del MN y al no tener un límite máximo compatible con el margen de dumping determinado en la investigación permite cobrar un derecho superior al margen.

40) --- Relativa a la valoración aduanera, inconsistencia con respecto a la DEC CMC N° 17/94:

Argentina no aplica el derecho antidumping equivalente a la diferencia entre el valor mínimo de exportación FOB y los precios FOB de exportación declarados. La Aduana sólo libera la importación cuando el valor FOB declarado en la documentación sea igual a los valores mínimos de exportación especificados en la resolución ME 574/2000.

Resumen y conclusiones

41) No existen los elementos necesarios para aplicar a las exportaciones brasileñas de pollos las medidas antidumping dispuestas por la Resolución ME 574/2000. Tampoco fueron respetados los procedimientos legales existentes en el Mercosur para la investigación de dumping. Desde la publicación de dicha resolución las exportaciones de pollo sufrieron una fuerte caída.

42) Argentina aplica en gran escala derechos antidumping. Tales medidas deben ser eliminadas en las uniones aduaneras. La eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias y en un plano más específico el antidumping intrazona son, entre otros, fines del proceso de integración.

43) La existencia de divergencias de interpretación entre Brasil y Argentina sobre la aplicación o no de normas Mercosur justifica el accionamiento del mecanismo de solución de controversias.

44) El antidumping intrazona se rige por el MN aprobado por la CMC 11/97 . El MN es una interpretación común del Acuerdo Antidumping de la OMC. Las obligaciones principales emanadas de la DEC CMC N° 11/97 con respecto al dumping intrazona son aplicar la legislación nacional hasta el 31-12-00, haciendo los ajustes en caso necesario para armonizarla con el MN. Igual régimen rige para los casos extrazona.

45) Los EPM no adoptaron medidas para la incorporación del MN a sus respectivos ordenamientos por ser siempre obligatorias las decisiones del CMC y porque las disciplinas específicas del MN ya estaban incorporadas por todos como parte de los resultados de la Ronda Uruguay que incluían el AD-OMC.

46) Argentina no actuó de conformidad al MN al no rechazar la solicitud de apertura de la investigación. No examinó adecuadamente la existencia de prueba que justificase el inicio de la misma. No hizo conocer la petición de investigación al gobierno brasileño y a los exportadores. No consideró en la determinación final de dumping los elementos proporcionados por los exportadores brasileños y no realizó los ajustes necesarios para una

comparación justa. No definió correctamente la industria doméstica para la determinación final de daño y no hizo el análisis de la prueba disponible. Para el nexo causal consideró la totalidad de las importaciones originadas en Brasil y no sólo las que habrían incurrido en dumping. No se explican las razones de la no aceptación de informaciones proporcionadas por los exportadores brasileños.

47) El derecho antidumping permite cobrar un derecho superior al margen de dumping. Los valores de referencia para la valoración aduanera no respeta la norma Mercosur correspondiente.

Pedido al Tribunal

48) Brasil solicita al Tribunal que teniendo en cuenta los hechos y los fundamentos jurídicos expuestos declare el incumplimiento por parte del gobierno argentino de las normas que indica -que son las referidas en el capítulo sobre inconsistencias legales- y que por consiguiente ordene al gobierno argentino la derogación, en el plazo de quince días (art. 21.2 PB), de la Resolución ME 574/2000.

I-C-2) Respuesta de la República Argentina

49) El escrito de respuesta de Argentina se divide en: cuestión previa, síntesis de los fundamentos para rechazar la reclamación, antecedentes, rechazo de los argumentos de Brasil, argumentos en los que Argentina fundamenta su posición, argumentos en subsidio sobre el proceso de investigación que derivó en la Resolución ME 574/2000, ofrecimiento de prueba y petitorio.

Cuestión previa

50) Argentina entiende que el Tribunal debe atender como cuestión previa la existencia o no de normativa Mercosur que regule la investigación de dumping y la aplicación de derechos antidumping en el comercio intrazona. Si el Tribunal arribara a la conclusión de que existe tal normativa deberá pronunciarse sobre si la misma es aplicable a la presente controversia. Por tanto pide que el Tribunal se expida al respecto en forma previa al tratamiento de las cuestiones planteadas por Brasil en relación con el proceso que llevó a la Resolución ME 574/2000. Solicita que, de concordar con la posición argentina de que no hay normas Mercosur que le den competencia al Tribunal para revisar los procedimientos sobre dumping y la aplicación de derechos antidumping intrazona regidos y aplicados íntegramente por el derecho nacional de un Estado Parte, el Tribunal dé por terminada su actuación.

51) Para el caso que la cuestión no sea resuelta en forma previa, pide que lo sea en conjunto con las restantes argumentaciones que presenta en la respuesta. En la eventualidad de que el Tribunal entienda que corresponde analizar los procedimientos de investigación, solicita que el Tribunal se pronuncie sobre cuál es la normativa Mercosur que da competencia a los Tribunales Arbitrales para revisar la aplicación de derechos antidumping intrazona. Solamente para el caso hipotético de que el Tribunal considere que hay disciplinas comunes Mercosur en materia de dumping intrazona, Argentina presenta en subsidio argumentos demostrativos de que el procedimiento fue seguido conforme a derecho.

Síntesis de los fundamentos argentinos

52) Los procedimientos de investigación antidumping y la Resolución N°574/2000 no están sujetas a normativa Mercosur sino que se hallan regulados por la legislación nacional. La resignación de la potestad de aplicar la legislación nacional tiene que ser expresa lo que no ocurre en el caso. Ninguna norma Mercosur o nacional habilita a un Tribunal Arbitral del Mercosur a revisar procedimientos adoptados por un EPM bajo su legislación nacional.

53) La DEC CMC N° 11/97 no está vigente pues los EPM no la incorporaron a sus ordenamientos. Al no estar vigente no hay norma vinculante para los EPM. El MN es sólo una base para negociar el reglamento común y tampoco está vigente. El MN no es operativo además porque le falta la estructura institucional. El MN excede de ser una copia del AD-CMC y tiene un alcance territorial distinto.

54) La DEC CMC N° 11/97 no había sido aprobada cuando se inició el procedimiento que motiva las presentes actuaciones. Dicha decisión del CMC nunca fue aplicada por los EPM incluso Brasil quien no la tuvo en cuenta en actuaciones anteriores.

55) El Tribunal no debe considerar normativa alguna de la OMC pues no hay ninguna norma Mercosur que lo decida así.

56) La consideración del procedimiento por dumping que concluyó con la Resolución N° 574/2000 no cae en el ámbito material de aplicación del PB. En todo caso, Argentina afirma que ese procedimiento fue realizado conforme a derecho. Y recuerda que hay varios recursos administrativos y judiciales en trámite ante las correspondientes autoridades argentinas.

Antecedentes y comentarios

57) La Resolución ME 574/2000 que dispuso la aplicación de derechos antidumping a las exportaciones de carnes de pollo originadas en Brasil fue dictada luego de darse cumplimiento a todos los procedimientos dispuestos por la normativa nacional vigente (Ley 24.425 y Decreto 2121/94). Los EPM han preservado en el ámbito de sus competencias lo relativo al dumping intrazona como lo indica la DEC CMC N° 18/96 cuyo artículo 2 establece que las investigaciones al respecto serán efectuadas de acuerdo con las legislaciones nacionales. A su vez, la DEC CMC N° 28/2000 reconoce la ausencia de normas Mercosur al encomendar al GMC preparar una propuesta al respecto y la DEC CMC N° 11/97, pese a que el MN no es operativo, ratifica la aplicación de las legislaciones nacionales.

58) Estos criterios fueron transmitidos a Brasil en respuesta al planteo para realizar Negociaciones Directas en el marco del PB para la solución de controversias, señalando que por tratarse de un asunto sometido a la legislación nacional no correspondía el procedimiento bajo el PB, no aceptando en consecuencia iniciar Negociaciones Directas.

59) Rechaza, en consecuencia, que haya querido obstaculizar el procedimiento del PB sino impedir un uso abusivo del mismo. Rechaza, asimismo, que haya pretendido una delimitación unilateral del objeto de la controversia ya que éste se determina por los escritos de presentación y de respuesta según el Reglamento del PB (art.28).

Rechazo de los argumentos presentados por Brasil

Niega que la facultad de imponer medidas antidumping sea incompatible con el actual esquema de integración.

60) No hay normativa antidumping intrazona en el derecho originario del Mercosur. El tema ha sido abordado en el derecho derivado con un alcance restringido al intercambio informativo y a la remisión a las legislaciones nacionales. Sí está contemplado el dumping extrazona, aplicando la legislación nacional y buscando negociar un régimen común.

61) Las medidas antidumping no constituyen restricciones no arancelarias, por tanto su eliminación no puede considerarse implícita en el artículo 1 del TA. Son medios para corregir las consecuencias de conductas desleales en el mercado ampliado.

62) El análisis del proceso de integración que hace Brasil es incompleto. Los pilares del Mercosur son todos los definidos en el artículo 1 del TA. Los EPM alcanzaron en Ouro Preto

compromisos programáticos sobre defensa de la competencia (DEC CMC N° 21/94), dumping intra y extrazona (RES GMC N° 129/94) y políticas públicas que distorsionan la competitividad (DEC CMC N° 20/94) que reflejan equilibradamente los intereses de todos los socios y deben ser considerados un conjunto integral. El Mercosur debe garantizar condiciones equitativas en esos campos a los agentes económicos y las asimetrías en esas materias han determinado tensiones. El dumping no puede ser considerado aislado de los demás aspectos. Consecuentemente fue mantenido en la esfera particular de los EPM por su expresa voluntad.

63) El enfoque teleológico adoptado en laudos anteriores, especialmente el primero y el tercero, parte de normas en vigor del derecho originario que habían quedado en duda por la readecuación del TA a partir de Ouro Preto. En el caso de autos no existe derecho originario aplicable y el derecho derivado remite a la legislación interna. El Tribunal que no es un órgano del Mercosur no está habilitado para crear derecho por la vía de los métodos interpretativos.

Niega lo expresado por Brasil sobre el alcance del artículo XXIV (8) (a) (i) del GATT 1994.

64) El GATT no define "reglamentaciones comerciales restrictivas". Las medidas antidumping son acciones contra prácticas comerciales desleales y no constituyen "reglamentaciones comerciales restrictivas". Por tanto no entran en la previsión del artículo 1 del TA sobre restricciones no arancelarias. La Unión Aduanera no implica necesariamente la eliminación de las medidas antidumping.

Niega que la DEC CMC N° 11/97 sea una interpretación común del AD-CMC y que por ello los EPM están obligados a aplicar dentro del Mercosur este acuerdo.

65) El MN y el AD-OMC son instrumentos diferentes. El MN no es una mera copia del AD-OMC y ambos tienen alcance territorial diferente. El MN es una base consensuada para la posterior negociación del Reglamento Común del Mercosur frente a terceros países, no es una interpretación del AD-OMC. La propia DEC CMC N° 11/97 se remite a la legislación nacional. No resulta por tanto procedente el paralelismo que hace Brasil entre las disposiciones del AD-OMC y el MN.

Niega que la DEC CMC N° 11/97 esté vigente.

66) No fue incorporada según el artículo 42 del POP y su contenido no estaba contemplado en legislación anterior. El MN excede a la ley 24.425 que incorporó el AD-OMC porque su ámbito de aplicación es más amplio. El MN carece de la estructura institucional necesaria para ser operativo y sólo es una base para las negociaciones del Reglamento Común.

No es aplicable la doctrina de acuerdos unifásicos que no requieren incorporación y adquieren vigencia inmediata. El artículo 3 de la DEC N° CMC 11/97 manda adecuar las legislaciones nacionales lo que requiere el dictado de una norma nacional.

Brasil reconoce como status de esa norma, en el cuadro que lleva la SAM, que no está incorporada ("No incorporada. Para su incorporación se requiere la aprobación del Reglamento común").

Las disposiciones del cuerpo de la DEC CMC N°11/97, entre las cuales los artículos 3 y 9, nunca fueron incorporadas al ordenamiento interno de los EPM por lo que no se puede exigir su cumplimiento.

67) Esto no es contradictorio con la invocación que hace Argentina de la DEC CMC N° 18/96. El artículo 2 en cuanto remite a las legislaciones nacionales no requiere incorporación. Reitera toda la normativa Mercosur dictada con anterioridad y es ratificada por la DEC CMC N° 28/00. Las normas de la DEC CMC N° 11/97, en cambio, al modificar la legislación nacional necesitan incorporación. El instrumento adjunto a la DEC CMC N° 18/96 -el

Protocolo de Defensa de la Competencia- obviamente requiere incorporación para tener validez.

68) La afirmación de Brasil de que si las DEC CMC N° 18/96 y N° 11/97 no estuvieran vigentes sería aplicable el TA no es correcta. El artículo 2 de la CMC 18/96 está vigente pues establece una pauta que no requiere incorporación. Las normas post-Unión Aduanera (DEC CMC N° 28/00 y 64/00) confirman la aplicación de la legislación nacional al dumping intrazona, que los EPM no han resignado este instrumento y que su eventual eliminación sería gradual mediante instrumentos adecuados. También confirman la falta de vigencia de la DEC CMC N° 11/97: no hay referencias a la misma ni al MN considerado un intento fallido. La situación es incomparable con la abordada por el Tribunal Arbitral sobre Licencias no Automáticas. Resulta inaceptable la manifestación de que la falta de vigencia de las DEC CMC N° 18/96 y 11/97 impida aplicar derechos antidumping al comercio recíproco.

Niega que su acción posterior signifique reconocer una obligación emanada de la DEC CMC N° 11/97.

69) La Nota Técnica argentina en respuesta a la consulta brasileña en la CCM no reconoció la vigencia de la DEC CMC N° 11/97. Argentina sólo manifestó que no hay contradicción entre la ley 24.425 y el MN. No procede la aplicación del estoppel a la conducta de Argentina.

Argumentos en los que Argentina fundamenta su posición.

Ambito de aplicación del PB

70) Los temas susceptibles de generar competencia para utilizar los procedimientos de los capítulos I a IV del PB se relacionan con la interpretación, la aplicación o el incumplimiento de la normativa Mercosur, enumerada en el artículo 1 del PB y designada por el POP como fuentes jurídicas del Mercosur enumeradas a su vez en forma taxativa en su artículo 41.

Obligatoriedad de la incorporación de las normas emanadas de los órganos del Mercosur.

71) Las normas emanadas de los órganos del Mercosur son obligatorias para los EPM 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). La obligatoriedad no significa "aplicación inmediata" sino el compromiso de incorporación al derecho interno. La forma de incorporación dependerá del derecho constitucional de cada uno. El sistema de producción de normas en el Mercosur, que es intergubernamental, no participa del sistema del derecho comunitario europeo donde las normas comunitarias penetran directamente en el ordenamiento de cada país sin necesidad de incorporación. Argentina aporta opiniones doctrinarias en ese sentido, según las cuales en el Mercosur no rige la aplicabilidad inmediata sino un sistema propio denominado de "vigencia simultánea" (art. 40 del POP). Las normas que se refieren al funcionamiento del Mercosur no requieren incorporación, como tampoco aquéllas cuyo contenido ya estuviera contemplado en la legislación nacional (DEC CMC N° 23/00). La falta de incorporación de una norma puede ser objeto de una controversia bajo el PB por incumplimiento del artículo 42 del POP.

Tratamiento del dumping en el Mercosur

72) No hay normas Mercosur que regulen las investigaciones de dumping y la aplicación de medidas antidumping, sino solamente una remisión a las legislaciones nacionales. Por tanto las actuaciones referidas a las exportaciones de carne de pollo de Brasil a Argentina no pueden ser evaluadas a través del sistema de solución de controversias del PB.

73) El dumping intrazona es tratado en varias disposiciones (RES GMC N° 63/93, RES GMC N° 129/94, DIR CCM N° 5/95, DEC CMC N° 18/96 y DEC CMC N° 11/97) de cuyo análisis cabe concluir que los EPM han sujetado esa materia a sus respectivas legislaciones nacionales.

El dumping extrazona es tratado a su vez en varias disposiciones (DEC CMC N° 7/93, DEC CMC N° 9/95, DIR CCM N° 1/95, DIR CCM N° 9/97 Y DEC CMC N° 11/97). Esta última no es aplicable a la presente controversia: las medidas antidumping extra e intrazona están sujetas a la legislación nacional, el MN no es operativo, el MN y el AD-OMC tienen ámbitos de aplicación territorial diferentes, la DEC CMC N° 11/97 no está vigente y a la época de solicitud de apertura de la investigación por dumping no había sido aprobada por el CMC y la conducta de los EPM al aplicar medidas antidumping corrobora la interpretación de la Argentina.

74) La remisión a la legislación nacional no significa que la obligación de observarla por parte de los respectivos Estados emana de la norma Mercosur. Cita al efecto la reclamación de Brasil ante la CCM tramitada en 1998 sobre aplicación de derechos antidumping a las exportaciones de cables desnudos de aluminio.

Un Tribunal Arbitral del Mercosur no es competente para revisar un proceso administrativo o judicial interno tramitado en base a la legislación nacional.

75) El MN no es operativo pues carece de estructura institucional y el Reglamento Común que contendría la normativa complementaria no ha sido aprobado.

El MN y el AD-OMC tienen ámbitos de aplicación diferentes. El primero supone un territorio único de todo el Mercosur y el segundo, incorporado por cada EPM en forma separada, se refiere al territorio de cada uno de los países. En la práctica los países se refieren siempre a su legislación nacional y no hacen mención al MN. Tampoco hicieron adaptación alguna de sus legislaciones nacionales al MN.

76) La DEC CMC N° 11/97 no está vigente ni en todo ni en parte. No ha sido incorporada de conformidad con los artículos 40 y 42 del POP. Las leyes nacionales que incorporaron el AD-OMC no implican la incorporación y vigencia de la DEC CMC N° 11/97. Los artículos 3 y 9 de la misma constituyen una prescripción distinta no incluida en el MN ni contemplada en legislación anterior. Por tanto tampoco están vigentes.

77) El petitorio que dio lugar al inicio del procedimiento sobre dumping que motiva estas actuaciones es de 2 de setiembre de 1997 fecha en la que la DEC CMC N°11/97 aún no había sido aprobada. No cabe la aplicación retroactiva del MN.

78) Los EPM, en la práctica, han aplicado sistemáticamente sus respectivas legislaciones nacionales en forma autónoma, tanto para el dumping extrazona como intrazona. Cita ejemplos, incluso de Brasil.

79) Las normas adoptadas en el marco del relanzamiento del Mercosur son demostrativas de la ausencia de normas comunes en materia antidumping (DEC CMC N° 23/00 y 64/00).

80) El Tribunal Arbitral no es competente para revisar si los procedimientos internos de la Argentina respetan los estándares de la OMC., función que corresponde primero a las autoridades nacionales y luego a los mecanismos de solución de diferencias en la OMC.

Obligatoriedad de agotar los recursos locales

81) La legislación argentina otorga los instrumentos necesarios para la defensa de los intereses de las partes en una investigación de dumping, conforme lo requiere el AD-OMC (art. 13). Existen por tanto recursos administrativos y judiciales para impugnar las medidas que se dicten y en el caso de autos algunos de los exportadores brasileños así lo han hecho, encontrándose todavía pendientes de decisión algunos de esos recursos. No se configura

tampoco el supuesto de denegación de justicia. No procede por tanto la presentación del caso ante un tribunal internacional. Cita doctrina y jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Teoría de los actos propios

82) La doctrina la define con el concepto de que "a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta", que limita los derechos subjetivos fundándose en el deber de actuar coherentemente. Su fundamento último es la regla moral que se basa en la buena fe. La teoría ha sido recibida en casos jurisprudenciales en Argentina: las partes no pueden contradecir en juicio sus actos anteriores.

Brasil no invocó la aplicabilidad del MN en la reclamación contra Argentina sobre aplicación de derechos antidumping a las exportaciones brasileñas de cables desnudos de aluminio (1998) ni en la investigación que iniciara contra Argentina por dumping en las exportaciones de leche (1999).

Resignación de soberanía

83) Una cesión de soberanía no puede presumirse sino que debe realizarse en forma expresa e indiscutible. La facultad de legislar es uno de los derechos soberanos y para que un Estado admita dentro de su jurisdicción leyes extranjeras se necesita dar un consentimiento expreso. Cualquier limitación de las facultades soberanas debe interpretarse con criterio restrictivo y en los procesos de integración el propio objetivo del tratado no bastará para justificar ni ampliar funciones y competencias. El mero hecho de que en una norma Mercosur se haga referencia o remisión a las legislaciones nacionales no significa que éstas pasan a ser parte del acervo normativo Mercosur.

La República Argentina frente al proceso de integración del Mercosur

84) La integración en el Mercosur se puede caracterizar como un proceso, uno de cuyos principios es la gradualidad. Esta es necesaria en función de las dificultades de orden económico y jurídico que el proceso plantea a los EPM. Argentina reitera que defiende a ultranza la integración como lo muestra su apoyo a los avances posibles en el marco del Mercosur. Recuerda, a vía de ejemplo, su postura en el tema del "doble cobro del AEC". No cabe acusar de obstrucción a un estado cuando considera que en determinada materia no están dadas las condiciones que permitan un avance y la consiguiente cesión de soberanía.

En subsidio, argumentos sobre el proceso de investigación que derivó en el dictado de la Resolución ME 574/2000.

85) Presenta fundamentaciones jurídicas y técnicas que demuestran el cumplimiento de la legislación nacional y responde a los argumentos de Brasil:

86) --- Inconsistencias relativas a la apertura de investigación-Determinación de la existencia de elementos de prueba suficientes de la práctica de dumping:

La Autoridad de Aplicación procedió al análisis de toda la información obrante en las actuaciones al momento de propiciarse la apertura de la investigación. Tuvo en cuenta en la comparabilidad de precios los ajustes sobre los cuales se disponía de elementos que permitían su consideración y efectuó esos ajustes.

87) --- Inconsistencias relativas a la apertura de la investigación-Determinación de la existencia de prueba suficiente de daño a la industria doméstica:

La "producción doméstica bajo consideración" fue definida conforme a la normativa exigida por la OMC y fue claramente indicada en las Actas 405 y 464 de la CNCE; las empresas consideradas no fueron seleccionadas por la CNCE sino que en esta etapa se tomó el conjunto de las que adhirieron a la solicitud las que representaban en ese momento el 50%

de la producción nacional; no fue seleccionada ninguna empresa que no hubiera presentado información; no hubo modificación de la muestra y se tomaron las mismas empresas para analizar la condición de la industria; las comparaciones se efectuaron entre períodos comparables para todos los indicadores; la amenaza de daño ya estaba configurada en 1997 cuando las importaciones de pollos eviscerados de Brasil aumentaron 74.3% y los precios medios de la muestra de empresas en Argentina estimados como ingresos medios por venta cayeron 4.6% en ese año; la rentabilidad de las empresas argentinas del ramo descendió tres puntos porcentuales (de 1.05 a 1.02); hubo hechos nuevos desde la primera decisión de la CNCE y la segunda en términos de cuota de mercado, precios y volumen de importaciones; el menor precio de las importaciones de otros orígenes no fue percibido así por el mercado, fue una relación sólo nominal, y esos otros valores no alteraron el precio medio de las importaciones totales; la CNCE en su determinación de la amenaza de daño cumplió estrictamente las normas AD-OMC (art. 3).

88) --- Inconsistencia relativa a la facilitación de la petición:

Resuelta la apertura de la investigación se notificó a Brasil y se le pidió colaboración para identificar a los interesados brasileños y requerirles informaciones. Se convocó a una audiencia a la cual Brasil no asistió. Una vez abierta la investigación, Argentina puso a disposición de todas las partes interesadas -exportadores, importadores y autoridades brasileñas- las actuaciones que habían generado el procedimiento, dando cumplimiento a la obligación de facilitar la información a los interesados.

89) --- Inconsistencia relativa a la determinación de dumping:

La Autoridad de Aplicación procuró la más amplia participación de las partes interesadas, suministró cuestionarios y formularios para recoger la información de los interesados y les dio plazos adicionales para producirla. Para la determinación final del margen de dumping analizó y consideró toda la información obrante en las actuaciones. El muestreo estadístico resultó en el caso de cuatro empresas brasileñas la fuente informativa para la determinación de sus respectivos márgenes de dumping. Dicho procedimiento estadístico permitió incorporar documentación de respaldo a partir de la cual se determinaron promedios ponderados. El ajuste del 9.09% utilizado se sustenta en la metodología de cálculo de la entidad peticionante. La información de una firma brasileña no fue considerada por carecer de respaldo documental. Tampoco hubo material informativo alguno en relación con la incidencia del congelado y enfriado en la determinación del valor normal. Hubo una tardía participación de los exportadores, importadores y del propio gobierno brasileño.

90) --- Inconsistencias relativas a la determinación de daño y causalidad:

Las empresas argentinas consideradas representaban en el momento el 46.2% de la industria lo que constituye una proporción importante de la producción a los efectos de los procedimientos de dumping; las empresas relevadas fueron 10 y no 6 como alega Brasil; en las investigaciones por amenaza de daño se analiza más allá del período de la investigación para indagar la existencia o no de una tendencia creciente de las importaciones; el aumento de las ventas de la industria local no indica la ausencia de daño pues cae su cuota de participación en el mercado y al disminuir los precios también cae su rentabilidad; la Autoridad de Aplicación tuvo en cuenta la inexistencia de dumping en las exportaciones de dos empresas brasileñas cuyos precios medios FOB fueron sustancialmente superiores (13%) al de las empresas para las cuales se determinó la existencia de dumping; las importaciones con dumping fueron claramente mayoritarias; la competencia con pollos preparados no explica la baja de precio del pollo entero: a menudo son las mismas empresas, el diferencial de precios es grande de modo que el desvío al mercado de preparados no tendría correlato en el mercado de eviscerados; el precio de la carne vacuna al consumo aumentó 18% en 1998 mientras que el precio del pollo disminuyó 9% en ese año; la CNCE analizó los otros factores de daño; la CNCE está compuesta de un presidente y dos vocales, se expide por mayoría y el voto en disidencia de uno de sus miembros no tiene relevancia jurídica.

91) --- Inconsistencia por divulgación incompleta de la determinación final:

La Autoridad de Aplicación dio cumplimiento a los requisitos de publicidad establecidos en el artículo 12.2 del AD-OMC. Los 24 considerandos de la Resolución ME 574/2000 exponen los fundamentos y los principios de hecho y de derecho requeridos en dicha norma.

92) --- Inconsistencia en la imposición del derecho antidumping:

La modalidad de percepción del derecho adoptada por Argentina (por montos variables) es la adoptada también por Canadá y no ha sido cuestionada en la OMC. Si un exportador pagara en exceso podrá gestionar la devolución. El sistema de montos variables evita que el monto que se cobra a las nuevas importaciones sea superior al derecho antidumping que realmente corresponde. La cuestión de la valoración aduanera está fuera de la presente controversia y no hay prueba documental que acredite lo afirmado por Brasil al respecto.

Ofrece prueba

93) Los anexos al escrito de respuesta, el Expediente N° 061-007527/97 por el que se tramitó la investigación de dumping y el testimonio de la Lic. Mirían Segovia, Viceministro de Comercio de la República de Paraguay.

Petitorio

94) Argentina solicita al Tribunal Arbitral que: atienda como cuestión previa lo relativo a la existencia o no de normativa Mercosur que regule el dumping intrazona; rechace la demanda brasileña y su petitorio; ratifique que la normativa nacional argentina es plena y exclusivamente aplicable al caso de autos; declare que la DEC CMC N° 11/97 no es aplicable al caso; confirme que ningún EPM ha aplicado esa norma en los casos de dumping intra o extrazona; en el caso de abocarse el Tribunal al análisis del procedimiento que culminó con la Resolución ME 574/2000 declare que tal procedimiento fue conforme a derecho; para el caso hipotético de dar lugar a la petición de Brasil sobre la revocación de

II.- CONSIDERANDOS.

II-A) La presente instancia arbitral

95) El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad al Protocolo de Brasilia, a su Reglamento y al Protocolo de Ouro Preto y se han cumplido todos los términos y condiciones establecidos en estos instrumentos para instaurar la presente instancia arbitral, según resulta de los párrafos 1 a 6 y de los demás antecedentes y actuaciones que obran en autos y en los archivos de la SAM.

96) Las etapas previas al arbitraje prescritas en las normas sobre solución de controversias de los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto han sido debidamente cumplidas. El 30-08-00 Brasil solicitó a Argentina el inicio de Negociaciones Directas de acuerdo con el artículo 2 del PB. Argentina por nota del 07-09-00 no aceptó la solicitud planteada afirmando que las investigaciones de dumping llevadas a cabo por un EPM con respecto a importaciones desde otro EPM se rigen por la respectiva legislación nacional no estando sometidas al procedimiento de solución de controversias del PB. Las posiciones de las Partes fueron reiteradas, respectivamente, por notas de 08-09-00 y de 12-09-00. A pedido de Brasil se incluyó el tema en la agenda de la XXXIX Reunión Ordinaria del GMC realizada en Brasilia del 27 al 29 de setiembre de 2000, donde Argentina reiteró su posición. El asunto fue considerado nuevamente en la XIX Reunión Extraordinaria del GMC en Brasilia el 08-11-00 dando por concluida su intervención sin llegar a una solución. Brasil solicitó el 24-01-01 a la SAM la constitución de un Tribunal Ad Hoc de conformidad con el capítulo IV del PB.

97) La no aceptación de Argentina a entablar Negociaciones Directas de acuerdo con el capítulo II del PB no impide considerar que se ha cumplido dicha etapa prevista en el PB

como el primer escalón en el sistema de solución de controversias. La obligación que impone el PB es la de procurar una solución mediante negociaciones directas -a lo que se dio cumplimiento en el caso- y no de lograr que tales negociaciones se realicen y menos aún que sean eficaces. De lo contrario, además, caería todo el sistema de solución de controversias ya que su puesta en funcionamiento dependería de la voluntad de cada parte reclamada de entrar en negociaciones directas o no. Por lo demás éstas han sido diseñadas en el esquema de solución de controversias como una instancia breve -15 días- para dar una oportunidad final a las partes de llegar a un entendimiento antes de ingresar en las etapas siguientes del procedimiento. La no aceptación de una de ellas a usar de esa oportunidad no puede obstaculizar el desarrollo del procedimiento. Este reconoce a la parte reclamante la facultad de avanzar de etapa en etapa sin que la parte reclamada en ningún momento pueda detener la marcha del procedimiento. Una solución diferente sería incongruente con el conjunto del sistema de solución de controversias y lo privaría de sentido al hacerlo potestativo de la parte reclamada. Argentina tampoco lo ha pretendido y su conducta ratifica el procedimiento, sin perjuicio de mantener su posición en cuanto a la normativa aplicable a la investigación de dumping intrazona. Punto sobre lo cual este Tribunal no adelanta aquí su opinión, que será expuesta más adelante.

98) La actuación del Tribunal, registrada en el expediente y en las Actas, se ha cumplido conforme a lo dispuesto por el PB y su Reglamento, por el POP y por las Reglas de Procedimiento del Tribunal. Las Partes han presentado los escritos correspondientes, se ha producido la prueba y se ha realizado la audiencia, quedando así completa la actividad de las Partes de conformidad con los instrumentos referidos. En consecuencia, y estando dentro del plazo previsto en el artículo 20 del PB, el Tribunal se halla en plena capacidad para adoptar esta decisión sobre la controversia de autos, con la forma y efectos establecidos en los artículos 20 y 21 del PB y en el artículo 22 del Reglamento de ese Protocolo.

II-B) Cuestión previa.

99) Bajo este título corresponde examinar dos aspectos, ambos relacionados con la competencia del Tribunal y que, por tanto, requieren ser resueltos *ab initio*.

100) En primer lugar, en etapas previas al arbitraje Argentina ha señalado que a su juicio el sistema de solución de controversias del Mercosur no es aplicable en la especie pues el PB rige para controversias relativas a la "interpretación, aplicación o incumplimiento" de la normativa Mercosur y en el caso no existe tal normativa. Aun cuando el argumento no ha sido retomado para impugnar esta instancia arbitral participando Argentina en ella sin objeciones, el Tribunal considera necesario pronunciarse al respecto ya que el punto hace a su propia competencia.

101) El Tribunal afirma la procedencia de aplicar el PB en el caso de autos. El solo hecho de que Brasil y Argentina discrepen sobre la existencia o no de normas del Mercosur que regulen la investigación del dumping intrazona y la aplicación de medidas antidumping, así como el eventual alcance de esas normas, determina claramente la existencia de una controversia en los términos del PB (art. 1), o sea, sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas del Mercosur y hace aplicable el sistema de solución de controversias.

102) Brasil afirma que hay un disciplinamiento Mercosur de la investigación y de la aplicación de medidas en relación con el dumping intrazona y Argentina lo niega afirmando a su vez que las normas Mercosur reconocen que esa materia ha sido preservada para sí por cada uno de los EPM quienes la regulan por medio de sus autoridades y de conformidad con las respectivas legislaciones nacionales. Brasil considera que el procedimiento seguido por Argentina para dictar la resolución ME 574/2000 y el contenido de ésta implican inconsistencia con la disciplina normativa Mercosur que rige en la materia, mientras Argentina sostiene que el procedimiento realizado de acuerdo con su legislación nacional es

arreglado a derecho. Brasil afirma la competencia de este Tribunal para examinar el procedimiento seguido por Argentina a la luz de las normas Mercosur. Argentina considera que el Tribunal es incompetente para analizar un procedimiento cumplido por autoridades nacionales de acuerdo con su legislación. Sin embargo, "la existencia de una controversia internacional exige que sea establecida objetivamente. El simple hecho de que la existencia de una controversia sea discutida no prueba que esta controversia no exista". (Corte Internacional de Justicia, Recueil, 1950, pag 74; en la sentencia sobre la interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania, del 30 de marzo de 1950). No cabe duda de que se trata de opiniones y de pretensiones opuestas entre sí lo que configura una controversia y que ésta es a propósito de la normativa del Mercosur cuya interpretación será necesario realizar para dilucidar la controversia, o sea, es claramente el ámbito de aplicación del PB según su artículo 1.

103) El Tercer Tribunal Arbitral (salvaguardias) llega en su caso a la misma solución: "Argentina sostiene que la ausencia de normas dentro del Mercosur que regulen esta materia específica demuestra que tampoco hay obligación si no hay obligación bajo Mercosur no puede haber incumplimiento bajo la normativa Mercosur y por tanto el Tribunal no tiene jurisdicción" (pág. 9). Dice más adelante: "el Tribunal entiende que en el presente caso la reclamación de Brasil y la respuesta de Argentina se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación; que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra y que existe un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la licitud o no de la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía de Argentina con relación a la normativa Mercosur" (pág. 10). Concluyendo que las diferentes posiciones asumidas por las partes "son suficiente evidencia para considerar que la presente controversia cae dentro del sistema de solución de controversias previsto por el Protocolo de Brasilia" (pág. 10). Solución que para el caso de autos recoge también el presente Tribunal, ratificando su competencia para conocer en la controversia que se le ha sometido.

104) El segundo aspecto, relacionado en alguna medida al anterior, consiste en la solicitud de Argentina de que la cuestión de la existencia o no de normas Mercosur relativas al dumping intrazona y de si las normas que eventualmente existieran son aplicables a la presente controversia sea resuelta por el Tribunal como cuestión previa y de que si éste concordara con la interpretación de Argentina dé por terminada su actuación.

105) Al respecto el Tribunal se inclinará a tratar esas cuestiones en forma conjunta con las restantes argumentaciones y no en forma previa. Las alegaciones de las partes suponen la consideración de varios y complejos aspectos legales, estrechamente interrelacionados, que exceden la decisión sobre si hay norma Mercosur en esta materia o no. También hay que considerar cuál o cuáles serían esas normas si las hubiere así como el efecto jurídico que tendría cada una en el caso de autos. Aun la ausencia de normas daría lugar a indagar cuál sería el efecto de esa ausencia. Y naturalmente lo que resulte de ese análisis está relacionado con las inconsistencias legales aducidas por la Reclamante. Decidir este entramado de cuestiones ligadas y dependientes entre sí implica decidir el fondo de la controversia planteada.

106) El Tribunal concuerda también en este aspecto con las conclusiones del Tercer Tribunal Arbitral que ante un planteo similar dijo: "El Tribunal entiende que la cuestión de si el Mercosur expresamente permite o no la aplicación de medidas de salvaguardias bajo el derecho Mercosur y de si hay o no una obligación que se desprende de esas disposiciones, es una cuestión que debe ser considerada y decidida como una cuestión de fondo y no como una cuestión preliminar" (pág. 11).

II-C) Objeto.

107) El objeto de las controversias bajo el PB queda determinado por los escritos de presentación y de respuesta, según dispone el artículo 28 del Reglamento del PB, y la decisión del Tribunal deberá recaer sobre dicho objeto, examinando por tanto el contenido completo de las dos presentaciones inclusive los petitorios (cfr. Tercer Tribunal Arbitral, literal B, pág. 13). No obstante, desde que el PB y el POP prevén un sistema de solución de controversias que comprende etapas previas al arbitraje y que obligatoriamente deben cumplirse para llegar a éste, "no puede añadirse en esta última instancia cuestiones no procesadas en los escalones anteriores y los escritos de presentación y de contestación ante el Tribunal han de ajustarse a esa regla" (Primer Tribunal Arbitral, párrafo 53). De acuerdo con este criterio no integra el objeto de la controversia la cuestión de la presunta inconsistencia de la valoración aduanera que aplicaría la Aduana Argentina a las exportaciones de pollos de origen brasileño con respecto a la DEC CMC N° 14/94. Este punto, en efecto, no fue planteado en las etapas anteriores e implica una cuestión diferente a la legitimidad de la Resolución N° 574/2000 (que nada resuelve a ese respecto) o a la discusión sobre la existencia o no de normativa Mercosur en materia de dumping intrazona.

108) En resumen, el objeto de la controversia definido por los escritos de las partes consiste en lo siguiente:

(1) Brasil afirma que la resolución ME 574 y los procedimientos de investigación antidumping en los que se basa no son compatibles con la normativa Mercosur sobre investigación y aplicación de derechos antidumping en el comercio entre los EPM y que esta materia se rige por el Marco Normativo aprobado por la decisión CMC 11/97. Argentina, a su vez, afirma que los procedimientos de investigación antidumping y la resolución ME 574 no están sujetos a normativa Mercosur sino que se rigen por la legislación nacional argentina. La decisión CMC 11/97 y el MN no están vigentes. Tampoco hay otra norma vinculante para los EPM. Ninguna norma Mercosur o nacional habilita a un Tribunal Arbitral del Mercosur a revisar procedimientos cumplidos por un EPM bajo su legislación nacional.

(2) Brasil sostiene que Argentina no actuó de conformidad con el MN, no respetando los procedimientos de investigación y de aplicación de medidas antidumping e incurriendo en inconsistencias con la normativa. En el caso de autos no existen los elementos necesarios para aplicar esas medidas. En tanto que Argentina, en subsidio, sostiene que los procedimientos seguidos para llegar a la resolución ME 574 fueron conforme a derecho según su legislación nacional.

(3) En los petitorios, Brasil solicita que el Tribunal declare el incumplimiento por el gobierno argentino de las normas del MN que cita y que en consecuencia ordene a dicho gobierno la revocación en el plazo de quince días de la resolución ME 574. Mientras que Argentina solicita que se rechace la demanda brasileña y su petitorio y que se ratifique que la normativa nacional argentina es plena y exclusivamente aplicable al caso de autos, solicitando además, en subsidio, que se declare que el procedimiento se llevó a cabo conforme a derecho.

109) El Tribunal deberá decidir la controversia en el marco del objeto señalado. A tal fin se propone atender y dilucidar por su orden las cuestiones siguientes:

a- ¿Hay normas Mercosur que regulan expresamente la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona? ¿y en tal caso cuáles y con qué efecto? (párrafos 110 a 131)

b- Si no hay normas Mercosur que regulen expresamente esa materia ¿Cuál es la consecuencia? ¿Qué régimen jurídico se aplica? (párrafos 132 a 148)

c- Si hay normas Mercosur aplicables al caso de autos ¿Es competente el Tribunal Arbitral para verificar si tales normas fueron cumplidas en el procedimiento que culminó con la

resolución ME 574? En caso afirmativo, ¿ese procedimiento fue arreglado a derecho? (párrafos 149 a 215)

II-D) Existencia o no de normas Mercosur que regulen expresamente la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona.

II-D-1) Normas invocadas.

110) Las partes Reclamante y Reclamada han citado en sus escritos de Presentación (II, A, 4) y de Respuesta (pag 31) las normas emitidas por los órganos del Mercosur que a su juicio pueden tener incidencia en la controversia, entre otras: DEC CMC N° 3/92 (extrazona), DEC CMC N° 7/93 (extrazona), RES GMC 63/93 (intrazona), RES GMC N° 108/94 (extrazona), RES GMC 129/94 (intrazona), DIR CCM N° 05/95 (intrazona), DEC CMC N° 18/96 (Protocolo de Defensa de la Competencia), DEC CMC N° 11/97 (Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping provenientes de Países no Miembros del Mercosur- MN), DEC CMC N° 28/00 (Defensa Comercial de la Competencia) y DEC CMC N° 64/00 (Defensa Comercial y de la Competencia) y DEC CMC N° 66/00.

II-D-2) Alcance y vigencia.

Cabe formular dos precisiones al respecto:

111) En primer lugar que varias de las normas mencionadas se refieren solamente al dumping extrazona. Si bien pueden ser ilustrativas acerca de la dirección e intencionalidad de los EPM en cuanto a la regulación de esta materia o pueden servir como elemento de comparación con normas relacionadas con el comercio dentro del Mercosur y así contribuir a la interpretación o inteligencia del conjunto normativo tomando en cuenta su contexto, no constituyen de por sí una fuente válida de obligaciones intrazona ni sus disposiciones de por sí pueden aplicarse por extensión o analogía para regular el comercio regional.

112) En segundo lugar corresponde observar que algunas de las normas citadas no han cumplido con la obligación de incorporación o internalización a los respectivos ordenamientos jurídicos de los EPM según establecen los artículos 40 y 42 del POP, sin lo cual no entran en vigor (POP, art. 40, literal iii). El cuadro de vigencia de las normas Mercosur que lleva la SAM con la información proporcionada por los EPM sobre el proceso de incorporación de normas indica que están o han estado en vigor las que se refieren a aspectos como intercambio de información (RES GMC N° 63/93, DIR CCM N° 05/ 95) o encargos a órganos del MERCOSUR (DEC CMC N° 28/00, DEC CMC N° 66/00) y no contienen normas que disciplinen el procedimiento de investigación de dumping y de aplicación de medidas antidumping. Otras se hallan pendientes de análisis o de información y no se ha producido su incorporación (DEC CMC N° 129/94, DEC CMC N° 64/00). Mientras que las decisiones CMC18/96 y 11/97 no están en vigencia.

113) De acuerdo con las precisiones efectuadas, ninguna de las normas Mercosur vigentes contiene una disciplina común para la investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping en el comercio dentro del Mercosur; conclusión que resulta, no ya de la falta de un requisito de forma menor o trivial, sino de la propia naturaleza del sistema de emisión de normas en el Mercosur que asigna a la incorporación y al acto de notificación de la misma por los EPM el carácter de un requisito indispensable para la vigencia y aplicación de las normas, como se verá más adelante.

II-D-3) Obligatoriedad y vigencia.

114) Los órganos del Mercosur con capacidad decisoria son definidos por el POP expresamente como de naturaleza intergubernamental (art. 2) lo que excluye de por sí la aplicación directa e inmediata de sus normas en cada uno de los EPM. Tampoco hay ninguna norma del Mercosur o de los EPM que autorice, pese a la condición de intergubernamental, la aplicación directa de la normativa emanada de los órganos comunes. Este criterio está confirmado por el régimen de incorporación a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los EPM, detallado en el artículo 40 del POP al que se halla sujeta esa normativa y sin cuyo cumplimiento no entra en vigencia. Asimismo el propio artículo 42 que reconoce el carácter obligatorio de las normas emitidas por los órganos con capacidad decisoria hace referencia a la incorporación de esas normas "cuando sea necesario". Aparte de que la aplicación directa de las normas Mercosur no sería compatible con el régimen constitucional de algunos de los EPM.

115) Es verdad que el POP dispone también que las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria tendrán carácter obligatorio (art. 42) y que las decisiones del CMC serán obligatorias para los Estados Partes (art. 9), mientras que el artículo 38 del mismo Protocolo recoge el compromiso de los EPM de adoptar en sus respectivos territorios todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria.

116) El régimen resultante, sin embargo, no es incoherente ni contradictorio sino que responde al concepto llamado en doctrina "de vigencia simultánea" -por oposición a la aplicación inmediata- en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema por el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del artículo 40. Procedimiento establecido precisamente por no existir aplicación directa y a fin de garantizar la vigencia simultánea, previniendo una situación caótica de incertidumbre jurídica y de aplicación parcial.

117) A su vez la obligatoriedad de las normas, aunque limitada por la exigencia de vigencia simultánea, no deja de tener contenido. Se trata de una obligación jurídica para cada Estado que se concreta en una obligación de hacer: "adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur" (POP, art. 38) y además, agrega en forma imperativa el artículo 42, "cuando sea necesario, deberán, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales". 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. La no incorporación de una norma Mercosur obligatoria puede dar lugar a una controversia bajo el PB por incumplimiento de la adopción de la normativa Mercosur. A su vez, la controversia por la vía del arbitraje puede desembocar eventualmente en la adopción de medidas compensatorias de acuerdo con el artículo 23 del PB. En esta línea, y de conformidad con el principio de buena fe, tampoco deberán los Estados -obligación de no hacer- realizar acciones que por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada.

118) Lo cual sin embargo no significa que la norma está vigente y que sus disposiciones son ya aplicables. Menos todavía si la norma en cuestión es, como en el caso de autos, un conjunto de disposiciones para regular la investigación del dumping y la aplicación de medidas antidumping entre los EPM. Mientras ese conjunto de disposiciones no sea incorporado por todos los Estados no está vigente. La obligatoriedad de las normas en el régimen del Mercosur no supe los requisitos establecidos para su vigencia y para que ésta se produzca es indispensable que todos los EPM hayan transitado la vía del artículo 40 del POP.

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. La necesidad de incorporar la norma al respectivo ordenamiento y la forma de hacerlo dependerá del correspondiente sistema constitucional cuya interpretación es una potestad de cada Estado no delegada a los órganos del Mercosur o a los demás EPM. La SAM por consiguiente se limita a registrar en el cuadro de vigencias las notificaciones de los EPM al respecto. La DEC CMC N° 23/00 que disciplina el procedimiento de incorporación ratifica esa posición dominante de los EPM en la apreciación de cuándo procede la incorporación y de cómo se realiza. La conclusión es la misma aun en los casos en los que según esa decisión (artículo 5) no se requiere incorporación: normas relativas al funcionamiento interno del Mercosur y normas cuyo contenido estuviera contemplado ya en la legislación nacional. En las primeras para excluir la incorporación se necesita el entendimiento conjunto de los EPM formalmente consignado en la misma norma. En las segundas se necesita la notificación del propio Estado a la SAM de que la norma Mercosur está contemplada por una norma nacional e indicando cuál es ésta.

II-D-4) Consideraciones específicas sobre las normas en las que las Partes en esta controversia han hecho mayor hincapié: DEC CMC Nos. 18/96 y 11/97.

120) Ninguna de las dos normas está vigente, según indica el cuadro de vigencia de normas llevado por la SAM donde se registran las comunicaciones de los EPM. En lo que se refiere a la 18/96 ni Argentina ni Uruguay la han incorporado. En cuanto a la 11/97 Paraguay y Uruguay no la han incorporado, Argentina hace referencia a la "ley 24.425 - Acuerdo OMC" y Brasil anota "Status de norma bajo solución de controversias" que a partir de la presente controversia sustituye la nota anterior de " No incorporada. Para su incorporación se requiere la aprobación del Reglamento Común". Desde el momento en que ninguna de las dos normas ha sido incorporada por todos los EPM, ninguna de ellas está en vigencia.

121) Las dos decisiones tienen una estructura formalmente similar, componiéndose de un cuerpo con varias disposiciones una de las cuales aprueba una normativa extensa que va como anexo y que forma parte integrante de la decisión. En la 18/96 se trata del Protocolo de Defensa de la Competencia en el Mercosur y en la 11/97 del Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del Mercosur.

122) No procede, a juicio del Tribunal, la interpretación de la vigencia parcial de esas normas según la cual las disposiciones de las mismas que no necesitan incorporación estarían vigentes, mientras que aquéllas que la requirieran no lo estarían. El procedimiento de comunicación de las incorporaciones previsto en la CMC 23/00 no distingue entre el cuerpo de las normas y los anexos que también las integran. La vigencia parcial produciría una situación inaceptable de incertidumbre jurídica. En todo caso correspondería a cada Estado informar sobre las disposiciones que requieren incorporación y aquéllas que no la necesitan, lo que no ha sucedido en la especie. Además el separar la vigencia de disposiciones diversas contenidas en una misma norma es una tarea siempre delicada cuyo acierto es dudoso y más si no hay una orientación precisa y un criterio unívoco para realizarla. Un conjunto de disposiciones que son parte de una misma norma -cuerpo y anexos- reflejan una visión común y un equilibrio entre sus partes en el que se sustenta el consentimiento dado por los EPM para su aprobación. Máxime cuando el contenido de las disposiciones que forman el cuerpo no son meras cuestiones de trámite o de funcionamiento sino que disciplinan cuestiones sustantivas: indican la aplicación de todo un orden normativo para regular las investigaciones de dumping y la aplicación de medidas al respecto intrazona.

123) Por otra parte la conclusión es la no vigencia, aun en un examen separado de cuerpo y anexos de las decisiones analizadas. En el cuerpo de la decisión 18/96 el artículo 2 dispone que en las investigaciones de dumping intrazona se aplique la legislación nacional hasta el 31-12-00 mientras los EPM analizan la forma de regular esa materia. La decisión 11/97, por

el artículo 9 de su cuerpo, se remite a la 18/97 "en consonancia con" el artículo 3 de la propia decisión 11/97. El cual manda que hasta la aprobación del Reglamento que habrá de elaborarse se aplique al dumping de extrazona la legislación nacional "de conformidad" con el MN y que los EPM hagan los ajustes necesarios en su legislación nacional para armonizarla con el MN. Régimen que el artículo 3 extiende entonces a los casos intrazona.

124) Resulta evidente que la materia tratada en el cuerpo de las dos decisiones bajo análisis tiene relevancia legislativa y requiere incorporación al igual que la normativa contenida en los respectivos anexos. El artículo 2 de la decisión 23/00 sobre incorporación de normas dice, recogiendo la práctica seguida, que los EPM deben notificar a la SAM la incorporación indicando la norma nacional que la hace efectiva, lo que no ha ocurrido en el caso de las normas analizadas. Tampoco ha habido comunicación de que la incorporación no fuera necesaria.

125) A mayor abundamiento cabe anotar con respecto a la decisión 18/96 que si se entendiera que el mandato de aplicar la legislación nacional sólo es la ratificación del régimen vigente y por tanto redundante -no necesitaría incorporación- ello chocaría con el límite temporal que marca hasta el 31-12-00. Pues en este caso, el CMC estaría poniéndole plazo a la vigencia y aplicación de la ley nacional, algo que claramente necesita incorporación. Al contrario, si el artículo 2 de la decisión 18/96 fuera una norma que estableciera *ex novo* la aplicación de la ley nacional, obviamente también necesitaría incorporación. De hecho, Argentina no comunicó ni la incorporación ni la falta de necesidad de hacerla.

126) Con respecto a la decisión 11/97 corresponden apreciaciones de similar tenor. Aparte del hecho de que no ha sido incorporada por todos los EPM, Brasil en su notificación inicial a la SAM indica que no la ha incorporado, supeditando la incorporación a la aprobación del Reglamento Común. Por otro lado el MN es un conjunto de disposiciones que como lo indica su propio título -Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa contra Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del Mercosur- está destinado a ser la referencia para la elaboración del Reglamento Común, como lo destaca también el artículo 2 del cuerpo de la decisión 11/97 al instruir a la Comisión de Comercio del Mercosur que "elabore, a partir del Marco Normativo, las normas complementarias que considere necesarias para la elaboración y aplicación del Reglamento Común Antidumping".

II-D-5) Normas OMC.

127) La existencia en todos los EPM de una misma normativa en materia de comercio internacional resultante de la ratificación por todos ellos de los acuerdos de Marrakech no significa, sin embargo, que se trate de una normativa Mercosur, o sea, de una disciplina común adoptada formalmente para regir sus relaciones recíprocas comerciales dentro del sistema regional de integración. Desde este punto de vista, la similitud de las legislaciones por la vía de la ratificación de los acuerdos con los que finalizó la Ronda Uruguay del GATT no es un rasgo distintivo y propio de los países del Mercosur sino un factor común con la mayor parte de los estados de la comunidad internacional del cual no cabe derivar ningún compromiso específico de carácter regional.

128) El paralelismo evidente entre el MN y las disposiciones del Acuerdo Antidumping de la OMC no basta tampoco para darle carácter de normativa Mercosur a la normativa de la Organización Mundial de Comercio. En primer lugar porque, como ya se vio, la decisión 11/97 que aprueba el MN no está en vigencia. En segundo lugar porque aunque existe paralelismo en las normas hay también diferencias como el ámbito territorial de aplicación y las autoridades de aplicación.

129) El hecho de que todos los países del área tengan una misma legislación no significa de por sí que tal legislación constituye normativa Mercosur, es decir, un disciplinamiento común de una determinada materia a propósito del cual se puedan plantear cuestiones de

interpretación, aplicación o incumplimiento que susciten el funcionamiento del sistema de solución de controversias del Mercosur. Tal legislación continúa siendo legislación nacional, fuera del ámbito Mercosur.

130) La aplicación de normativa OMC como normativa Mercosur es posible sólo por remisión expresa a aquella de una norma del Mercosur. El Segundo Tribunal Arbitral al examinar el tema de los incentivos a las exportaciones tuvo en cuenta las disposiciones en la materia emanadas de los compromisos asumidos en el GATT en atención a la decisión 10/94 del CMC que expresamente se remitió a esas normas (Segundo Tribunal Arbitral, párrafos 58, 66 y 67). El presente Tribunal afirma también ese criterio y, por tanto, no considera normativa Mercosur a la de la OMC referida al caso, o sea, el Acuerdo Antidumping. El paralelismo del MN con el AD OMC no valida la aplicación de aquél como norma Mercosur.

II-D-6) Conclusión sobre normativa expresa Antidumping.

131) De acuerdo con las consideraciones expuestas resulta que no hay normativa Mercosur vigente que regule en forma expresa la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrazona.

II-E) Derecho aplicable en ausencia de normas Mercosur que regulen expresamente el régimen antidumping intrazona.

132) La ausencia de normas Mercosur vigentes que regulen expresamente la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping intrazona no significa, sin embargo, que esa materia sea ajena al cuadro normativo del Mercosur y que por tanto queda fuera de su ordenamiento. El Tratado de Asunción, su Anexo I y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera, en efecto, proporcionan las referencias jurídicas necesarias para abordar y resolver la cuestión planteada. Además de que, como se verá más adelante, el TA contiene una referencia específica al dumping relevante para el caso de autos.

II-E-1) Principio general.

133) El plan original del TA preveía un breve período de transición hasta el 31-12-94 para llegar al Mercado Común. Los hechos sobrevinientes mostraron la imposibilidad para los EPM de cumplir en tiempo la meta establecida, modificándose en consecuencia los plazos y los objetivos. Resultado de ello es la decisión de ir a una Unión Aduanera con un régimen de adecuación que concluyó para los cuatro EPM el 31-12-99, quedando el Mercado Común como un objetivo más distante sin plazo determinado.

134) La frustración del propósito inicial y las dificultades notorias en el funcionamiento de la Unión Aduanera no privan de contenido ni de vigencia a las normas que determinaron la libre circulación de bienes en el área, eliminando las restricciones arancelarias, no arancelarias, para-arancelarias u otras de efecto equivalente que afecten el comercio intrazona. Previsto el fin de esas restricciones inicialmente para el 31-12-94, la postergación de los plazos reconocida en el Régimen de Adecuación Final trasladó esa fecha al 31-12-99 cuando los EPM debían tener eliminadas totalmente las restricciones con las excepciones expresamente admitidas de los regímenes especiales para azúcar y automotores, así como las medidas de carácter no comercial previstas en el Tratado de Montevideo de 1980 (art. 50). De esta manera, y en esa fecha, quedó habilitado y consagrado de derecho el principio de la libre circulación de bienes en el territorio del Mercosur.

135) Desde entonces, cualquier limitación o restricción a ese principio de libre circulación está prohibida. A su vez, el TA da una definición amplia de 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" (TA, Anexo I, art. 2, b). La jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del Mercosur confirma el

criterio de que a partir de 1999 la libre circulación de bienes es la norma Mercosur y que las restricciones, entendidas en el sentido amplio indicado, no están permitidas.

136) El Tercer Tribunal (Salvaguardias) destaca el propósito de las Partes de crear un "territorio donde el libre movimiento de mercaderías sin obstáculos sería la regla básica en las relaciones comerciales" de acuerdo con el TA (art. 1) y su Anexo I, entendiendo que del Programa de Liberación y del Anexo IV al TA sobre salvaguardias "surge que al momento en que la liberación comercial fuera lograda, las partes explícitamente renunciaban a la utilización de obstáculos al libre comercio, como ser la aplicación de medidas de salvaguardia". Concluye diciendo que "como resultado de la implementación del Programa de Liberación Comercial y del hecho de haber alcanzado el libre comercio intra-zona, el uso de medidas de salvaguardias ya se encontraba prohibida" (pág. 18). Más adelante (pág. 27) resume su posición expresando: "En consecuencia, en tanto los miembros de Mercosur no hayan actuado en forma conjunta para acordar en forma expresa la aceptación de medidas restrictivas al comercio, los Estados miembros estarán inhibidos de aplicar tales medidas en forma unilateral. De esta premisa el Tribunal concluye que hasta tanto no haya una norma expresa a contrario, prevalece el principio de libertad de comercio entre los miembros del Mercosur".

137). Por su parte, el Segundo Tribunal (exportación de carne de cerdo) cita el párrafo 65 del laudo del Primer Tribunal (licencias de importación) que dice: "la libertad comercial, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el Mercado Común, quebrando así la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración." Concluyendo por su parte el Segundo Tribunal (párrafo 55): "Esta es la convicción común de todos los Estados Miembros del Mercosur, como lo han manifestado las Partes durante el proceso."

138) El Primer Tribunal afirma que "El flujo comercial libre es el pilar elegido en el sistema del TA para adelantar y desarrollar el Mercosur" (párrafo 66), en tanto que en el resumen de sus conclusiones para el laudo expresa: "Luego de la revaluación del Mercosur realizada por las Partes, la eliminación de todas las RA (restricciones arancelarias) y RNA (restricciones no arancelarias) 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 Final y con él el fin de las RA." (párrafo 85, numeral (vii))

139) El papel central de la liberación comercial, reconocido por la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales, resulta en forma incuestionable de la normativa del Tratado de Asunción que hace de la eliminación de todas las barreras al comercio regional la única obligación impuesta inmediatamente por el tratado y con una fecha determinada para su consumación. Los EPM "acuerdan eliminar a más tardar el 31 de diciembre de 1994 los gravámenes y demás restricciones" al comercio recíproco y disponen que a esa fecha "quedarán eliminadas todas las restricciones no arancelarias (TA, Anexo I, arts. 1 y 10). Obviamente las fechas y las referencias al Mercado Común son modificadas por el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera que culmina el 31-12-99. Los demás instrumentos propuestos para llevar adelante el proceso de integración no tienen fecha para hacerse efectivos y aunque vinculados programáticamente a la liberación comercial no la condicionan ni restringen, como surge de los artículos 1 y 5 del TA, aun en elementos como la coordinación macroeconómica (donde se habla de gradualidad y convergencia con la liberación comercial); la coordinación para asegurar las condiciones de competencia entre los EPM; la coordinación de políticas comerciales frente a terceros países; o el Arancel Externo Común.

140) La posición central de la liberación comercial consagrada en términos jurídicamente obligatorios por la normativa originaria y reiterada en los ajustes realizados en las metas y objetivos del Mercosur se halla reflejada a su vez en la realidad operativa del Mercosur en la que el comercio intrazona es la piedra angular sin la cual el emprendimiento regional

quedaría vacío de contenido. De ahí que tanto por razones jurídicas como por la materialidad de las relaciones creadas al amparo de la normativa Mercosur, las eventuales limitaciones a la libre circulación deban ser colocadas y examinadas bajo esa perspectiva.

141). Sin embargo, subsisten en los hechos trabas de diferente naturaleza -doble cobro del Arancel Externo Común, no reingreso con arancel cero al país de origen de mercadería exportada intrazona, requisitos y medidas impuestos por autoridades locales, departamentales o estatales, formalidades aduaneras intrazona e incluso los requisitos de origen- que mantienen ciertas condiciones de fragmentación en el mercado regional que sin privar de vigencia al principio establecido de libre circulación perturban en la práctica su plena aplicación. Tales prácticas han de ser encaradas con el criterio de que las excepciones a la libre circulación deben resultar de textos expresos y aun las excepciones admitidas - como las medidas no comerciales del artículo 50 del TM80- tienen que estar destinadas efectivamente a su finalidad propia y declarada, a fin de no ser una forma encubierta de restricción comercial y como tal no admisible (Cfr. Primer Tribunal Arbitral, párrafos 81 y 85 viii).

II-E-2)-Referencia específica al dumping en el TA.

142) El TA en su artículo 4 dispone que los EPM en sus relaciones con terceros países asegurarán condiciones equitativas de comercio a cuyo efecto "aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal". Esto es, la obligación de los EPM con respecto al dumping extrazona consiste en "inhibir importaciones" cuyos precios estén influidos por dumping, aplicando para ello la legislación nacional.

143) La segunda parte del mismo artículo 4 dispone que "paralelamente" los EPM "coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial". O sea que, con respecto al llamado dumping intrazona, el TA no autoriza medidas unilaterales bajo la legislación nacional a fin de inhibir importaciones cuyo precio estuviera afectado por esa práctica. Establece una secuencia de acciones, la primera de las cuales es la coordinación de políticas nacionales y la segunda, lograda la anterior, es la elaboración sobre esa base de las normas comunes sobre competencia comercial. Establece así el TA dos regímenes diferentes: uno para el dumping extrazona y otro para el intra zona al que no menciona como tal y engloba bajo el rubro de competencia comercial. Ordena para el primero inhibir las importaciones mediante legislación nacional y para el segundo la elaboración y aplicación de normas comunes sobre competencia comercial.

144) Congruente con esta solución, el TA no incluye la aplicación de medidas antidumping intrazona entre los instrumentos a los que reconoce vigencia durante el período de transición o más allá de éste y que son, o pueden llegar a ser, restricciones al comercio regional según la muy amplia definición de restricciones que proporciona el artículo 2 del Anexo I al TA. Tales son los casos de las normas de origen y la aplicación de salvaguardias expresamente reconocidas o las medidas no comerciales permitidas por el artículo 50 del TM 80. Solución ésta que el Tratado no recogió para el llamado antidumping intrazona ni siquiera durante el período de transición.

II-E-3)-El dumping en las uniones aduaneras y áreas de libre comercio.

145) Los principios y disposiciones de derecho internacional a los que cabe acudir según el artículo 19 del PB están en la misma línea. Corroboran que la libertad de circulación de bienes y la ausencia de restricciones es propio de la naturaleza de las áreas de libre

comercio y las uniones aduaneras, como lo recoge la normativa de la OMC. El artículo XXIV del GATT 1994 dispone en su párrafo 8 (a i) y (b) que esos sistemas de integración se caracterizan por la eliminación de los derechos y de las regulaciones restrictivas del comercio. Mientras que el Entendimiento para la Interpretación del artículo XXIV dispone que las áreas de libre comercio y las uniones aduaneras, para ser compatibles con dicho artículo han de satisfacer, entre otras de sus disposiciones, el párrafo 8. Las excepciones admitidas por el artículo XXIV y que son señaladas expresamente -artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX- no incluyen el artículo VI relativo al dumping. De conformidad con este criterio la experiencia comparada de procesos de integración muestra que en el comercio dentro del espacio integrado no se aplican los mecanismos antidumping sino regímenes de defensa de la competencia sometidos a una disciplina común y administrados por organismos comunes y no por autoridades nacionales. Solución que expresamente adopta el TA en su artículo 4 examinado más arriba y que los EPM han tratado de implementar hasta ahora infructuosamente como se ve en la normativa invocada por las Partes.

146) En el caso del NAFTA, donde existen procedimientos antidumping, ellos resultan convalidados por el propio tratado el que, de todos modos, expresamente establece en el capítulo 19 mecanismos de revisión de la determinación final de dumping, daño y derechos compensatorios, a cargo de paneles binacionales y no exclusivamente nacionales. Mientras que con motivo de las recientes reuniones relacionadas con el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas, ALCA, ha quedado de manifiesto la importancia que algunos países atribuyen a que en el acuerdo no se permitan medidas antidumping aplicadas unilateralmente por las autoridades de cada país conforme a su legislación nacional, entendiéndose que ello sería un instrumento restrictivo del comercio regional, considerando a dichas medidas barreras paraarancelarias que no deben existir.

II-E-4) Conclusiones sobre el derecho aplicable.

147) La investigación del dumping y la aplicación de medidas antidumping intrazona deben ser analizadas a la luz de las normas referidas que establecen el régimen general del Mercosur, en el contexto de su sistema normativo y de acuerdo con sus fines y objetivos (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 31, recogiendo la costumbre y la jurisprudencia internacionales; cfr. jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales: Primer Tribunal párrafos 49, 50, 51, 57, 59 y 60; Segundo Tribunal párrafo 55; Tercer Tribunal páginas 13 y 14).

148) El régimen de libre circulación de bienes consagrada por el TA, su Anexo I y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera; la definición amplia de restricciones al comercio prohibidas que recoge el artículo 2 del Anexo I al TA; lo dispuesto en el artículo 4 del TA sobre el régimen aplicable en la zona (competencia comercial y no antidumping); y la ausencia de norma habilitante expresa que permita acudir a medidas antidumping en la región indican que la aplicación de medidas antidumping intrazona no es compatible con el principio de la libre circulación de bienes. Conclusión que es concorde con la jurisprudencia de los anteriores Tribunales Arbitrales Ad Hoc y es también conforme a la normativa del GATT-OMC en materia de áreas de libre comercio y uniones aduaneras, así como a la naturaleza de esos procesos de integración y a la práctica de los mismos.

II-F) Consecuencias y aplicación al caso de autos.

II-F-1) Características y finalidad de las medidas antidumping.

149) El examen del derecho aplicable lleva a considerar que los procedimientos y las medidas antidumping no son procedentes en los espacios integrados. En estos, ante presuntas prácticas comerciales desleales, se deben aplicar las reglas de la defensa de la competencia.

150) La propia evolución de las normas Mercosur indica esa misma dirección, por más que no haya cristalizado en un régimen que tenga vigencia. En efecto, la sucesión de normas aprobadas al respecto, aunque no vigentes, demuestran la voluntad de los EPM de establecer una disciplina común en los procedimientos tanto extra como intrazona. El hecho de que esas normas no hayan alcanzado la vigencia no las priva de un valor indicativo e interpretativo de la voluntad de las Partes en el sentido de buscar una regulación común de esta materia para evitar, en el caso intrazona, la perturbación que podría generar para el comercio regional la aplicación de medidas antidumping. La DEC CMC N° 28/00 (Art. 2), entre otras normas, indica claramente que el procedimiento antidumping es considerado como un elemento de vigencia limitada, destinado a desaparecer, que ha de ser reemplazado por un régimen de defensa de la competencia que es la solución adecuada para los mercados integrados con libre circulación de bienes.

151) Es que, aun cuando el procedimiento antidumping puede estar destinado efectivamente a contrarrestar una conducta comercial desleal, también puede ser utilizado como un recurso de naturaleza comercial y de corte proteccionista, para impedir o limitar las importaciones desde otros mercados regionales y, así, evitar la competencia con la producción nacional.

152) En esta última hipótesis el procedimiento antidumping se vuelve un instrumento restrictivo del comercio que cabe en la definición del artículo 2 del Anexo I al TA y, como tal, es absolutamente incompatible con el régimen de libre circulación de bienes propio de las áreas de libre comercio y de las uniones aduaneras. De ahí que en los espacios económicos integrados se propicia la sustitución de ese mecanismo por las normas de defensa de la competencia las que contienen un disciplinamiento común, aceptado por todos los miembros del proceso de integración, y autoridades de aplicación también comunes. Con ello se evita el deslizamiento hacia el proteccionismo o la caída en él y, a la vez, se sancionan las conductas comerciales no ajustadas a una normativa común verificada por autoridades comunes.

153) La especialidad del caso en el Mercosur es que por un lado las medidas antidumping intrazona, como restricciones a la libre circulación de bienes, son incompatibles con la normativa que consagra a esta última y por el otro lado no existen ni normativa ni órganos comunes para aplicar una efectiva defensa de la competencia. Situación en cuyo contexto los EPM, de hecho, han continuado aplicando en esos casos sus respectivas legislaciones antidumping en el comercio intrazona.

154) La justificación de la adopción de medidas antidumping radica en la necesidad de defender la competencia. Esta, por su parte, presenta dos facetas (Jean Bernard Blaise, *“Droit des affaires”*, L.G. D. J., segunda edición, París, 2000, parágrafo 601, pags. 301 y 302). Por una parte procura mantener la competencia en sus justos límites de manera que se ejerza de una manera leal y razonable, lo cual sería contradicho por una mala aplicación del régimen antidumping pues éste requiere que la competencia no sea distorsionada ni eliminada, pues debilitar la competencia va en contra de los fines de un mercado común (Gabrielle Marceau, *“Anti-dumping and Anti-trust issues in free trade areas”*, Oxford University Press, Great Clarendon Street, 1994, pag. 141, con cita del art. 3 (f) del Tratado de CEE y fallo ECJ, Case 6/72, *“Europemballage Corporation v. Commission”* (1973) ECR 215, 244). En efecto, sería por ejemplo abusivo que quien se encontrara en una posición dominante en el mercado y se negara a vender a los consumidores finales dentro de su propio mercado se colocara como peticionante en una investigación antidumping, por lo que la autoridad tiene el deber de no tomar medidas de ese tipo que tuvieran como efecto la creación o el fortalecimiento de una posición dominante (Gabrielle Marceau, op. cit., pag. 143 y nota 61).

155) Por la otra procura proteger la existencia de la competencia en sí misma evitando la desaparición de actividades que pongan en peligro el proceso competitivo como sería el caso en que los consumidores pasaran a depender de una sola fuente de suministro extranjera o sucumbiera una industria viable en el país o en el mercado común (Gabrielle Marceau, op.cit., pag. 145 y nota 73). En ese sentido se ha expresado que el propósito, en fin de esta

legislación es mantener la igualdad de oportunidades (*"the purpose of this proposed legislation is to restore, so far as possible, equality of opportunity in business by strengthening antitrust laws and by protecting trade and commerce against unfair trade practices ..."*), Comité Judicial de la Cámara de Representantes de Estados Unidos de Norteamérica citado por Richard Dale, *"Antidumping Law in a liberal Trade Order"*, Saint Martin's Press, New York, 1980, pag. 35).

156) Esto ha hecho pensar que la lucha contra los efectos nocivos de esas prácticas puede encauzarse abandonando el régimen antidumping, mediante su reemplazo por una adecuada normativa de defensa de la competencia, lo que ha sido llevado a cabo en Europa, expresándose que *"Uno de los objetivos básicos del sistema de competencia no falseada establecido en las normas de la Comunidad es evitar que la unidad del mercado único se vea amenazada por acciones que tienen por efecto el restablecimiento de barreras internas que han sido desmanteladas o que otorgan a ciertos operadores del mercado una ventaja desleal"* (Octavo Informe sobre la Política de Competencia de la Comisión de Comunidades Europeas de 1979, citado por Julio A. García López, *"La crisis del sistema G.A.T.T. y el derecho anti-dumping comunitario"*, Editorial Colex, Madrid, 1992, pag. 193) .

157) No obstante, para que ello fuera eficaz debe ir, al menos, acompañado por la eliminación de la protección arancelaria o no arancelaria a la importación en el mercado interno de quien vende en condiciones de dumping, permitiendo un real mercado libre, así como por instituciones comunes facultadas para aplicar las reglas de defensa de la competencia en los territorios de todos los Estados Partes en relación con las restricciones al comercio originadas tanto en los sectores privados como en los públicos (del papel de trabajo presentado por Jacques H. J. Bourgeois, Asesor Legal Principal de la Comisión de las Comunidades Europeas, en la 22ª. Conferencia Bienal de la International Bar Association, Comité "C", Buenos Aires, 25 al 30 de septiembre de 1988, bajo el título *"Antitrust and Trade Policy: A Peaceful Coexistence?"*), lo que hasta el momento no ha sido instituido en el MERCOSUR.

158) La inexistencia de un régimen de defensa de la competencia que neutralice las situaciones de predominio de ciertas empresas en un mercado ampliado, son circunstancias que han dado pábulo al mantenimiento de medidas antidumping en el comercio intrazona sin que se haya previsto una regulación específica para este fenómeno, tal como ha sucedido en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos de América y en el posterior Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) que incluyó a México, además de a esos dos países.

159) En esta situación el AD OMC proporciona una referencia a la que cabe acudir no a título de normativa Mercosur, que no lo es, sino a través del artículo 19 del PB como principios de derecho internacional en la materia (Cfr. Segundo Tribunal Arbitral, párrafos 59 y siguientes, para esclarecer el concepto de subsidios), en este caso para ilustrar sobre el sentido y fin de los procedimientos antidumping.

160) La finalidad del AD OMC y del Acuerdo General GATT 1994 en el cual éste se enmarca consiste en neutralizar una práctica nociva del comercio internacional, fuere que la misma consistiera en una exportación predatoria o instrumentando una política empresarial de discriminación de mercados a través de precios diferenciales entre el vigente en el mercado doméstico y el del país al cual dirige sus exportaciones.

II-F-2) La indebida utilización de las medidas antidumping con desviación de poder.

161). Consecuentemente, la utilización del régimen antidumping debe buscar la finalidad prevista por la norma, lo que descarta su utilización para disimular o encubrir la obtención

de otros fines que atentan contra la facilitación del comercio. Lo contrario constituiría una "desviación de poder" que viciaría el acto (Enrique Sayagués Laso, *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Tomo 1, Montevideo, 1963, parágrafo 280, paginas 449, 450; Cretella Junior, *"Direito Administrativo do Brasil"*, Tomo 3, paginas 175/176; Miguel S. Marienhoff, *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Tomo II, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1966, parágrafo 414, pagina 344).

162) La desviación de poder, es decir, la violación de la finalidad legal, trasunta un contenido subjetivo o psicológico, caracterizado por la voluntad generalmente encubierta o disimulada, de lograr determinado fin (Miguel S. Marienhof en su *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Tomo II pág. 537, con citas de: Stassinopoulos, *"Traité des actes administratifs"*, pag, 217; Sarría, *"Teoría del recurso contencioso administrativo"*, pag. 188; Waline, *"Droit Administratif"*, pag. 480, París 1963; y Prat, *"De la desviación de poder"*. pag. 371).

163) Ocurre desviación de poder cuando el agente estatal se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no contemplada por la norma que la instituye. De esto resulta una incongruencia entre la norma y el acto, o sea, el agente se sirve de un acto para satisfacer una finalidad ajena a la naturaleza del acto utilizado (Celso Antonio Bandeira de Mello, *"Curso de Direito Administrativo"*, Malheiros Editores, Sao Paulo 1993, pag. 186). En la desviación de poder, el comportamiento del agente, orientado por un móvil viciado, esta en desacuerdo con la finalidad normativa. Son modalidades de la desviación de poder:

- a) no perseguir el interés publico por la violación del principio de impersonalidad: el acto tiene en mira intereses personales, del agente o de terceros;
- b) perseguir un fin de interés publico, pero extraño a la categoría de intereses pertinentes a la competencia; pues el acto se vale de una vía jurídica para alcanzar fines públicos que deberían ser implementados por otra vía jurídica (Vedel, Georges, *"Droit Administratif"*, Tercera Edición. París, PUF, 1964 p 458 y 462).
- c) violar un principio de razonabilidad:
 - o porque la medida establecida era prevista, pero el motivo falso o inidóneo;
 - o porque la medida establecida era prevista y necesaria, pero inadecuada a los objetivos jurídicos (vía impropia);
 - o porque la medida establecida, aunque prevista, necesaria y adecuada, es desproporcionada de acuerdo al fin que se desea alcanzar (exceso).

164) En cuanto al motivo indicado precedentemente se señala que el mismo constituye el presupuesto material que autoriza y exige la práctica del acto administrativo; es pues, una situación empírica, externa y previa, pudiendo estar prevista en la norma o no. Si está prevista, se habla de previsión abstracta de una situación de hecho, la cual debería ser tomada en cuenta por el acto ante una situación material concreta. Esencial para la desviación de poder en todas sus modalidades es el móvil. Del motivo (situación objetiva y externa al agente) se distingue el móvil, esto es, la representación subjetiva e interna del agente, básica para el examen de la intención. El móvil es relevante para la apreciación de la desviación de la finalidad, sobre todo en los aspectos referidos al ámbito de discrecionalidad del acto, aspectos que, en virtud del modo en que la norma regula la materia, exigen que el agente pondere las circunstancias del caso en cuanto a la mejor manera de atender a la finalidad normativa.

165) En cuanto a la finalidad, se entiende por tal el tratamiento del bien jurídico objetivado por el acto. Si hay conformidad con la finalidad normativa, el acto es correcto; si estuviera en disconformidad ocurre la desviación. Así, no se puede buscar a través de un acto la protección del bien jurídico cuya satisfacción debería ser obtenida por otro acto o categoría de acto: cada acto tiene la finalidad señalada por la norma que la concibe. Como dice Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández (*"Curso de Derecho Administrativo"*, Octava Edición, Civitas, Madrid, 1998, tomo I, pag. 458): "los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el

ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo, ciega la fuente de su legitimidad”.

166) Cuando se dice que la administración se obliga a la finalidad se está significando que ella se subordina al principio de la finalidad. No se trata de una consecuencia de la legalidad, pues es más, se trata de algo que es inherente a la legalidad: es la exigencia de cumplir la ley tal cual ella es. Por eso la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar: aunque obedezca a su forma, la desviación de poder burla la ley so pretexto de cumplirla.

En este sentido, la actividad administrativa esta vinculada a un fin ajeno a la persona y a los intereses particulares del agente o del órgano que la ejerce. Y la desviación de poder ocurre no solamente cuando la actuación administrativa es extraña a cualquier finalidad pública, sino también cuando *“el fin perseguido, si bien es de interés público no es el fin que la ley señala para aquel acto”* (Jean Rivero, *“Droit Administratif”*, Segunda Edición, Dalloz, Paris, 1962, pag. 225 a 260). Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el principio de moralidad. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos.

167) En esa situación y a la luz de las consideraciones efectuadas corresponde al Tribunal Arbitral decidir si la investigación por dumping y las medidas antidumping tomadas como culminación del procedimiento en el caso de autos y establecidas en la resolución ME 574/2000 constituyen una restricción a la libre circulación de bienes consagrada en la normativa Mercosur.

168) Naturalmente, la tarea del Tribunal no consiste en practicar una revisión detallada de cada elemento del procedimiento ni en verificar su exacta concordancia con la legislación nacional argentina. Tampoco el cuestionamiento puede alcanzar al mero desacuerdo en la aplicación del derecho interno en la medida en que se respeten ciertos estándares internacionales (Alfred Verdross, *“Derecho Internacional Público”*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1969, pág. 309). El Tribunal deberá examinar los elementos y componentes principales del procedimiento y de su conclusión en medidas antidumping para determinar a través de factores o indicadores objetivos si tal procedimiento ha sido empleado como instrumento de restricción comercial, violatorio por tanto de la regla de la libre circulación de bienes o no. En otras palabras, en una función claramente jurisdiccional el Tribunal debe determinar si ha existido un simulacro en las formas para lograr un objetivo de bloqueo a la libre circulación (*“simulacre des formes pour masquer la violence”*, sentencia arbitral del 21 de octubre de 1861 en el asunto *“Yuille Shortridge & Co.”*, citado por Verdross, op. cit. pág. 307)

169) El Tribunal, en el cumplimiento de esa tarea, ha considerado en particular los aspectos siguientes:

II-F-3) Análisis del procedimiento antidumping aplicado en el caso a fin de determinar si hay desviación de poder.

II-F-3-a) Breve cronología de las etapas del procedimiento

170). El 2 de septiembre de 1997 el CENTRO DE EMPRESAS PROCESADORAS AVÍCOLAS (CEPA) de la República Argentina se presentó ante la Subsecretaría de Comercio Exterior (SSCE) dependiente del Ministerio de Economía de la República Argentina solicitando la apertura de investigación por importaciones de pollo eviscerado en condiciones de dumping, originario de la República Federativa de Brasil.

171). El 23 de septiembre de 1997 la CNCE por acta de Directorio N° 367 emitió opinión sobre la representatividad de las empresas adheridas formalmente a la solicitud de CEPA dentro de la producción local del producto similar. Por su parte el 21 de noviembre de 1997

mediante Disposición SSCE N° 33 la SSCE declaró admisible la solicitud presentada por CEPA.

172) El 7 de enero de 1998 por Acta de Directorio N° 405 la CNCE concluyó que no existían suficientes alegaciones de daño y amenaza de daño que justificaran el inicio de la investigación. Luego de ello CEPA acompañó nueva información y atento el estado del expediente el servicio jurídico del Ministerio dictaminó que “correspondía previo a todo trámite, solicitar la nueva intervención de la citada Comisión Nacional a fin de que se expida sobre los elementos aportados”.

173) El 22 de septiembre de 1998, por Acta de Directorio N° 464 la CNCE concluyó que existían suficientes alegaciones de amenaza de daño que justificaban el inicio de la investigación.

174) El 7 de enero de 1998 el Área Prácticas Comerciales Desleales y Salvaguardias (APCYyS) elaboró un “Informe Relativo a la Viabilidad de la Apertura de la Investigación” en el que se concluyó que “se ha verificado que existía práctica comercial desleal de comercio bajo la forma de dumping en gran parte de las operaciones de exportación hacia la República Argentina de pollos eviscerados originarios de la República Federativa de Brasil”.

175) El 20 de enero de 1999 mediante la Resolución N° 11/99 (SICyM) publicada en el Boletín Oficial del 25 de enero de 1999 la Secretaría de Industria Comercio y Minería declaró procedente la apertura de la investigación de dumping.

176) El 28 de junio de 1999 por Acta de Directorio N° 531 la CNCE concluyó preliminarmente que existían indicios de daño a la industria nacional causados por las importaciones investigadas; sin embargo teniendo en cuenta la conveniencia de analizar en profundidad las distintas causas de daño además de las importaciones investigadas, se consideró avanzar a la etapa final de la investigación sin aplicación de medidas provisionales.

177) El 6 de agosto de 1999 la Dirección de Competencia Desleal (DCD) elaboró su “Informe de Determinación Preliminar del Margen de Dumping” en el que concluyó que se había registrado margen de dumping en función de la relación entre los precios FOB de exportación a la República Argentina y el Valor Normal considerado oportunamente para el origen investigado. Determinó que el margen de dumping asciende a 13,08%.

178) El 7 de septiembre de 1999, la SSCE hizo saber a la CNCE que se había considerado adecuado pasar a la siguiente instancia del procedimiento a fin de profundizar en el análisis de todos los elementos de prueba aportados a las actuaciones en cuestión.

179) El 25 de noviembre de 1999 se efectuó en el ámbito de la CNCE la Audiencia Pública convocada por el Directorio de la CNCE mediante Acta N° 562.

180) El 23 de diciembre de 1999 la Comisión Nacional de Comercio Exterior (CNCE) elaboró su Acta N° 576 mediante la cual emitió la “Determinación Final sobre la existencia de daño a la producción nacional causado por las importaciones realizadas en condiciones de competencia desleal” (fs. 2520 a fs. 2662 con anexos de fs. 2663 a fs. 2753), registrándose votos divididos. La mayoría compuesta por tres de los cuatro miembros concluyó que “la industria nacional de pollos eviscerados enteros sufre daño importante causado por las importaciones en condiciones de presunto dumping originarias de la República Federativa de Brasil”, mientras que el voto en disidencia expresó que “la industria nacional productora de pollos enteros eviscerados no sufrió daño importante causado por las importaciones”.

181) El 23 de junio de 2000 la DCD elaboró su “Informe de Determinación Definitiva del Margen de Dumping” (fs. 2985 a fs. 3089 con anexos de fs. 3090 a fs. 3201), en el que concluyó que “se ha arribado a la determinación final acerca de la existencia de práctica comercial desleal bajo la forma de dumping. Así, se han alcanzado, en su caso, márgenes de

dumping en función de la relación detallada precedentemente entre los precios FOB promedio de exportación a la República Argentina y el Valor Normal del producto similar considerado oportunamente, teniendo en cuenta la información obrante en las actuaciones de referencia para cada caso particular y en función de la participación de las firmas interesadas en la presente investigación. Finalmente respecto de aquellas firmas para las cuales la Autoridad de Aplicación no contó con información adecuada, correspondió el uso de la mejor información disponible a efectos de la determinación final del margen de dumping”.

182) Finalmente el día 21 de julio de 2000 se dictó la Resolución (ME) 574/2000, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el día 24 de julio de 2000, mediante la cual se aplicaron los derechos antidumping que son objeto de esta controversia.

II-F-3-b) Aspectos del trámite de la investigación de dumping.

183) La Dirección de Competencia Desleal invitó a las empresas exportadoras a llenar los cuestionarios tendientes a establecer la base de datos particularizada para cada empresa, así como también para que ofrecieran las pruebas que consideraran pertinentes y concedió las prórrogas de plazo solicitadas.

184) El 20/4/99 se presentaron a acompañar datos y ofrecer prueba las exportadoras SADIA S.A (expte. Nro. 061-003243/99 obrante en el cuerpo IX fs. 999), AVIPAL S.A. (el mismo expte. que Sadia aunque antes ya había hecho una presentación el 16/2/99 por nota), FRIGORÍFICO NICOLINI LTDA. (el mismo expte que Sadia aunque complementado con la presentación por expte. Nro. 0061-003244/99 obrante en el cuerpo IX, fs. 1000), SEARA ALIMENTOS S.A. (expte. 061-003241/99 obrante en el cuerpo VIII, fs. 998, Folios 1 a 141), FRANGOSUL S.A. AGROAVÍCOLA INDUSTRIAL (quien se presenta el 27 de abril de 1999 por expediente nro. 061-003502/99 obrante en el cuerpo XI, Fs. 1022).

185). Argumentan las exportadoras acerca de *“la imposibilidad de agregar la totalidad de las facturas de venta en el mercado interno debido a su cantidad diaria que se cuenta por decenas de miles, por lo que ha sido sustituida por precios representativos del período, circunstancia ésta que podrá ser verificada mediante la verificación de la documentación en el país de origen y por la agregación de las publicaciones sobre precios en el mercado interno”*. Ante esto la autoridad de aplicación manifiesta no desconocer la dificultad que se presenta en situaciones como éstas por lo que sugiere que se indiquen alternativas técnicas y metodológicas para solucionar ese inconveniente.

Más tarde SADIA acompañó un listado de notas fiscales por expediente 061-007775/99 del 26/8/99 agregados en el Cuerpo XXX a Cuerpo XLVIII, fs. 2311. Con posterioridad la autoridad competente pidió aclaración sobre las condiciones de pago e impuestos mediante nota del 28/11/99 (Cuerpo LIX, fs. 2427 y 2428). Asimismo se le pidió a la empresa la presentación de la documentación respaldatoria correspondiente a la muestra realizada por la Dirección con detalle de los números de las notas fiscales que se requieren y su fecha de emisión (Cuerpo LIX, fs. 2475 a 2479) Luego de un pedido de prórroga SADIA acompañó los datos requeridos (ver fs. 3027). Por su parte AVIPAL a través de expediente 061-12454/99 (Cuerpo LX, fs. 2505) remite soportes magnéticos con listados de notas fiscales, FRIGORÍFICO NICOLINI acompañó copia de las notas fiscales sin traducción, correspondientes a los años 1997 1998 y los tres primeros meses de 1999 mediante Expediente nro. 061-007774/99 del 26/8/99, y mediante Expediente 061-012163/99 del 14/12/99 presentó documentación respaldatoria de la muestra estadística realizada (Cuerpo LX, fs. 2502). SEARA ALIMENTOS acompañó dos facturas del mercado interno el 3/9/99 por expediente 061-008061/99 (Cuerpo LII, fs. 2327). Por nota del 3/12/99 se le pidió documentación respaldatoria detallando los números de las notas fiscales requeridas, la filial y fecha de emisión (Cuerpo LIX, fs. 2469 a 2471). El 13/12/99 SEARA remitió un diskette con los listados de las notas fiscales y pidió prórroga para presentar la documentación respaldatoria (Expediente nro. 061-012107/99, Cuerpo LX, fs. 2491 y expediente nro. 061-012110/99, Cuerpo LX, fs. 2494). Finalmente el 21/12/99 presentó documentación

respaldatoria de la muestra estadísticas realizada por expediente nro. 061-01245/99 en el cuerpo LXI, fs. 2506. FRANGOSUL presentó el 1/9/99 tres facturas (Cuerpo LII; fs. 2326), El 12/10/99 la autoridad de aplicación solicitó la presentación de listados de notas fiscales de donde surgen la totalidad de las operaciones realizadas durante el período de investigación (Cuerpo LIII, fs. 2382 y 2383). En este último caso no se advierte que el requerimiento haya sido respondido.

186) Los exportadores solicitan que *“se requiera la elaboración de un informe técnico contable en el que conste la incidencia de los impuestos y tributos descriptos en el apartado 1.1. cuando la mercadería se destina al mercado interno y establezca la situación cuando la misma mercadería se destina a la exportación”*. La autoridad de aplicación manifestó que la prueba se proveería en su momento para lo cual se tendría en cuenta la designación de los respectivos consultores técnicos por parte de las firmas intervinientes, a costa de las mismas y de acuerdo a las consideraciones que en su caso se crean convenientes. Del expediente no surge que las empresas exportadoras hayan designado dichos consultores técnicos ni que se hayan llevado a cabo esos análisis. No se advierte que los exportadores hayan aportado datos, cifras ni coeficientes que indiquen cual sería la referida incidencia y que pudieran hallarse sujetos a comprobación o que pudieran servir de base para una corrección.

187). También solicitan los exportadores que *“se requiera un informe técnico-contable que establezca en base a datos aportados en este escrito el valor “ex – fábrica” tanto para la exportación como para el mercado interno”*. La autoridad de aplicación expresó que la medida de prueba requeriría de la designación de los respectivos consultores técnicos por parte de las firmas intervinientes, a costa de las mismas y de acuerdo a las consideraciones que en su caso se crean convenientes. De la lectura del expediente no se advierte que las exportadoras hayan designado los consultores mencionados, ni indicado cuales serían los valores “ex – fábrica” que se intentarían probar.

188) Agregado al escrito de las exportadoras se encuentran las respuestas ofrecidas en relación al cuestionario del “productor/exportador” en los cuales se indican en once anexos los datos referentes a la información general del productor exportador, a las exportaciones a la Argentina, a las ventas efectuadas en el mercado interno de Brasil, a las exportaciones a terceros países, y a la estructura de costos de la mercadería tanto para el mercado interno como para la mercadería exportada.

Con relación a estas informaciones y, en particular, respecto de las ventas efectuadas en el mercado interno de Brasil se registran las siguientes respuestas:

- SADIA (Cuerpo X, fs. 1012, folios 1 a 14) presenta las ventas en forma anualizada para los años 1996, 1997 y 1998 y los dos primeros meses del año 1999 .
- AVIPAL (Cuerpo XX, fs. 1614, Folio 1 a 23) hace un resumen no confidencial de las ventas en mercado interno, con precio de venta y cantidad por toneladas. La autoridad de aplicación proveyó expresando que solicitaría en forma confidencial que se presentara documentación respaldatoria de las mismas.
- FRIGORÍFICO NICOLINI (cuerpo IX, fs. 1000) indica las ventas efectuadas en el mercado interno a lo cual la autoridad de aplicación expresa que requeriría la documentación respaldatoria de las ventas internas y externas, requiriendo traducción y aclaraciones sobre los siguientes temas: naturaleza de la documentación presentada, especificación del mercado al que fue destinada la mercadería mencionada, si las informadas son ventas totales o una muestra de las mismas, cuales son los impuestos incluidos y cuales las condiciones de pago.
- SEARA ALIMENTOS (Cuerpo VIII, fs. 998, folios 1 a 141) indica las ventas efectuadas en el mercado interno aclarando que debido al gran volumen comercializado por mes en el mercado interno, se anexa un resumen de las notas fiscales emitidas con relación a las ventas efectuadas en el mercado interno, las mismas contienen los volúmenes vendidos, precios brutos y precios líquidos de impuestos y fletes. Se indica que la autoridad de aplicación solicitará documentación respaldatoria e información desagregada por operación.

- FRANGOSUL S.A. (Cuerpo XI, fs. 1022) indica las ventas efectuadas en el mercado interno correspondientes a los años 1996, 1997, 1998 y los primeros tres meses de 1999, desagregadas por mes. La autoridad de aplicación manifiesta que requerirá documentación respaldatoria.

189) El Centro de Empresas Procesadoras Avícolas (CEPA) aportó información sobre el precio del mercado interno de Brasil a partir de una publicación de la Asesoría JOX del 30/6/97 (Cuerpo I, fs. 1, folios 150/163) en la que se informan los precios del kilogramo de pollo enfriado de San Pablo para el periodo 1998-1999, expresados en reales y correspondientes a pollos con patas, cabeza y menudos, lo que fue ratificado mas adelante (Cuerpo XXV, fs. 2096, folios 1 a 41 del Expediente administrativo de la Dirección de Competencia Desleal).

190) Los datos del informe de JOX no han sido cuestionados por las exportadoras y las más importantes de ellas (AVIPAL, FRANGOSUL, FRIGORIFICO NICOLINI, SADIA y SEARA), ofrecieron informes de esa misma fuente (ver alegato de estas firmas, fs. 2964, folio 1 vuelta).

191) La peticionante CEPA expresa que en la Argentina el pollo se vende sin cabeza ni patas, mientras que en Brasil el animal es vendido con esos dos elementos, por lo que a fin de permitir la comparación en igualdad de condiciones de ambos productos, calcula el costo de separar esos elementos del pollo en sí, lo que da lugar a un ajuste del 9,09% el cual aplica sobre la base de esos datos efectúa un cálculo tendiente a adecuarlo comparativamente a las condiciones en que este producto de vende en el país.

La peticionante añadió que el peso promedio de pollo vivo que se faena en Brasil es de 2,25 kgs, de los cuales se obtiene un 88% de carne vendible y que, por su parte, en la Argentina se obtiene un 80% de lo que concluye el siguiente cálculo:

Brasil	= 88% s/2,25 kgs.	= 1,980 kgs.
Argentina	= 80% s/2,25 kgs.	= 1,800 kgs.

De ello concluye que el pollo vivo de 2,25 kgs. produce en la Argentina un 9,09 % menos de carne vendible.

192) SADIA en su presentación del 26/8/99 expediente 061-007772/99 (Cuerpo XXX, Fojas 2309) expresa que *“del precio informado por CEPA como valor normal se deberá deducir el componente tributario del precio para el mercado interno, así como el flete nacional y el costo financiero que corresponde deducir para llegar al valor FOB, que no resulta aplicable cuando se trate de la exportación. Partiendo del precio publicado por JOX el 30/6/97 que fuera incorporado a este expediente debe tenerse presente a los efectos de interpretarse correctamente el mismo a paridad cambiaría del real a dicha fecha, equivalente a 0,99 reales por U\$S de 0,92 para lo que aquí se entiende como fresco grande mayorista y que para mis mandantes resulta ser el “preço de venda atacado” para grandes supermercados que representan cerca del 80% de las ventas del mercado interno”*.

193) En el informe final la Dirección de Competencia Desleal acompaña un cuadro (fs. 3060) en el cual se indica la participación en kilogramos que tiene cada una de las exportadoras brasileñas al mercado argentino del que resulta:

- ACAUA INDUSTRIA	0,07%
- AVIPAL	6,40%
- CATARINENSE	1,97%
- CEVAL	1,56%
- COMAVES	5,75%
- CHAPECO	2,32%
- DA GRANJA AGROI	3,09%
- FELPE AVÍCOLA	0,55%

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

- FRANGOSUL	4,35%
- LITORAL ALIMENT	0,82%
- MINUANO	5,76%
- NICOLINI	9,18%
- PERDIGAO AGROÍN	2,64%
- SADIA	34,08%
- SADIA CONCORDIA	2,58%
- SEARA	18,77%
- VENETO	0,11%
- TOTAL	100,00%

Del cuadro surge que AVIPAL, NICOLINI, SADIA Y SEARA cubren el 68,43% del volumen exportado de Brasil a Argentina.

194) El 20 de enero del 2000 por expediente nro. 061-00711/2000 (fs. 2963, folios 1 a 7), presentan su alegato las exportadoras AVIPAL, FRANGOSUL, FRIGORÍFICO NICOLINI, SADIA y SEARA (ver fs. 3071 del informe final). Critican la corrección por el factor 9,09 % reputándola una práctica tendenciosa. No se advierte que se apoyen en diligencias tendientes a probar que el coeficiente correspondiente fuera otro.

195) El 19 de enero del 2000 por expediente nro. 061-000663/2000 se presenta la Embajada de Brasil (Cuerpo LXIV, fs. 2950, folios 1 a 6) quien hace “comentarios sobre el documento” referido al relevamiento de lo actuado con anterioridad al cierre de la etapa probatoria en la investigación por presunto dumping.

196) En la determinación preliminar se estableció un margen de dumping del 13,08% lo que se refleja en el cuadro que obra a fs. 3086 del informe final. Allí se expresa que el valor normal es de U\$S / Kg. 1,0385 y que el precio FOB de exportación promedio es de U\$S / kg. 0,91836 por lo que el margen de dumping sería la diferencia es decir, 0,12057. Esa diferencia o margen de dumping representa el 13,08 % del precio FOB de exportación.

197) A fs. 3086 del informe final se procede a hacer la determinación final de cada uno de los cuatro productores que han brindado información. En cada uno de estos cálculos se advierten variaciones tanto en el valor normal (es decir el precio del mercado interno de Brasil para cada una de esas empresas) como en el precio de exportación lo que arroja márgenes de dumping distintos e incluso negativos para las firmas FRIGORÍFICO NICOLINI y SEARA ALIMENTOS.

Los márgenes de dumping establecidos para cada una de las empresas es el siguiente:

Firma	Valor Normal	Precio FOB	Margen de Dumping
SADIA	0,9294	0,80883	14,91%
AVIPAL	1,0896	0,94355	15,48%
NICOLINI	0,8027	0,95843	Negativo
SEARA	0,9104	1,00988	Negativo

198) Con relación a las firmas CATARINESE LIMITADA, FRANGOSUL, COMAVES, DA GRANJA AGROI, SADIA CONCORDIA, MINUANO DE ALIMENTOS, ACAUA INDUSTRIA, FELIPE AVÍCOLA, PERDIGAO AGRÓIN, VENETO, CHAPECO CL Y LITORAL ALIMENT, la autoridad de aplicación expresa que “no ha contado con información adicional o con respaldo documental suficiente que la habilite a proceder a la determinación final individual del margen de dumping con la misma. En tal sentido, cabe al respecto remitir a lo establecido por la legislación vigente en la materia considerándose a tal fin la margen información recabada por la autoridad de aplicación en instancias precedentes del presente trámite, correspondiendo la siguiente determinación, a saber ...”, y a continuación indica el siguiente cuadro:

Valor Normal	Precio FOB	Margen de dumping
U\$S / Kg	Promedio U\$S/kg	%
1,0385	0,95992	8,19

199) Se advierte que en los casos antes mencionados y ante la falta de datos aportados con respaldo documental se ha utilizado como valor normal el que fue utilizado para la determinación preliminar el cual surge de los cálculos realizados en el informe preliminar. En cuanto al precio FOB de exportación el mismo (u\$S 0,95992) no coincide con el precio FOB de exportación del informe preliminar (u\$S 0,91836) en razón de que para el cálculo de estos precios de exportación se han eliminado de los listados las importaciones producidas por las cuatro empresas analizadas en forma individual (SADIA, AVIPAL, FRIGORÍFICO NICOLINI y SEARA ALIMENTOS) por lo cual y ante la ausencia de esos datos se tomó el precio FOB promedio de las exportaciones con exclusión de las cuatro anteriores.

200) En cuanto a las firmas exportadoras que los importadores indicaron como proveedoras de pollo, surge del expediente que algunas de ellas que fueron consultadas por la Dirección de Competencia Desleal, informaron que no habían realizado las exportaciones que se les atribuían y por lo tanto no aportaron datos ni llenaron cuestionarios; tal es el caso de COOPERATIVA CENTRAL DE LATICINIOS DO PARANA quien se presentó el 18/10/99 por expediente nro. 061-009759/99 (cuerpo LIII, fs. 2387) y expresó que durante el período enero de 1998 a enero de 1999 no realizó exportaciones del producto denunciado. Lo mismo sucede con CHAPECO COMPAÑÍA INDUSTRIAL que el 28/10/99 por expediente nro. 061-010656/99 (Cuerpo LIX, Fs. 2418) comunicó que no realizó ventas a la República Argentina durante el período investigado.

Otras empresas exportadoras no informaron al requerimiento efectuado por la autoridad argentina. Tal es el caso de PERDIGAO AGROINDUSTRIAL quien fue requerida por nota nro. 273-001319/99 del 8/11/99 (Cuerpo LIX, Fs. 241 y 2412); PENABRANCA quien fue requerida y habiendo pedido prórroga ésta le fue concedida mediante nota 273-001406/99 del 18/11/99 (Cuerpo LIX, fs. 2423 y 2424), pese a lo cual finalizado el plazo establecido no remitió información alguna.

Finalmente COMPAÑÍA MINUANO DE ALIMENTOS requerida, solicitó prórroga la que le fue concedida por nota 273-001409/99 del 18/11/99 (Cuerpo LIX, fs. 2429 y 2430) sin que haya presentado información.

COMAVES COMERCIO DE ALIMENTOS LIMITADA luego de solicitar una prórroga para acompañar la información y luego de finalizado el período probatorio presentó, el 27/1/00 por expediente nro. 061-000915/2000, tres cuadros correspondientes a los años 1997, 1998 y los primeros cuatro meses del año 1999 con información agregada por mes de las ventas efectuadas por la empresa en el mercado interno (Cuerpo LXIV, Fs. 2969, folios 2,3 y 4) aunque luego no aportó respaldo a la misma.

COOPERATIVA CENTRAL OESTE CATARINENSE LIMITADA, presentó información con las correspondientes respuestas a los cuestionarios de productor / exportador, pero sin acompañar respaldo documental.

II-F-3-c) Conclusiones sobre el modo como ha sido llevado el procedimiento antidumping.

201) La Reclamante cuestiona el modo en que fue llevado a cabo el procedimiento de investigación y aplicación de los derechos antidumping por parte de la Reclamada en cuanto a los fundamentos de la apertura de la investigación, así como por el no archivo de las actuaciones, la falta de entrega de copia de la petición, la falta de datos en la publicación de la decisión final, y por incorrecciones en la determinación de precios en condiciones de dumping, de daño a la producción local y de relación de causalidad entre ellos. También cuestiona que el margen de dumping no se haya fijado a través de una alícuota, sino por diferencia entre el valor normal y el precio de exportación declarado. Por último cuestiona la

práctica de la Aduana argentina en relación a la valoración de las mercaderías importadas. Respecto de este último tema, el Tribunal ya ha expresado que no es materia de esta controversia. En cuanto a los restantes, algunos de ellos apuntan a alegadas irregularidades en el procedimiento tanto en las etapas previas como posteriores a la imposición del derecho antidumping y otras relativas a la existencia de los presupuestos requeridos para la aplicación de los derechos antidumping, es decir si hay precio en condiciones de dumping, daño a la producción local y relación de causalidad entre aquellas y éste.

202). La Parte Reclamada opone que los exportadores deben respetar el agotamiento de la vía recursiva en el orden nacional antes de habilitarse una instancia arbitral. El Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre la aplicación a este caso del referido requisito ni tampoco del valor que frente a esta instancia tendrían los pronunciamientos que en aquél ámbito hubieran pasado en autoridad de cosa juzgada, por cuanto adelanta que el análisis de las actuaciones han llevado a su convicción que las irregularidades alegadas no permiten presumir que el Estado Reclamado haya actuado con intención de restringir abusivamente la circulación intrazona, por lo que carece de facultades para analizar intrínsecamente la regularidad del procedimiento antidumping a la luz de las normas nacionales.

203) Dado que las formas del procedimiento tienden a resguardar el derecho de defensa en juicio de las partes en el mismo, las irregularidades de procedimiento sólo adquieren relevancia a los efectos del presente análisis cuando ellas afecten las garantías del debido proceso. En el caso las irregularidades alegadas respecto de los trámites previos a la apertura de la investigación no fueron susceptibles de crear indefensión, ya que son parte de un estadio preliminar del procedimiento, en el cual las partes aún no han sido convocadas, teniendo éstas oportunidades de defensa en las etapas que se cumplieron con posterioridad.

204) El hecho de que la autoridad competente de la investigación no hubiera remitido a las exportadoras o al representante del Estado Parte involucrado copias de la presentación del peticionante o que en la publicación de la determinación final no se incluyeran algunos datos recogidos en la investigación, no ha tenido por efecto provocar la indefensión de la Parte Reclamante ya que, conforme surge de las constancias del expediente, los interesados que se presentaron en la causa tuvieron posibilidad de examinar las actuaciones y de extraer fotocopias en cualquier momento, lo que en el caso de la Parte Reclamante sucedió efectivamente, conforme se desprende del expediente (fs. 2314, 2877, 2892, 2908, 2982, 3304/5) y sin que conste reclamo en esa instancia.

205) La Comisión Nacional de Comercio Exterior (CNCE) a fs. 2531 de su Informe final consideró reunido el requisito de que la petición fuera hecha por la "rama de la producción nacional" expresando que *"la solicitud de apertura fue realizada por CEPA. Las empresas SAN SEBASTIÁN, RASIC HERMANOS, GRANJA TRES ARROYOS, AVÍCOLA ROQUE PEREZ, DOMVIL, FEPASA, FRIGORÍFICO DE AVES SOYCHU, MIRALEJOS, LAS CAMELIAS, FRIGORÍFICO CUMINI, INDUSTRIAL AVÍCOLA CORDOBESA (INDACOR) y NÉSTOR EGGS se adhirieron formalmente a la solicitud de CEPA. Con excepción de las tres últimas, todas las empresas respondieron al cuestionario remitido por la CNCE a los productores. La empresa SUPER se presentó con posterioridad a la apertura de la investigación, respondiendo al cuestionario respectivo. De esta forma las empresas relevadas representan 46,2% de la producción nacional para el año 1998, por lo que la Comisión considera cumplimentado el requisito del artículo 4.1. del Acuerdo de Dumping"*. Los exportadores no han puesto en duda dicho porcentaje.

En el informe final preparado por la Dirección Nacional de Competencia obrante a fs. 2985 a 3201 se hace referencia a la admisibilidad de la petición indicando que la Subsecretaría de Comercio Exterior consideró admisible la solicitud presentada por parte del sector productivo local considerando reunidos los requisitos de representatividad mediante la Disposición SSCE N° 33 del 21/11/1997 obrante en el cuerpo III a fs. 449 a 451. No se advierte que dichas decisiones fueran cuestionadas oportunamente.

206) En lo relativo a la determinación del margen de dumping, no hay elementos para considerar que la autoridad encargada de la investigación haya dejado de tener en consideración los datos oportunamente aportados o acreditados para hacer los ajustes necesarios para hacerlos comparables en lo referente a la comparación entre el valor normal y el precio de exportación. Las empresas exportadoras no impulsaron la prueba de expertos que anunciaron en sus escritos iniciales a fin de acreditar los informes que brindarían datos alternativos a los aportados por la peticionante (Artículo 6.8 y su Anexo AD OMC).

207) Si bien fue cuestionada la utilización del coeficiente de 9,09% de incremento en el precio para establecer la comparación entre el mercado interno brasileño y el precio de exportación, ninguna de las firmas negó la existencia de la diferencia de peso existente entre el producto con cabeza y pies tal como se vende en el mercado interno del país exportador y con ausencia de esos elementos para el mercado importador y no se aportaron elementos para métodos de cálculos alternativos al aportado por la peticionante.

208) En lo referente a la deducción del flete interno y de los impuestos interiores del producto exportado desde Brasil, se advierte que pese a haberse ofrecido por las empresas exportadoras estudios de consultores para que se hicieran cargo del cálculo adecuado que tendrían esas incidencias, las mismas no designaron a las referidas consultoras ni diligenciaron la prueba pertinente.

209) Los cálculos de dumping fueron personalizados respecto de las cuatro empresas - SADIA, AVIPAL, NICOLINI y SEARA- que aportaron respaldos documentales. Otras empresas no aportaron respaldo documental y algunas no respondieron a los cuestionarios.

210) De las cuatro empresas que proveyeron material y respaldo documental, dos de ellas a las cuales se les aplicó derecho antidumping (SADIA y AVIPAL) representan el 40,48% del volumen de exportaciones a la Argentina mientras que las dos empresas con margen de dumping negativo, a las cuales no se les aplicó derecho antidumping (NICOLINI y SEARA) representan el 27,95% del volumen exportado a la Argentina. El resto de las empresas exportadoras que no brindaron información, y a cuyo respecto se fijó un margen de dumping sobre la base de promedios, representa el 31,57% del volumen exportado.

II-F-4 Conclusiones sobre consecuencias y aplicación al caso de autos

211) El examen de los aspectos destacados en los párrafos anteriores, así como el expediente en su conjunto, permiten al Tribunal alcanzar las siguientes conclusiones:

212) El procedimiento de investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping motivo de estas actuaciones satisface condiciones de razonabilidad, sin perjuicio de observaciones que pueden hacerse a puntos específicos del mismo y sin ingresar en su evaluación de fondo, o sea, sobre la existencia de dumping y la aplicación de medidas antidumping. Tarea ésta que no incumbe al Tribunal cuya jurisdicción recae en la apreciación de si el procedimiento y las medidas que surgen de él han sido empleados como un medio ilícito de restricción a la libre circulación de bienes en el ámbito del Mercosur. Bajo esta perspectiva el procedimiento no arroja elementos que hagan presumir esa situación.

213) Entre otros aspectos considerados: hay evidencia de un proceso prolongado en el curso del cual la petición inicial de los productores presuntamente afectados fue rechazada, para ser retomada recién después del aporte de nuevos elementos. No se aplicaron medidas provisionales luego de la investigación preliminar. Hubo publicidad; comparecieron empresas brasileñas afectadas por la investigación a las que se le requirió información y se tuvo en cuenta la información recibida de éstas. No se comprueba una exclusión sistemática de información proporcionada por los exportadores. Fueron concedidos los pedidos de los exportadores para que se les diera una prórroga en los plazos para evacuar las informaciones solicitadas. Fue aceptado, aunque luego no utilizado, el recurso a consultores

técnico-contables planteado por empresas exportadoras. La fuente de JOX como referencia para la determinación de precios en el mercado brasileño no fue cuestionada por los exportadores. La petición para iniciar el procedimiento de dumping fue planteada por empresas que representan el 46.20 % de la producción local de pollos que, sin ser la mayor parte de esa industria constituye una proporción significativa. Una parte sustancial de las exportaciones, el 68 %, fue cursado por cuatro empresas que participaron activamente en todas las instancias del procedimiento. El margen de dumping fue determinado en dos de esas empresas en tanto otras dos, que representan el 27.95 % las exportaciones, no fueron afectadas. La apreciación individual por empresa del dumping o su consideración grupal parece deberse a la disponibilidad o no de información específica. En todo caso, las empresas consideradas individualmente representan la parte sustancial del comercio de pollos.

214) Las discrepancias relacionadas con la existencia de los presupuestos requeridos para la aplicación de los derechos 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 el comercio.

215) En tal sentido el Tribunal, examinadas las alegaciones de las Partes y la documentación agregada al expediente, considera que los criterios utilizados por la Reclamada en relación con los puntos mencionados son razonablemente aceptables, sin perjuicio de la posible utilización de otros criterios también aceptables para estimar las cuestiones indicadas. No se advierte en los criterios aplicados un apartamiento sustancial de lo que es práctica normal en procedimientos de esta naturaleza. En todo caso, no dan pie a presumir que el procedimiento sea un simulacro destinado a establecer restricciones ilícitas en el comercio regional.

III.- CONCLUSIONES.

De acuerdo con las consideraciones precedentes el Tribunal concluye en lo siguiente:

1. No hay normas específicas del Mercosur, vigentes, que regulen el procedimiento de investigación de dumping y aplicación de medidas antidumping intrazona.
2. Hay, sin embargo, normas Mercosur vigentes, aplicables al caso, contenidas en el Tratado de Asunción, su Anexo I y el Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera que consagran la libre circulación de bienes a partir del 31-12-99 y prohíben por consiguiente la aplicación de restricciones de cualquier naturaleza al comercio intrazona salvo las excepciones expresas resultantes de normas vigentes (Cfr. Jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc, normas GATT-OMC, doctrina y práctica de las uniones aduaneras y zonas de libre comercio).
3. El Tribunal Arbitral es por tanto competente para apreciar si un procedimiento de investigación de dumping y las medidas antidumping adoptadas en base a ese procedimiento constituyen restricciones a la libre circulación de bienes o no, esto es, si incurren en incumplimiento de la normativa Mercosur o no (PB, art. 1).
4. La apreciación del Tribunal no consiste en una revisión detallada de cada elemento del procedimiento ni en verificar su exacta concordancia con la legislación nacional argentina sino en examinar sus componentes principales para determinar a través de factores objetivos si la investigación y las medidas antidumping han sido empleadas, con desviación de poder, como instrumento de restricción comercial, violatorio por tanto de la regla de la libre circulación de bienes o no.

5. El Tribunal, realizado ese examen, entiende que el procedimiento referido y la Resolución ME 574/2000 con la que culmina no constituyen un incumplimiento de la regla de libre circulación de bienes en el Mercosur.
6. El Tribunal, de acuerdo con lo precedente, no hará lugar al petitorio de la Parte Reclamante en cuanto solicita que sea declarado el incumplimiento por la Reclamada de las normas del MN y que por tal razón se le ordene la revocación de la resolución impugnada. Tampoco hará lugar al petitorio de la Parte Reclamada de que se ratifique que la normativa nacional argentina es plena y exclusivamente aplicable en el caso de autos.

IV.- DECISION

Por todo lo expuesto y de acuerdo con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y las normas y principios aplicables, así como las Reglas de Procedimiento del Tribunal, este Tribunal Arbitral Ad-Hoc, en la controversia sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes del Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina", por unanimidad, DECIDE:

1. Declarar que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada.

2. No hacer lugar al petitorio de la Parte Reclamante que solicita del Tribunal que declare el incumplimiento por la Parte Reclamada de las normas del Marco Normativo que cita y que ordene la revocación de la Resolución impugnada.

3. No hacer lugar al petitorio de la Parte Reclamada que solicita del Tribunal que ratifique que la normativa nacional argentina es la plena y exclusivamente aplicable en el caso de autos.

4. No es necesario pronunciarse sobre los petitorios 4, 5, 6, y 7 de la Parte Reclamada, dado el contenido del punto 2 de esta Decisión y los fundamentos expuestos por el Tribunal en los Considerandos de esta Decisión.

5. Los costos y costas de esta instancia arbitral serán sufragados por las Partes en la controversia de acuerdo con el artículo 24 del Protocolo de Brasilia y de la siguiente manera: Cada Estado se hará cargo de la compensación pecuniaria y de los gastos ocasionados por la actuación del Árbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria del Arbitro Presidente, los gastos ocasionados por su actuación y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del Mercosur, dentro de los treinta días de la notificación del laudo.

6. Las actuaciones de la presente instancia arbitral serán archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

7. Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur y publíquese.

Dr. Juan Carlos Blanco
Arbitro Presidente

Dr. Enrique Carlos Barreira
Arbitro

Dr. Tercio Sampaio Ferraz Junior
Arbitro

ACLARACIÓN DEL LAUDO

Aclaración del Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur que decidió la controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina identificada como "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina"

A los 18 días del mes de junio de 2001, el Tribunal Arbitral Ad Hoc del MERCOSUR que decidió la controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina identificada como "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina", después de analizar la solicitud de aclaración del laudo dictado el 21 de mayo de 2001 formulada por la República Federativa de Brasil, decidió por unanimidad evacuar dicha solicitud de la manera siguiente y en el orden de los puntos planteados:

I. De acuerdo con lo señalado en el laudo la singularidad de la situación en el Mercosur radica en que al tiempo que se ha establecido el principio de la libre circulación de bienes (TA, artículo 4; su Anexo I, artículo 2; y el Régimen de Adecuación Final) persisten trabas de diferente naturaleza que perturban su aplicación y no existen instrumentos para aplicar medidas de defensa de la competencia (párrafos 148, 141 y 153 del laudo). En ese contexto los EPM han continuado aplicando sus legislaciones antidumping al comercio intrazona, justificadas como instrumentos para defender la competencia pero no como recurso para restringir el comercio. En esta última hipótesis caerían bajo el concepto de restricción al comercio definida en el artículo 2 del Anexo I al TA y entrarían en colisión con el principio de libre circulación (párrafos 151 a 154 , 157 y 158 del laudo).

Nada de ello justifica la existencia de una política nacional de antidumping que suponga la aplicación de este instrumento para obstaculizar el comercio regional.

II. El petitorio de la Parte Reclamante solicitaba que se declarara el incumplimiento por la Parte Reclamada de diversos artículos del MN correlacionados con los correspondientes en el Acuerdo AD OMC y, sobre esa base, se requiría que se ordenara a la Reclamada la revocación de la resolución cuestionada. Al no estar vigente el MN ni ser aplicable el AD OMC como norma Mercosur, el Tribunal no hizo lugar a lo pedido. Tampoco acogió el petitorio de la Parte Reclamada en cuanto solicitaba que el Tribunal declarara que la normativa nacional argentina es plena y exclusivamente aplicable al caso de autos ya que la aplicación de dicha normativa no podría colisionar con el principio de libre circulación de bienes en el Mercosur.

El Tribunal puede y debe apreciar si el procedimiento configura tal restricción o no. Se trata de una apreciación que corresponde con respecto no sólo al antidumping sino con respecto a cualquier acto de los EPM con efecto potencial o real en el comercio intrazona, aunque el acto tuviera sustento en la normativa nacional respectiva. Así por ejemplo anteriores Tribunales Ad Hoc se han pronunciado en materias como el régimen de licencias de importación y las salvaguardias y otros Tribunales podrían emitir decisiones sobre aspectos como medidas fitosanitarias o de seguridad. Lo que se verifica en tales casos es si los actos están destinados a su fin propio o son utilizados como un medio ilícito de restringir el comercio regional. Este es el criterio rector para la decisión.

III. La desviación de poder se refiere precisamente a ese criterio rector y lleva a cotejar el acto concreto 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.

Por lo demás, la desviación de poder es reconocida ampliamente incluso en la doctrina y jurisprudencia anglosajona (J.A.G. Griffith and H. Street, "Principles of Law", London, Pithman & Sons, 1952, p. 214 ss) y no se circunscribe al Derecho Administrativo local, aunque haya tenido particular desarrollo en ese ámbito, sino que el fundamento del mismo se encuentra en la Teoría General del Derecho que reclama la adecuación de los procedimientos y el ejercicio de los poderes jurídicos otorgados a las finalidades de las normas respectivas y en el orden internacional se relaciona con el principio de buena fe, universalmente aplicable, y que reconocido por la costumbre internacional ha sido recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ("El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969" de Ernesto de la Guardia y Marcelo Delpech, Editorial Fedye, Buenos Aires, 1970, página 276 y notas 680 y 682). A su vez, el artículo 31.1 de la misma Convención, al reiterar la exigencia de la buena fe, la asocia con el objeto y la finalidad. En todo caso, la buena fe y el uso de los poderes jurídicos sin desvío y conforme a su finalidad son principios generales de derecho que como tales constituyen una fuente autónoma según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Correlativamente, esa apreciación no debe ser caprichosa sino que requiere una base en factores o indicadores objetivos que demuestren el desvío en la intención de quien cumple la actividad bajo examen. En el caso el Tribunal consideró elementos como los indicados en los párrafos 183 a 200 que, ponderados de acuerdo con las reglas de la sana crítica (párrafos 201 a 210), permiten llegar a la conclusión de que no hay elementos que mostraran objetivamente el uso distorsionado de las medidas antidumping con la finalidad de restringir el comercio intrazona (párrafos 212 a 215 y Conclusión 5).

IV. El examen del caso, o sea del procedimiento antidumping y las medidas antidumping, debe realizarse a la luz de las normas que establecen la libre circulación de bienes a fin de verificar si el procedimiento y las medidas constituyen una restricción prohibida a dicha libre circulación (párrafo 132 y Conclusiones 2 y 3).

Los procedimientos antidumping no son absolutamente reglados y contienen ámbitos importantes de discrecionalidad como se ve, por ejemplo, en el AD OMC (2.2.1.1; 2.3; 2.4; 3.2; 3.4; 3.5; 3.6; y 3.7). Por otro lado, ningún acto administrativo es totalmente reglado, siempre hay un espacio para la discrecionalidad. Pero aún en una actividad altamente reglada puede darse la desviación de poder: "la finalidad, elemento esencial del acto administrativo, no sólo debe concurrir respecto a los actos discrecionales, sino también a los reglados..." (Miguel Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, Tomo II páginas 541 y 542)

La apreciación de si ha ocurrido o no esa desviación de poder no está impedida, pues, por la condición de acto reglado o discrecional del procedimiento en examen. Aparte del carácter relativo de esos términos -en todos los actos jurídicos siempre habrá algo de reglamentación y algo de discrecionalidad aunque el quantum sea variable- de lo que se trata es de establecer si el procedimiento como tal, cualquiera que fuere su grado de discrecionalidad y dondequiera que estuviere establecido, ha sido usado con una finalidad desviada para restringir el comercio regional.

De ahí que el Tribunal no tiene la misión de verificar la exacta concordancia del procedimiento con la legislación nacional argentina sino de examinar si el procedimiento ha sido usado con una finalidad diferente a la propia. Es en este sentido que la referencia doctrinaria del párrafo 166 del laudo sobre el cumplimiento de la ley tal cual ella es, enfatiza y está ligada al concepto de subordinación de la administración al principio de finalidad de la norma que aplica y no sólo a su exterioridad. El escrupuloso cumplimiento de aspectos formales y aun sustanciales no asegura de por sí el ajuste del acto a la finalidad de la ley ni que ésta se cumpla tal cual ella es. En el caso de autos, el fin de la norma aplicada es contrarrestar prácticas desleales de comercio y su desvío sería la utilización del

procedimiento establecido por esa norma como una forma de restringir de manera indebida el comercio regional regido por el principio de la libre circulación de bienes.

V. Es bajo esa misma perspectiva que han de considerarse los párrafos 203 y 214 del laudo. Las irregularidades graves en el procedimiento que priven a una parte de su derecho al debido proceso o la aplicación en lo sustancial de criterios manifiestamente irracionales pueden permitir inferir, a partir de elementos objetivos, la utilización del procedimiento con una finalidad desviada para limitar el comercio. En el caso de autos el Tribunal no ha comprobado la existencia de esos elementos, como lo consigna en los párrafos referidos.

VI. El criterio para la desviación de poder, en el caso, es apreciar si el procedimiento cuestionado ha sido utilizado para violar el principio de libre circulación de bienes establecido en la normativa del Mercosur. Ese es, pues, el interés a preservar, tanto en el caso de autos como en todos los demás en que los EPM continúan aplicando procedimientos antidumping por las razones expuestas en los párrafos 151 a 154.

VII. El Tribunal tampoco ha verificado una intención de la Parte Reclamada de utilizar de manera distorsionada el procedimiento antidumping, de ahí su pronunciamiento al respecto en el laudo. La ausencia de normativa Mercosur específica y vigente que establezca una disciplina concreta para el dumping o que establezca un régimen de medidas de defensa comercial impide realizar un examen detallado de cada elemento del procedimiento cuestionado, lo que a su vez determina el onus en la prueba para configurar desviación de poder en la aplicación del procedimiento.

LAUDO V

LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER DE LA CONTROVERSIYA PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE “RESTRICCIONES DE ACCESO AL MERCADO ARGENTINO DE BICICLETAS DE ORIGEN URUGUAYO”

En la Ciudad de Asunción del Paraguay a los veintinueve días de septiembre de dos mil uno, el Tribunal Arbitral “ad hoc” del Mercosur constituido para decidir la controversia entre la REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY y la REPÚBLICA ARGENTINA sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”.

- I - ANTECEDENTES

1.1.- EL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral constituido para entender en el presente litigio, de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el Mercosur, de fecha 17 de diciembre de 1991, se encuentra formado por los Árbitros Sres. Luis Martí Mingarro (Presidente), Atilio Anibal Alterini y Ricardo Olivera García, nacionales respectivamente de España, Argentina y Uruguay.

Los integrantes del Tribunal Arbitral, el 23 de julio de 2001, al iniciar la sesión constitutiva del órgano arbitral examinaron los antecedentes proporcionados por la Secretaría Administrativa del Mercosur y hallaron, recíprocamente, la buena y debida forma de sus respectivas designaciones como Árbitros, acorde al Protocolo de Brasilia para la solución de controversias y su Reglamento. En dicha reunión constitutiva se pudo comprobar que los tres Árbitros aparecen incluidos en la lista establecida en el artículo 10 del Protocolo de Brasilia, habiendo suscrito cada uno de ellos la declaración requerida en el artículo 16 del Reglamento del Protocolo de Brasilia.

En su sesión constitutiva, el Tribunal Arbitral se declaró constituido, instalado y en funciones, para entender la controversia referida y compuesto por las personas nombradas, declarando que la Presidencia sería ejercida por el Sr. Martí Mingarro de acuerdo con el artículo 9, 2 i del Protocolo de Brasilia.

El Tribunal adoptó sus Reglas del Procedimiento conforme a los artículos 15 del Protocolo de Brasilia y 20 de su Reglamento.

1.2. LAS PARTES.

Son partes en este procedimiento arbitral la República Oriental del Uruguay y la República Argentina.

A partir del Acta N° 1 de constitución del Tribunal Arbitral se invitó a las partes a designar a sus respectivos representantes y constituir sus domicilios legales, todo lo cual quedó acreditado, quedando designados, por la República Oriental del Uruguay, el Dr. José María Robaina, el Dr. Roberto Puceiro, el Ing. Washington Durán, el Cónsul Universitario Ricardo Nario y el Ing. Luis Plovier y, por la República Argentina, la Lic. Celia de Luca.

1.3. TRAMITACIÓN.

1.3.1.- Con fecha 17 de mayo de 2001, la República Oriental del Uruguay notificó al Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur la decisión del Gobierno de la República Oriental del Uruguay de iniciar el procedimiento arbitral establecido en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, contra la República Argentina por “Restricciones de acceso al Mercado Argentino de bicicletas de Origen Uruguayo”.

1.3.2.- Desarrollado el proceso de designación de los Árbitros y constituido el Tribunal Arbitral, y las representaciones de las partes, se abrió un trámite de alegaciones escritas formulando su alegato inicial la República Oriental del Uruguay que fue contestado por la representación de la República Argentina.

1.3.3.- Evacuados los trámites iniciales de reclamación y contestación, el Tribunal Arbitral acordó el recibimiento de prueba, admitiendo la documental aportada, así como la solicitud de reclamo de nuevos documentos. También se admitió la prueba de testigos propuesta, no considerándose necesaria la realización de la prueba pericial ofrecida por la República Oriental del Uruguay, sin perjuicio de reservarse el Tribunal acordar en su caso y día la práctica de diligencias adicionales.

1.3.4.- El 10 de septiembre de 2001 tuvo lugar la práctica de la prueba testimonial en audiencia pública y con asistencia de las partes, y se recibieron las documentaciones adicionalmente solicitadas.

1.3.5.- Seguidamente, y en esa misma fecha, se celebró -debidamente convocada- la audiencia establecida en el artículo 15 de las Reglas de Procedimiento. En dicha audiencia las partes y sus abogados intervinieron expresando sus alegaciones por su orden respectivo y sucesivas intervenciones adicionales. Al terminar las alegaciones orales se confirió a la representación de los litigantes un plazo adicional para la presentación de resúmenes escritos, trámite que fue cumplido. Desde ese punto quedaron las actuaciones del proceso arbitral sobre la mesa del Tribunal para deliberación y emisión del Laudo Arbitral.

1.3.6.- Con fecha 23 de julio de 2001 el Tribunal Arbitral había decidido hacer uso de la prórroga por treinta días que autoriza el artículo 20 del Protocolo de Brasilia y 17.1 de su Reglamento. Así consta establecido en el Acta N° 1 de Funcionamiento del Tribunal Arbitral, y el presente Laudo se emite dentro del plazo referido.

- II - ALEGACIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

2.1.- Para fundar su reclamación la República Oriental del Uruguay sostiene:

Que la República Argentina abrió un complejo y confuso proceso de cuestionamiento del origen de uno, y en definitiva de todos, los modelos de bicicletas de la empresa Motociclo, S.A., desviando y violando flagrantemente las Normas aplicables en materia de origen y el objeto y fin de las mismas.

También alega la República Oriental del Uruguay que la normativa de la República Argentina para el control de valor en aduanas de las mercaderías prevé mecanismos que violentan el régimen de despacho y valoración aduaneras de mercaderías vigentes en el Mercosur. Sobre esa base reclama la República Oriental del Uruguay frente a las Resoluciones de AFIP N° 335/99, 857/2000, 1044/2001, 1004/2001 y 1008/2001.

Según entiende la República Oriental del Uruguay, con esas Resoluciones se pone de manifiesto *“un radical apartamiento respecto de las Decisiones N°16 y N°17/94 del Consejo de Mercado Común y de las Normas del GATT aplicables por la remisión que a estas últimas*

se efectúa la Decisión N°17/94, y ello, fundamentalmente, en cuanto consagran un régimen de garantía automática que violenta los principios, criterios y procedimientos recogidos en estas últimas.”

Para la República Oriental del Uruguay “las medidas tomadas por Argentina por cuestiones vinculadas al origen y al procedimiento de selectividad para el control de valor aduanero de bicicletas exportadas desde Uruguay hasta Argentina constituyeron, en principio, dificultades irregulares y en definitiva un total, dilatado e ilegítimo impedimento de acceso a Argentina de aquellos productos en abierta violación del conjunto normativo MERCOSUR.”

En ese sentido, la República Oriental del Uruguay considera que la República Argentina “ha violado en especial las Decisiones CMC N° 6/94, N°16/94, N°17/94 y N°22/00, así como el artículo 1 del Tratado de Asunción y los artículos 1 y 10.2 del Anexo I del Tratado de Asunción.”

En función de estas consideraciones, la República Oriental del Uruguay, en su escrito de reclamo, apartado VI-PETITORIO, solicita “se haga lugar al reclamo arriba articulado declarándose que las medidas adoptadas por la República Argentina e impugnadas por la República Oriental del Uruguay a través del presente escrito son violatorias de la Normativa citada en el mismo, por ende ilícitas y por lo tanto se ordene a la República Argentina proceda a declarar absolutamente nulas las medidas referidas y permita el libre acceso a su mercado interno de las bicicletas exportadas desde Uruguay por la firma Motociclo, S.A. ajustándose estrictamente a la Normativa MERCOSUR aplicable”.

2.2.- Por su parte la República Argentina considera infundadas las argumentaciones presentadas por la República Oriental del Uruguay por entender que las acciones que aquélla reprocha resultan ajustadas al Reglamento de Origen; se justifican en aras al derecho de verificación; la materia de verificación estuvo adecuadamente acotada; hubo adecuada comunicación interinstitucional; los procedimientos utilizados no fueron ni anómalos ni desviados ni de intención dilatoria; la República Oriental del Uruguay dejó sin respuesta satisfactoria consultas y aclaraciones formuladas; considera viable la verificación de Certificados de Origen, que no hacen plena fe “per se”.

También según la representación de la República Argentina se justifica plenamente la actuación de su administración aduanera en relación con los criterios de selectividad para el control aduanero de valor y la exigencia de garantías consecuente al sistema aquí aplicado, sosteniendo que no se ha utilizado procedimientos de valor referenciales, sino un primer control de valor que tiene por objeto verificar si el declarado concuerda o no con los usuales para mercancías idénticas y/o similares.

Por todo ello concluye la República Argentina negando terminantemente haber incurrido en violación de la Normativa Mercosur que le imputa la República Oriental del Uruguay y solicita ...”3. que se rechace la demanda de Uruguay en todos sus términos...” y “4. que declare que las acciones tomadas por el Gobierno de la República Argentina con el objeto de ejercer su legítima atribución de control sobre el origen y el valor de las bicicletas exportadas de Uruguay, respetan fielmente la Normativa MERCOSUR aplicable a la materia”.

3.1. MARCO NORMATIVO.

Conforme al artículo 19 del Protocolo de Brasilia las fuentes normativas del Mercosur que constituyen el marco de referencia al que debe atenerse este Tribunal Arbitral 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". Dicha enumeración 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 Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común, a las que se agregan -conforme al artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto- las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, todas las cuales "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" (artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto) (conf. Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc constituido para entender en la reclamación de la Republica Argentina al Brasil, sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, de fecha 29 de septiembre de 1999).

También es de principio que la circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que ellas sean ineficaces, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios. La perspectiva finalista del proceso de integración ha sido reafirmada reiteradamente (conf. Laudo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc sobre 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, de fecha 28 de abril de 1999; Laudo del Tribunal Arbitral ad hoc constituido para entender en la reclamación de la Republica Argentina al Brasil, sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, de fecha 29 de septiembre de 1999), señalándose que: "El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye 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"; así como que: "De esta manera, la liberación comercial, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el Mercado Común, quebrando la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración" (conf. también Laudo del Tribunal Arbitral relativo a la controversia entre la República Federativa del Brasil [Parte Reclamante] y la República Argentina [Parte Reclamada] identificada como controversia sobre "Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", de fecha 10 de marzo de 2000). Es de agregar que, en la misma dirección conceptual, el artículo 31.1 de la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados dispone que un tratado debe ser interpretado "de buena fe" y "teniendo en cuenta su objeto y su fin", lo cual constituye -se ha dicho- una regla holística de interpretación (Laudo del Tribunal Arbitral sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil [Parte Reclamante] y la República Argentina [Parte Reclamada] identificada como controversia sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina", de fecha 21 de mayo de 2001).

Además, la aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe ser realizada desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho

internacional, a cuyo fin es de señalar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del Mercosur a “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia” (artículo 19). Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual 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, entre ellas, las reglas de la Organización Mundial del Comercio [OMC] (conf. Laudo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc sobre 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 de fecha 28 de abril de 1999; Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, de fecha 29 de septiembre de 1999), mediante negociaciones entre los Estados Partes para acordar políticas e instrumentos comunes en la materia, como lo dispone el Tratado de Asunción (aclaratoria del Laudo últimamente citado, de fecha 27 de octubre de 1999).

3.2. CUESTIONES VINCULADAS AL ORIGEN DE LAS MERCADERÍAS.

A) Alcance del conflicto sobre el origen.

3.2.1. El primer punto que debe dilucidarse es el relativo a si el conflicto planteado entre las partes se circunscribe al origen de las bicicletas de doble suspensión y cuadro tipo Y de sección oval (modelo Zeta), objeto de la extracción de muestras realizada por la Aduana de la República Argentina el 19 de abril de 2000, o se extiende a todas las bicicletas exportadas por la empresa Motociclo, S.A. a dicho país.

3.2.2. De los antecedentes que obran en el expediente surge que -si bien la resolución de la Secretaría de Industria y Comercio de la República Argentina comunicada a la Dirección General de Comercio del Uruguay el 23 de enero de 2001, terminó aplicando el tratamiento arancelario extrazona a toda la mercadería exportada por Motociclo, S.A.- el conflicto planteado, en sus inicios, aparecía circunscrito tan solo a la autenticidad y veracidad del certificado de origen expedido por la Cámara de Industrias del Uruguay respecto al origen de las bicicletas modelo Zeta.

Son estas bicicletas las aludidas en la nota requerida por la Administración Nacional de Aduanas a Motociclo, S.A. el 3 de abril de 2000 y aquéllas objeto de la muestra extraída por la misma Administración el 19 de abril de 2000. Es éste además el objeto de la inspección técnica realizada por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería el 20 de julio de 2000 y de las negociaciones directas llevadas adelante por los representantes argentinos y uruguayos el 3 de noviembre de 2000. Por último, es éste el único fundamento invocado en la comunicación del 23 de enero de 2001, antes mencionada, al disponer la aplicación del arancel extrazona a las mercaderías de la empresa Motociclo, S.A.

3.2.3. Esto determina que no resulte jurídicamente arreglado a las normas del Reglamento de Origen del MERCOSUR que la República Argentina extienda luego unilateralmente la actividad indagatoria y la imposición de sanciones a otras exportaciones (bicicletas y demás mercaderías) realizadas por la empresa Motociclo, S.A. a la República Argentina, que no se encuentran formalmente comprendidas en el conflicto. De las presentes actuaciones no surge que se hayan aportado elementos objetivos que legitimen la expansión “*ex post*” de la materia conflictiva, ni sobre tal extensión existe ningún consentimiento del Estado uruguayo que la amerite.

3.2.4. Las normas contenidas en el Reglamento de Origen no prevén un procedimiento de impugnación genérico a toda la actividad de una empresa, sino que

establecen solamente un procedimiento de impugnación de autenticidad de los certificados de origen, documentos específicos que se refieren al origen de una mercadería en particular.

Extender el cuestionamiento genérico a toda la exportación de una empresa, además de no adecuarse en el presente caso al desarrollo de los procedimientos, surge como una medida de resultados excesivos, que no se compadece con el espíritu del MERCOSUR de favorecer y estimular las relaciones comerciales entre los Estados Partes.

B) El valor del certificado de origen emitido por Uruguay.

3.2.5. El certificado de origen emitido por la Entidad Certificante del Uruguay (Cámara de Industrias del Uruguay) confiere origen uruguayo a las bicicletas modelo Zeta exportadas por la empresa Motociclo, S.A. a la Argentina.

Este Tribunal entiende que, si bien este certificado no hace plena fe respecto al origen –ya que el propio Reglamento de Origen del Mercosur regula los procedimientos para impugnar su autenticidad y veracidad- establece, en cambio, una presunción relativa (*juris tantum*) de veracidad. La presunción referida determina la existencia de una inversión en el *onus probandi* de modo tal que el Estado del país importador de la mercadería tendrá la carga de probar su falta de veracidad, a través de los procedimientos establecidos en el propio Reglamento.

3.2.6. En la medida que esta prueba consista en la solicitud de información adicional del exportador, la realización de visitas o la realización de procedimientos a ser desarrollados ante la empresa exportadora (por ejemplo, auditorías externas), el Reglamento de Origen del Mercosur exige que la misma sea canalizada a través de la repartición oficial responsable por la verificación y control de los certificados de origen del Estado exportador.

3.2.7. La realización de un procedimiento de verificación del origen de la mercadería directamente a través de la firma exportadora, prescindiendo de los procedimientos establecidos por el Reglamento de Origen del MERCOSUR, representa un vicio formal en la tramitación, que el Tribunal Arbitral entiende que invalida su resultado.

En un proceso de integración como el MERCOSUR el respeto a los cauces procesales establecidos resulta especialmente exigible, en la medida en que, a través de ellos, se tutela 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. Precisamente, en un supuesto como el que aquí se contempla, al prescindirse de la autoridad uruguaya de referencia se hace inviable una adecuada tutela de esos valores.

En el caso concreto, de esta desviación procesal ha surgido la indebida extensión objetiva de la materia de verificación de origen y la distorsión final de su resultado.

3.2.8. Con prescindencia de esta consideración de carácter eminentemente formal, de los antecedentes existentes en estas actuaciones no surge una prueba concluyente de que la empresa Motociclo, S.A. realice una actividad limitada al mero ensamblado (y no de fabricación total, parcial o complementaria) respecto de las bicicletas modelo Zeta o de las demás bicicletas que exporta. Tampoco se ha acreditado que los porcentajes de valor de los componentes provenientes de extrazona superen los establecidos por el Reglamento de Origen del MERCOSUR para los productos de origen regional. Un documento que aporta algunos datos de valor sobre los insumos (Recaudo 43 aportado por Uruguay) no contradice esta afirmación sino que la refuerza.

3.2.9. La ausencia de pruebas concluyentes aportadas por la República Argentina respecto a la falta de veracidad del certificado de origen emitido por la Cámara de Industrias

del Uruguay respecto a las bicicletas modelo Zeta de Motociclo, S.A. determina que no pueda considerarse abatida, en este caso, la presunción relativa de coherencia del referido certificado.

3.2.10. Siendo formalmente auténtico, de acuerdo con las normas del Reglamento de Origen del MERCOSUR, el certificado de origen extendido respecto a las bicicletas modelo Zeta de Motociclo, S.A., esta empresa tiene el derecho de exportar las mismas a la República Argentina como mercadería de Origen MERCOSUR, resultando por ello improcedente su tratamiento como mercadería de extrazona, tanto respecto de aquella que es materia inicial de este expediente (modelo Zeta), como de la aquí traída en virtud de una inapropiada extensión acordada en la decisión del 23 de enero de 2001, cuestionada en estas actuaciones.

C) Potestad sancionatoria de las autoridades argentinas.

3.2.11. Esta resolución de la Secretaría de Industria y Comercio de la República Argentina se funda en la norma contenida en el artículo 22 del Reglamento de Origen, el cual autoriza al país receptor de las mercaderías (en este caso la República Argentina) a adoptar las sanciones que estimare procedentes para preservar su interés fiscal o económico, cuando se compruebe que los certificados emitidos por una entidad habilitada no se ajustan a las disposiciones contenidas en el reglamento.

Sin embargo, del propio texto de la comunicación surge que el aludido desajuste no se produce en la instancia respecto al certificado de origen expedido por la Entidad Certificante del Uruguay. El supuesto desajuste existiría entre la carta enviada por Motociclo, S.A. el 3 de abril de 2000 a la Administración Nacional de Aduanas y las resultancias del informe producido por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial el 1º de agosto de 2000.

3.2.12. Este Tribunal considera que no resulta arreglado a los procedimientos del Reglamento de Origen del MERCOSUR, ni la realización por las autoridades argentinas de actividades indagatorias directas con el exportador respecto a la veracidad de los certificados de origen, ni la extensión a una declaración del exportador –realizada fuera del marco de los procedimientos del Reglamento de Origen- de las graves consecuencias que prevé este Reglamento para los casos de falta de autenticidad o veracidad del certificado de origen.

3.2.13. La comparación de la declaración formulada por Motociclo, S.A. ante la Administración Nacional de Aduanas de Argentina con el informe del Instituto Nacional de Tecnología Industrial, muestra algunas discordancias en el origen de ciertos insumos que han podido fundar en su inicio la reacción verificadora de la Administración Argentina. Sin embargo el informe de contraste no se pronuncia sobre el valor de los mismos ni sobre su incidencia en la existencia y alcance de un proceso de transformación, por lo que no está probado que influyan en la atribución de origen MERCOSUR a la mercadería bajo análisis. Más aún, del propio informe del Instituto Nacional de Tecnología Industrial surge que, respecto del modelo Zeta, Motociclo, S.A. estaba realizando un proceso de fabricación concerniente a partes esenciales de la bicicleta.

3.2.14. Las discordancias señaladas no revisten sustancialmente entidad en el tema que nos ocupa y, por tanto, no pueden dar lugar a las consecuencias punitivas aplicadas por la República Argentina.

Debe tenerse presente que resultan aplicables al marco jurídico del Mercosur los principios generales en materia de derecho sancionatorio que imponen una razonable adecuación o proporcionalidad entre la infracción y la sanción impuesta.

3.2.15. Finalmente, este Tribunal desea llamar la atención respecto a la necesidad de que los procedimientos relativos al cuestionamiento de los certificados de origen, emitidos de

conformidad con el Reglamento de Origen MERCOSUR, sean llevados adelante en forma recíprocamente ecuaníme y transparente, a través del cumplimiento puntual y estricto de los procedimientos que el propio Reglamento establece, con permanente información de todas las actuaciones a la repartición oficial responsable de la verificación y control de los certificados de origen y las debidas garantías de defensa para todas las partes involucradas en los respectivos procedimientos.

Del cumplimiento estricto de las normas y el otorgamiento de las debidas garantías habrá de depender la seguridad y confiabilidad de los certificados de origen, instrumento absolutamente indispensable en el desarrollo de un proceso de integración.

3.3. PROCEDIMIENTO DE SELECTIVIDAD PARA EL CONTROL ADUANERO DEL VALOR.

3.3.1 A pesar de que los alegatos de las partes también han concentrado no poca atención sobre el alcance de la normativa argentina sobre procedimientos de selectividad para control aduanero de valor, el Tribunal Arbitral entiende que no le es dado hacer un pronunciamiento genérico sobre el conjunto normativo constituido por las resoluciones generales de la Administración Argentina. Lo único que, en su caso, podría ser materia de tratamiento y resolución sería la trascendencia que los concretos actos aplicativos de dichas normas pudiera tener respecto del principio de la libre circulación de mercancías en el MERCOSUR.

Lo cierto es que este litigio se desarrolla y concreta en relación con la pretensión primaria de la República Oriental del Uruguay de que se ordene a la República Argentina que permita el libre acceso a su mercado interno de las bicicletas exportadas desde Uruguay por la firma Motociclo, S.A., y muy especialmente la carta de 23 de enero de 2001 en virtud de la cual se declaró mercancía extrazona, a efectos de su tratamiento arancelario, a las mercaderías exportadas por citada firma.

3.3.2. Ha quedado dicho que tal declaración resulta jurídicamente improcedente en tanto desconoce los efectos del certificado de origen que proclama la condición uruguaya de tales mercancías. Ese desconocimiento de efectos del certificado de origen es indebido porque la autoridad aduanera argentina, para desvirtuar el valor de la certificación se ha desviado -material y procesalmente- de la normativa MERCOSUR aplicable. La desviación material se produce al extender el ámbito de las investigaciones más allá del supuesto que inicialmente la desencadenaba; y en lo procesal, porque esa indebida extensión del objeto ha sido canalizada por unas vías diferentes a las previstas en la norma. Así pues, un camino erróneo para descalificar el certificado, y un exceso de materia en esa descalificación, han conducido a una decisión desajustada al derecho Mercosur produciendo una declaración de que las mercaderías exportadas por Motociclo, S.A. han de recibir el tratamiento arancelario de productos extrazona.

3.3.3. De todas maneras, también quiere subrayar el Tribunal Arbitral que ni ante él, en sede arbitral, ni en la fase administrativa, ni en el ámbito de la conciliación diplomática, se han aportado elementos probatorios que permitan destruir, en cuanto a su fondo, la presunción de veracidad (ciertamente *iuris tantum*) del certificado de origen cuestionado por la autoridad Argentina.

El examen conjunto de los elementos probatorios disponibles revela que las bicicletas producidas por Motociclo, S.A. tienen, desde luego, componentes extrazona; pero también consta la existencia de un consistente proceso productivo de carácter fabril. Y sin embargo no se han aportado elementos de convicción que permitan deslindar ni la proporción que los componentes importados tengan sobre el valor final del producto, ni que la ponderación de su impacto sobre el valor de las bicicletas terminadas le hagan perder su condición de producto uruguayo.

Los valores relativos y porcentuales de tales aportaciones -fabricación, ensamblaje, piezas y elementos- no han sido puestos de manifiesto y la sombra de las dudas de la Administración argentina -acaso inicialmente justificadas- no ha quedado concretada luego en hechos y parámetros comprobados que permitieran, por razones de fondo, superar las significativas objeciones a las que se enfrenta la decisión de la autoridad argentina que revocamos y dejamos sin efecto.

3.3.4. De todas formas, si de razones de fondo se trata, habrá de subrayarse el hecho esencial de que como resultado de todo lo actuado y decidido en el caso de Motociclo, S.A. se ha producido una restricción indebida e injustificada de la libre circulación de mercancías en el ámbito de MERCOSUR contrariando con ello -para este supuesto- los principios y fines mismos del Tratado de Asunción.

Con todo ello, bastaría para estimar en lo sustancial -como se estima- el "petitum" básico de la República Oriental del Uruguay y declarar, como se declara, la improcedencia de afirmar "*que a las mercaderías exportadas por Motociclo, S.A. les corresponde el tratamiento arancelario de extrazona*", pronunciamiento éste contenido en la carta del Ministerio de Economía, Secretaría de Industria y Comercio de la República Argentina de 23 de enero de 2001 que revocamos y dejamos sin efecto.

3.3.5. Consecuentemente, también ha de quedar sin efecto cualquier derivación sancionadora como la que contiene el párrafo final de la referida carta.

3.3.6. Así las cosas, no resulta necesario proseguir el tratamiento y resolución de los alegatos que la República Oriental del Uruguay hace en relación con la normativa Argentina sobre procedimiento de selectividad para control aduanero de valor, cuya aplicación al caso presente ha sido desencadenada por la administración aduanera de la República Argentina.

La posibilidad de dicha aplicación, en tanto pueda significar el sometimiento de la mercancía Motociclo, S.A. al régimen arancelario aplicable a productos extrazona, debe quedar sin efecto, pues el sometimiento de estas operaciones a ese tratamiento arancelario ha sido declarado improcedente y su prosecución no haría sino ahondar en la infracción del principio de libre circulación de mercancías entre los países MERCOSUR.

Lo cierto es que revocado como se revoca mediante este Laudo lo resuelto por la autoridad argentina en 23 de enero de 2001 carece de sentido cualquier actuación ulterior que pudiera conducir a una liquidación de derechos arancelarios como si de una mercancía extrazona se tratase.

3.3.7. Nada de esto cuestiona, ni puede cuestionar, la vigencia y validez del conjunto normativo argentino sobre valor en aduana, puesto que lo que el Tribunal Arbitral entiende es que, en el supuesto litigioso, no procede ningún acto aplicativo de dichos preceptos que pueda conducir a la liquidación de un tributo aduanero. Ni tampoco dicha normativa puede utilizarse aquí como elemento de desproporcionada y poco razonable exigencia de requisitos o trámites de efecto disuasorio o retardatario. Por todo lo cual, el Tribunal Arbitral declara la improcedencia de aplicar al caso de controversia la normativa argentina sobre procedimientos de selectividad para control aduanero del valor en vista de una liquidación de derechos arancelarios que por sí misma se declara improcedente. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que la mercancía 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.

3.4. CONSIDERACIÓN FINAL

El Tribunal desea destacar que las consideraciones de carácter técnico jurídico que se realizan en el presente laudo no implican ningún juicio de valor sobre la actuación de las Partes ni de sus representantes y técnicos, a los cuales reconoce haber actuado en el ejercicio de la defensa de causas que consideran viables y justas, e inspirados en todo momento por el objetivo de llevar adelante con lealtad y convicción el proceso de integración regional iniciado a partir del Tratado de Asunción.

- IV - DECISIÓN

De conformidad con los razonamientos que quedan expresados, el Tribunal Arbitral DECIDE POR UNANIMIDAD:

Primero: Declárase 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 S.A. es violatoria de la normativa MERCOSUR, por la cual: a) Se revoca y deja sin efecto la referida resolución; b) Se hace saber a la República Argentina que deberá permitir el libre acceso al mercado interno, como mercadería intrazona, a las bicicletas objeto de la presente controversia exportadas desde Uruguay por la empresa Motociclo S.A., que tengan certificados de origen uruguayo; c) Lo resuelto deja intacta la posibilidad de que la República Argentina, para futuros certificados de origen, pueda utilizar eventualmente los procedimientos de verificación establecidos en el Reglamento de Origen MERCOSUR.

Segundo: No emitir pronunciamiento sobre la pretensión de la República Oriental del Uruguay sobre el procedimiento de selectividad para control aduanero de valor aprobado por las autoridades competentes del la República Argentina, habida cuenta de lo resuelto en el punto anterior y con los términos y el alcance establecidos en el párrafo 3.3.7 de la fundamentación de este laudo.

Tercero: Disponer que los costos y costas del proceso sean abonados de la siguiente manera: cada Estado se hará cargo de los gastos y honorarios ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria formada por los honorarios y gastos del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR dentro de los 30 días de la notificación del laudo. Cada parte soportará las costas por su orden.

Cuarto: Se dispone que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del Mercosur.

Quinto: De conformidad con el artículo 21.2 del Protocolo de Brasilia, las partes tienen 15 días para cumplir con el laudo.

Notifíquese esta decisión a las partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur y publíquese.

Luis Martí Mingarro
Presidente

Atilio Aníbal Alterini
Arbitro

Ricardo Olivera García
Arbitro

ACLARACIÓN DEL LAUDO

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER DE LA CONTROVERSIA PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPUBLICA ARGENTINA SOBRE “RESTRICCIONES DE ACCESO AL MERCADO ARGENTINO DE BICICLETAS DE ORIGEN URUGUAYO”

1.- Las partes intervinientes en la Controversia resuelta en virtud de Laudo Arbitral “ad hoc” de Mercosur sobre “Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo”, han formulado ante el Tribunal Arbitral sendas solicitudes aclaratorias del referido Laudo emitido en la ciudad de Asunción del Paraguay a los veintinueve días de septiembre de 2001.

2.- La representación de la REPÚBLICA ARGENTINA en el proceso arbitral presentó su solicitud de aclaración en los siguientes términos íntegramente transcritos:

“Solicitud de Aclaratoria del Laudo Arbitral

Controversia: “Restricciones de acceso al mercado argentino de Bicicletas de origen uruguayo”.

La República Argentina respetuosamente se dirige al Tribunal Arbitral Ad Hoc constituido para entender en la controversia citada en el acápite y, en virtud de lo establecido en los artículos 22 del Protocolo de Brasilia y 19 de las Reglas de Procedimiento establecidas por ese Tribunal, viene en tiempo y forma a solicitar aclaraciones sobre el Laudo Arbitral emitido con fecha 29 de septiembre de 2001, en la ciudad de Asunción, República del Paraguay.

Las aclaraciones solicitadas por la República Argentina son las que continuación se exponen:

1.- Normativa MERCOSUR “violada”.

El punto Primero de la Decisión del Laudo Arbitral declara 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, S.A. es violatoria de la normativa MERCOSUR.

Asimismo, en reiteradas oportunidades al tratar el punto 3.2 “Cuestiones vinculadas al origen de las mercaderías” el Tribunal en su Laudo refiere 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. A modo de ejemplo se mencionan los siguientes puntos:

- 3.2.3. *“Esto determina que no resulte jurídicamente arreglado a las normas del Reglamento de Origen del MERCOSUR que la República Argentina extienda unilateralmente la actividad indagatoria y ...”*
- 3.2.4. *“Las normas contenidas en el Reglamento de Origen no prevén un procedimiento de impugnación genérico a toda la actividad de una empresa, sino que establecen solamente un procedimiento de impugnación de autenticidad ...”*
- 3.2.10. *“Siendo formalmente auténtico, de acuerdo con las normas del Reglamento de Origen del MERCOSUR, el certificado de origen entendido respecto a las bicicletas modelo Zeta de MOTOCICLO, S.A., ...”*

- 3.2.12. “Este Tribunal considera que no resulta arreglado a los procedimientos del Reglamento de Origen del MERCOSUR, ni la realización por las autoridades argentinas de actividades indagatorias directas ...”

La República Argentina solicita al Tribunal Arbitral tenga a bien clarificar en cada punto, el precepto del Reglamento de Origen MERCOSUR que considera que esta parte ha violado con su accionar en el desarrollo de la investigación cuestionada.

2.- Consideración de la prueba ofrecida.

A criterio de la República Argentina existe una oscuridad que exige una nueva intervención del Tribunal reflejada en una contradicción interna del Laudo que dificulta insalvablemente su interpretación cuando, al mismo tiempo, se imputa a la posición argentina orfandad probatoria, pero se omite la consideración de la extensa y conducente prueba ofrecida y producida por esta parte.

En efecto, tanto en el párrafo 3.2.8 cuanto en el 3.2.9 entiende el Tribunal que las probanzas arrojadas por la República Argentina fueron insuficientes para fundar su posición (“... no surge una prueba concluyente de que la empresa MOTOCICLO, S.A. realice una actividad limitada al mero ensamblado ... La ausencia de pruebas concluyentes aportadas por la República Argentina ... determina que no pueda considerarse abatida, en este caso la presunción relativa de coherencia del referido certificado”). Sin embargo, el Tribunal ni siquiera ingresa a analizar las pruebas aportadas, olvidando que las mismas son absolutamente atinentes y se refieren al aspecto de debate.

En el punto, el Tribunal expone una contradicción académica: rechaza por falta de pruebas (entiéndase por eso en estricto sentido jurídico, inexistencia, insuficiencia, impertinencia o improcedencia de probanzas) sin siquiera considerar las realizadas.

Es verdad que el Tribunal no está obligado a citar en sus resoluciones todas las probanzas producidas, sino solamente las conducentes, pero es obvio que para que su Laudo posea coherencia, congruencia y logicidad exigibles, debe explicar razonadamente qué circunstancias le quitan admisibilidad a las pruebas efectivamente presentadas. Máxime cuando las mismas -en muchos casos- se corresponden con datos oficialmente suministrados por la propia contraparte, como en la especie cuando se traen al litigio datos de importación y exportación a y desde la República Oriental del Uruguay efectuadas por la firma MOTOCICLO, S.A., que demuestran irrefutablemente que las primeras equivalen a las segundas en piezas y partes del producto en cuestión, lo que a simple vista echa por tierra la afirmación (esta sí, enteramente huérfana de prueba) de que dicha empresa fabrica, total o parcialmente.

El tema es sencillo: si el monto de lo importado por MOTOCICLO, S.A. a la República Oriental del Uruguay en “piezas y partes” para bicicletas coincide aritméticamente con el de las operaciones de exportación de bicicletas a la República Argentina, ¿qué actividad efectiva y real de producción se ha llevado a cabo en territorio uruguayo?. El tema no es menor ni lateral, sino de fondo; sin embargo, el Tribunal ha omitido la consideración de dichas pruebas, lo que sin dudas es una omisión que obstaculiza la interpretación del Laudo.

En el mismo sentido, la República Argentina solicita al Tribunal que especifique los pasajes de la normativa MERCOSUR sobre Régimen de Origen de los

cuales surja la exigencia de contar con “pruebas concluyentes” a los efectos de adoptar una medida en su marco. En opinión de esta parte, sería un error no reconocer una sustancial diferencia entre los alcances que corresponde otorgar a los términos “pruebas concluyentes” (utilizado por el Tribunal) y “fundadas dudas” (utilizado en el Reglamento de Origen MERCOSUR).

3.- Revocación de una norma de derecho interno.

A criterio de la República Argentina el Tribunal Arbitral se ha arrogado una facultad que no le corresponde. En más de una ocasión, del Laudo se desprende que el Tribunal ha resuelto “revocar” la medida cuestionada en esta controversia. Así lo expresa en el punto 3.3.3 “... la decisión de la autoridad argentina que revocamos y dejamos sin efecto”, en el punto 3.3.6, “Lo cierto es que revocado como se revoca mediante este Laudo lo resuelto por la autoridad argentina en 23 de enero de 2001 ...”, y en punto Primero de la Decisión “a) se revoca y deja sin efecto la referida resolución”.

Esta parte considera que el Tribunal Arbitral ha incurrido en un error que debe rectificar en esta oportunidad, dado que una medida de derecho interno de un país en el estadio actual del MERCOSUR sólo podrá ser revocada por una nueva norma del derecho positivo interno de ese mismo país. El Laudo de un Tribunal tendrá el objeto de declarar si una medida adoptada por un país constituye o no un incumplimiento de la normativa MERCOSUR que resulte aplicable al caso. De constatare tal incumplimiento, el Tribunal deberá recomendar al Estado Parte que aplicó la medida, que la deje sin efecto en un determinado plazo.

Cabe señalar que esto es así aún en el ámbito de la Comunidad Europea donde se ha creado un nuevo ordenamiento jurídico a favor del cual los Estados han cedido, en ámbitos cada vez más amplios, sus respectivos derechos de soberanía al punto de haberse establecido el principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de las disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos, fue necesario dotar a la Comunidad de un poder judicial a efectos de garantizar la unidad de ampliación del derecho comunitario y que sus decisiones se impongan irrevocablemente.

Sin embargo, esta característica soberana del Tribunal de Justicia no llega al punto de facultarlo a derogar una norma de derecho interno. Por ejemplo, en un recurso por incumplimiento que se puede dar entre otros casos, cuando un Estado miembro mantenga una norma nacional contraria al derecho comunitario, el Tribunal de Justicia pese a tener todas las atribuciones soberanas aludidas, sólo puede constatar el incumplimiento y esa constatación tiene un carácter puramente declaratorio, pues sólo los Estados pueden y deben acatar sus consecuencias.

El Tribunal de Justicia tal como sostuvo en la sentencia *Humblet*¹ no puede, como en un sistema federal, proceder por sí mismo a la supresión de la medida incriminada, o sea anular o derogar él mismo las leyes nacionales o los actos administrativos condenados.

¹ *Humblet* CJCE, 16.12.1960.As.6/60.Rec.1128”

3.- Por su parte, la representación de la REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY formuló solicitud de aclaración e interpretación sobre el modo en que debe cumplirse el Laudo Arbitral

en escrito cuyo contenido íntegro es el siguiente:

“AL TRIBUNAL ARBITRAL

LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, representada por el Dr. ROBERTO PUCEIRO, en los procedimientos promovidos por reclamo contra la REPÚBLICA ARGENTINA, por “Restricciones al Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo”

al TRIBUNAL DICE:

Que en tiempo y forma viene a solicitar aclaración e interpretación, sobre el modo en que debe cumplirse el Laudo Arbitral dictado en estos procedimientos, en mérito a lo siguiente:

1.- La presente solicitud tiene como objeto que se dé fiel cumplimiento al Laudo, evitando interpretaciones discordantes que puedan entorpecer nuevamente el libre acceso de bicicletas exportadas al mercado argentino por Motociclo S.A.

2.- El Tribunal Arbitral en el numeral 2º de la “Decisión” del Laudo en cuestión expresó: “No emitir pronunciamiento sobre la pretensión de la República Oriental del Uruguay sobre el procedimiento de selectividad para control aduanero de valor aprobado por las autoridades competentes de la República Argentina, habida cuenta de lo resuelto en el punto anterior y con los términos y el alcance establecidos en el párrafo 3.3.7 de la fundamentación del laudo”.

Por su parte en el punto 3.3.7 de la fundamentación del laudo se expresa que: “Nada de esto cuestiona, ni puede cuestionar, la vigencia y validadse del conjunto normativo argentino sobre valor en aduana, puesto que lo que el Tribunal Arbitral entiende es que, en el supuesto litigioso, no procede ningún acto aplicativo de dichos preceptos que pueda conducir a la liquidación de un tributo aduanero. Ni tampoco dicha normativa puede utilizarse aquí como elemento de desproporcionada y poco razonable exigencia de requisitos o trámites de efecto disuasorio o retardatario. Por todo lo cual, el Tribunal Arbitral declara la improcedencia de aplicar al caso de controversia la normativa argentina sobre procedimientos de selectividad para control aduanero del valor en vista de una liquidación de derechos arancelarios que por sí misma se declara improcedente. Todo ello naturalmente sin perjuicio de que la mercancía 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”.

3.- El objeto de la presente aclaración e interpretación versa sobre lo expresado por el Tribunal al manifestar: “Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que la mercancía 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”

Según expresiones del propio Tribunal las normas de valoración sólo se pueden aplicar, en el supuesto de mercadería importadas de intrazona, para determinar la tributación interior aplicable. En dicho supuesto las normas de valoración se debe aplicar EN FORMA NO DISCRIMINATORIA.

En tal sentido se estima imprescindible que el Tribunal Arbitral determine precisamente el alcance de la expresión "...en condiciones no discriminatorias"

Es decir, de qué forma la República Argentina debe aplicar las normas de valoración a los únicos efectos de determinar la tributación interior, "... en condiciones no discriminatorias".

4.- Se funda el Derecho en los Artículo 22 del Protocolo de Brasilia y 19 de las Reglas de procedimiento dictadas por el propio Tribunal.

PETITORIO

POR TODO LO EXPUESTO, AL TRIBUNAL ARBITRAL SE PIDE:

Se tenga por presentada esta gestión y se proceda a efectuar la aclaración e interpretación solicitadas."

4.- Ambos escritos han sido presentados dentro del término que establece el art. 19 de las Normas de Procedimiento que el Tribunal Arbitral estableció al constituirse e iniciar el procedimiento. El referido art. 19 se corresponde con el contenido del art. 22 del Protocolo de Brasilia.

5.- Procede, pues, entrar en la consideración de las mencionadas pretensiones aclaratorias o de interpretación que las partes han planteado, si bien el Tribunal Arbitral ha de significar que el trámite referido en los preceptos antes mencionados, arts. 19 de las Normas y 22 del Protocolo de Brasilia, no constituye un dispositivo de revisión de la Resolución ya adoptada ni puede tener, por tanto, alcance modificativo del Laudo ya pronunciado. La finalidad de un trámite de esta estirpe no es otra que la de dar oportunidad a las partes y al órgano arbitral que emitió el Laudo para aclarar algún extremo que pudiera haber quedado oscuro, salvar alguna contradicción, o introducir las 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.- En los términos aclaratorios o interpretativos que quedan especificados, procede entrar en el estudio de las cuestiones propuestas por la representación de la REPÚBLICA ARGENTINA.

6.1.- El primer bloque de aclaraciones que pide la REPÚBLICA ARGENTINA, plantea al Tribunal Arbitral la solicitud de que *"tenga a bien clarificar en cada punto (de los que enumera hasta 4) el precepto del Reglamento de Mercosur que considera el Tribunal Arbitral en su Laudo que esta parte (Argentina) ha violado con sus acciones en el desarrollo de la investigación cuestionada"*.

No cree el Tribunal Arbitral que el Laudo emitido carezca de precisión en la delimitación de los *"ilícitos"* en que ha incurrido la Administración Aduanera argentina y que han dado lugar al pronunciamiento primero de la parte dispositiva del Laudo.

El art. 18 del Reglamento de origen Mercosur establece que *"...las autoridades competentes podrán.... requerir de la repartición oficial responsable..."*. Y el art. 21º, apartado a), significa que *"A través de la autoridad competente del estado parte exportador..."*. El Tribunal Arbitral consideró que esos preceptos deslegitiman la utilización de vías directas de relación entre la Administración Aduanera y la empresa exportadora, si esa relación directa se entabla con fines de despejar "dudas fundadas sobre la autenticidad o veracidad del Certificado de origen".

Tampoco estos preceptos ni ninguno de sus correlativos, amparan la extensión del ámbito

objetivo de las comprobaciones sobre Certificados de origen; comprobaciones que no pueden extenderse más allá de la materia a la que se refiere el concreto Certificado que desencadena la duda. El Tribunal Arbitral constató la existencia de esa extensión material que contraviene directamente las normas aplicables: art. 21 del Reglamento de Origen “a los efectos de verificar si un bien es originario”; y también menciona el Reglamento (art. 21.b)) que su ámbito de aplicación es para “casos *debidamente justificados*”, todo lo cual funda adecuada y precisamente la Resolución adoptada en el Laudo.

Así que aclarado queda que son esos preceptos, en el ámbito del bloque normativo al que pertenecen, los que han sido infringidos en los términos que el Laudo expresa, después de considerar probada la existencia de indagaciones directas -sin intervención inicial de la repartición uruguaya correspondiente-; y está también probada la proyección de esas investigaciones hacia el origen de mercaderías no comprendidas en la cobertura de la indagación primigenia. Por ello resolvió el Tribunal Arbitral que la desviación procedimental inicial y la extensión material ulterior infringen el Reglamento de origen.

6.2.- A través de la pretensión aclaratoria articulada por la representación Argentina bajo la rúbrica Consideración de la prueba ofrecida, señala la representación de la REPÚBLICA ARGENTINA la existencia de una “*oscuridad que exige una nueva intervención del Tribunal reflejada en una contradicción interna del Laudo que dificulta insalvablemente su interpretación cuando, al mismo tiempo, se imputa a la posición argentina orfandad probatoria, pero se omite la consideración de la extensa y conducente prueba ofrecida y producida por esta parte.*”

Tres son las cuestiones que sobre este particular plantea la REPÚBLICA ARGENTINA: de un lado, una supuesta falta de referentes probatorios en la argumentación del Laudo; de otra parte, lo que entiende como subestimación de una concreta prueba aportada por la REPÚBLICA ARGENTINA (datos globales de exportación-importación concernientes al tema); y finalmente, un cuestionamiento de la valoración que el Tribunal ha hecho de la presunción de veracidad del Certificado de origen y de la densidad probatoria necesaria para desvirtuarlo.

A) En cuanto a la alegada falta de mención de los elementos probatorios, el Tribunal Arbitral ha de reiterar en este momento que los hechos que dan lugar al pronunciamiento primero de la parte dispositiva del Laudo resultan de la constancia documental, no cuestionada por las partes, de los siguientes extremos: a) La existencia de una tramitación por parte argentina del cuestionamiento del Certificado de origen “extra-repartición oficial responsable”; b) Igual certeza documental de que la materia del cuestionamiento de origen era inicialmente una partida y modelo específico de bicicletas, y luego lo fue de toda la producción de la fábrica Motociclo S.A.; y c) Con la no menos contundente existencia documental de una resolución -la de 23 de enero de 2001- de contenido sancionador de notoria gravedad junto a una declaración por parte Argentina de toda una producción fabril como mercancía extrazona. Son estos tres puntos fácticos los que determinan la Resolución del Tribunal Arbitral declarativa de la ilicitud de la decisión y su reflejo documental es palmario y no discutido, aunque sí haya habido debate sobre el alcance de alguno de dichos documentos y sus consecuencias jurídicas.

B) En el debate sobre esos concretos puntos referidos en párrafos anteriores, el Tribunal Arbitral no ha estimado que tuvieran relevancia aportes estadísticos unidos al procedimiento en fase probatoria.

C) En cuanto a las reflexiones que ahora aporta la REPÚBLICA ARGENTINA sobre la fundación del Laudo atingente a una supuesta “*contradicción académica*” que supondría “*rechazar por falta de pruebas sin siquiera considerar las realizadas*” el Tribunal Arbitral ha de recordar en este trámite que el propio Reglamento de Origen Mercosur manifiesta en su preámbulo que se trata de “*adoptar Reglas de origen ciertas y claras que permitan*

determinar en forma fehaciente la nacionalidad de los productos intercambiados". Esa fehaciencia luego desarrollada en el articulado dota a los Certificados de origen de una inicial capacidad acreditativa de su contenido en los términos del propio Reglamento, sujeta a ulterior verificación si se alegaren dudas fundadas "en relación con su autenticidad o veracidad".

En su reflexión sobre el particular, el Tribunal Arbitral consideró que no se ha acreditado la falta de veracidad del Certificado en cuestión. La contradicción sobre el Certificado se planteó inicialmente "extra-repartición"; y luego se extendió el proceso de verificación a la total actividad productiva de Motociclo S.A., esencialmente a través de una visita a la fábrica que dio lugar a ulterior informe que no ha permitido al Tribunal Arbitral concluir que el Certificado cuestionado careciera de veracidad sobre el único proceso al que podría referirse que es el relativo al modelo de bicicletas afectado por la polémica. Ni la prueba documental ni la testimonial han conseguido convencer al Tribunal de que tales bicicletas fueran mercancía extrazona. Baste recordar aquí la fuerte concentración argumental de la REPÚBLICA ARGENTINA sobre sus dudas de que se produjera en Uruguay el manillar de las bicicletas - por no acreditarse la posibilidad de realización de su moleteado- y ello sin tener en cuenta que en la declaración jurada el manillar se identificaba como componente extrazona.

6.3.- Cuestiona en su solicitud de aclaración la REPÚBLICA ARGENTINA la decisión que el Tribunal Arbitral ha tomado de "revocar y dejar sin efecto la Resolución adoptada por la autoridad aduanera argentina en 23 de enero de 2001" lo que para dicha representación implicaría que el Tribunal Arbitral "se ha arrogado una facultad que no le corresponde".

El Tribunal Arbitral 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. El Laudo dice concretamente que "ni cuestiona ni puede cuestionar la vigencia y validez del conjunto normativo argentino".

Ese insoslayable respeto a la capacidad soberana de los Estados para dictar sus propias normas en los términos delimitados por el Tratado de Asunción, no obsta para que el Tribunal Arbitral haya considerado que el acto específico de la Administración Aduanera Argentina de 23 de enero de 2001 debía y debe ser revocado dejándolo sin valor ni efecto. En primer lugar porque no se trata de un acto normativo, como parece apuntar el escrito de aclaración de la REPÚBLICA ARGENTINA, sino de un mero acto aplicativo de unas normas concretas y específicas cuya validez queda respetada.

El Tribunal Arbitral ha entendido y entiende que en la Resolución que se revoca se dan ingredientes de ilicitud que sólo pueden conducir a su referida revocación. En primer lugar, se trata de un acto administrativo sin valor generalizador ni rango normativo. En segundo lugar, es un acto individualizado que a juicio del Tribunal Arbitral ni pudo ni debió nacer a la vida jurídica.

El órgano que lo adoptó lo hizo prescindiendo de cauces procesales específicamente aplicables; con extensión indebida de su materia respecto de aquella que permitió la iniciación del proceso revisor del Certificado de origen; y con un resultado ciertamente contrario a lo establecido en el art. 1 del Tratado de Asunción cuando en él se establece que el MERCADO COMÚN DEL SUR implica "la libre circulación de bienes, servicios y 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 de cualquier otra medida equivalente". Esa contravención de tal principio se produce directamente en el acto que el Tribunal Arbitral revoca en una doble dirección, puesto que a la vez se declara que a la totalidad de "las mercaderías exportadas por Motociclo S.A. les corresponde el tratamiento arancelario de extrazona"; y al propio tiempo se desencadenan efectos punitivos para la firma exportadora y se propone su extensión para la entidad certificante.

Estos datos de antijuricidad conducen necesariamente a la revocación de un acto de tales características. Ha de atenderse a los parámetros básicos de cualquier sistema punitivo, y a la necesidad de preservar el ordenamiento jurídico Mercosur ante una decisión individualizada, un acto administrativo específico, que contraviene directa y palmariamente un principio básico del Tratado de Asunción como es la libre circulación de mercancías.

La creación del orden jurídico Mercosur, en los términos y con el alcance que se reflejan en el Fundamento 3.1 del Laudo requiere de un instrumento de protección que queda deferido a los Tribunales Arbitrales "ad hoc" cuando los conflictos toman estado litigioso. Ello requiere de la eficacia directa de las resoluciones como la adoptada en el párrafo 1º de la parte dispositiva del Laudo, única forma de hacer efectivo el pronunciamiento jurídico en el caso concreto preservando el valor de la seguridad jurídica ante una perturbación directa del ordenamiento derivada de una decisión individualizada.

El Tribunal Arbitral ha dejado a salvo, y así se ha especificado en el Laudo, no sólo la capacidad normativa de los Estados, sino también la específica posibilidad de que la REPÚBLICA ARGENTINA pueda cuestionar futuros Certificados de origen por medio de los procedimientos de verificación establecidos en el Reglamento de origen Mercosur.

En supuestos como el presente no resulta fácilmente extrapolable la sistemática de revisión jurisdiccional generada en el ámbito de la Unión Europea.

En primer lugar, en la Unión Europea se desarrolló desde su inicio un sistema jurisdiccional articulado sobre distintas estirpes de recursos, en un extenso abanico de mecanismos contenciosos que va desde los recursos por incumplimiento, a los de reenvío prejudicial, los de anulación, los de responsabilidad y los de consulta. En el ámbito Mercosur la función jurisdiccional para los conflictos se atribuye a Tribunal Arbitrales "ad hoc" de manera muy genérica y sin especificar la naturaleza de los conflictos entre Estados, separando sólo en capítulo aparte los reclamos de particulares; y, desde luego, sin delimitar si los Laudos han de tener valor meramente declarativo o de plena jurisdicción.

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 establecidos en el presente Protocolo*"...."*la interpretación, aplicación o incumplimiento*..." (art. 1 del Protocolo de Brasilia). El art. 8 consagra la obligatoriedad, "ipso facto" 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 faculta al Tribunal para decidir la Controversia en base a los elementos normativos que allí se citan, pero, como se ha dicho, sin determinar el carácter declarativo o de plena jurisdicción que hayan de tener los laudos. 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 (por ejemplo, si se deriva de una norma o reglamento nacional) requiera de un nuevo acto normativo del Estado infractor para su corrección; lo que no obsta a que cuando se trate de un acto aplicativo individualizado pueda resolverse en plenitud de jurisdicción como en este caso ha hecho el Tribunal Arbitral dando así relevancia al efecto directo del derecho Mercosur pronunciado individualizadamente a través del Laudo.

El precedente del caso Humblet⁶⁵ que cita la representación Argentina tiene un valor histórico no trasladable al caso aquí contemplado. De un lado, porque su propia antigüedad (1960) y la materia de referencia (Tratado CEEA) difícilmente le darían virtualidad al supuesto

⁶⁵ Asunto 6/60, Humblet/Estado belga, Recueil 1960, pág. 1.125.

estudiado. Y sobre todo porque como señaló Pescatore⁶⁶ ya en 1981, la doctrina del efecto directo de las Normas Comunitarias es posterior al año 1960 y el Tribunal de Justicia ha ido progresivamente confirmando un alcance cada vez más amplio a ese principio, transformando, como escribió Plouvier⁶⁷ en 1975, “vías inicialmente platónicas” en un medio cada vez más eficaz que permite obtener una aplicación máxima del derecho comunitario.

Esa trayectoria concerniente al ámbito europeo⁶⁸ ha de recorrerse en Mercosur de la manera peculiar que sus características exigen; pues no existiendo sino una sola clase de litigios entre Estados, los laudos deben adoptar la forma, bien declarativa, bien de plena jurisdicción, según requiera cada supuesto controvertido. En el caso presente, el Tribunal Arbitral entendió y entiende que lo más coherente con el ordenamiento jurídico Mercosur es la revocación del acto concreto y el mantenimiento de los bloques normativos concernidos. Esa 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.

7.- En cuanto a la solicitud de aclaración e interpretación formulada por la REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, el Tribunal Arbitral entiende que no procede hacer pronunciamiento sobre cuáles hayan de ser las condiciones no discriminatorias en las que la REPÚBLICA ARGENTINA pueda en su caso aplicar las normas de valoración que entienda pertinentes a efectos de tributación interior si fuere procedente.

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 de la autoridad fiscal de los Estados parte está sujeta a esa prohibición de discriminar. Pero el efecto discriminatorio o no de tal aplicación no puede ser enjuiciado sin haberse llegado a producir el eventual acto aplicativo de la norma fiscal interna. Con esa reserva el Tribunal Arbitral quiso expresar su respeto a todo el conjunto de normas internas de la REPÚBLICA ARGENTINA, a su estatuto orgánico y a su facultad soberana de darle aplicación, que en su caso sería revisable por los procedimientos de derecho a que hubiere lugar.

En virtud de tal consideración no procede avanzar interpretación alguna en los términos solicitados por la representación de la REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

El Tribunal Arbitral “ad hoc” por unanimidad,

RESUELVE

1.- 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.

2.- Tener por aclarado el Laudo emitido en la Ciudad de Asunción del Paraguay a los veintinueve días de septiembre de dos mil uno en los términos, con el contenido y el alcance que figuran en la fundamentación de la presente resolución.

⁶⁶ <<Aspectos judiciales del acervo comunitario>>, en Revista de Instituciones Europeas, 1981, núm. 2, págs. 343 y ss.

⁶⁷ L. PLOUVIER: Les décisions de la Cour de Justice et des Communautés Européennes et leurs effets juridiques, Bruselas 1975, pág. 211.

⁶⁸ La doctrina del entonces T.J.C.E. respecto de la inaplicación de pleno derecho de la disposición nacional incompatible con el derecho comunitario resulta, entre otras de las Sentencias dictadas en las causas Comisión c/ Italia 48/71 (13.07.72); Comisión c/ Francia 167/73 (04.04.74); Comisión c/ Francia 24 y 97/80 (28.03.80).

LAUDO VI

LAUDO ARBITRAL

En la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, a los 9 días del mes de enero de 2002,

VISTO:

Para Laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante, en adelante "Uruguay") y la República Federativa del Brasil (Parte Reclamada, en adelante "Brasil") sobre "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay"

I.- RESULTANDO

A. El Tribunal Arbitral

El Tribunal Arbitral, constituido para entender en la presente controversia de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR de fecha 17 de diciembre de 1991, se encuentra integrado por los árbitros Dr. Raúl Emilio Vinuesa de la República Argentina (Presidente del Tribunal), Dra. Maristela Basso de la República Federativa del Brasil y el Dr. Ronald Herbert de la República Oriental del Uruguay.

El Presidente fue debidamente notificado de su designación y el Tribunal quedó constituido, instalado y en funciones el 17 de setiembre de 2001. El Tribunal celebró su primera reunión en la sede de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR el 12 de octubre de 2001 y adoptó sus Reglas de Procedimiento. Invitó a las Partes a designar sus respectivos representantes y a constituir sus domicilio legales. Invitó asimismo a las Partes a someter al Tribunal sus escritos de presentación y respuesta.

Los escritos fueron presentados y recibidos por el Tribunal dentro de los plazos previstos, haciéndolos conocer, cada escrito a la otra Parte. Las representaciones quedaron acreditadas y los domicilios constituidos. Las pruebas documentales presentadas por cada Parte fueron admitidas, comunicadas a la otra Parte y agregadas al expediente.

El Tribunal convocó a las Partes a una Audiencia a celebrarse en la sede de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM) para el día 3 de diciembre de 2001. Las Partes solicitaron una suspensión de los plazos procesales que fue concedida, fijándose una nueva fecha para la Audiencia convocada. La Audiencia se celebró en la sede de la SAM en Montevideo el día 18 de diciembre de 2001. Las Partes presentaron sus alegatos orales y el Tribunal formuló preguntas que fueron respondidas por las Partes. El Tribunal ordenó la presentación escrita de los resúmenes de las posiciones de cada Parte de conformidad al artículo 15.3 de su Reglamento. Recibidos ambos escritos, el Tribunal se abocó a la elaboración del Laudo Arbitral. Las notificaciones y comunicaciones a las Partes, así como el recibo de los escritos y comunicaciones de las Partes, fueron realizados por intermedio de la SAM. Con fecha 28 de noviembre de 2001 el Tribunal decidió hacer uso de la prórroga por treinta días del plazo para expedirse, notificando a las Partes, de conformidad con el Artículo 20 del Protocolo de Brasilia. Con fecha 28 de diciembre de 2001 el Tribunal solicitó a las Partes una extensión del plazo para producir su Laudo Arbitral. Habiendo las Partes concedido la extensión solicitada, el Tribunal se reunió los días 8 y 9 de enero de 2002 en la sede de la SAM en Montevideo.

Las actuaciones del Tribunal que preceden a este Laudo Arbitral, consignadas en Actas y Providencias de acuerdo a las Reglas de Procedimiento, corren agregadas a los presentes autos.

B. Representantes de las Partes.

La República Oriental del Uruguay designó como sus representante al Dr. José María Robaina, al Dr. Roberto Puceiro, al Ingeniero Washington Duran, al Ministro Consejero Ricardo Nario y al Ingeniero Luis Plouvier; y la República Federativa del Brasil designó como representante titular al Sr. Enrique Augusto Gabriel y como asesores al Sr. André Alvim de Paula Rizzo, al Sr. Mario Canabarro Abad, al Sr. Márcio Bicalho Cozendey, al Sr. Marcelo Baumbach y a las Sras Liliam Beatriz Chagas de Moura y Daniela Arruda Benjamín.

C. Tramitación

El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento y el Protocolo de Ouro Preto, y se han cumplido con todos los términos y condiciones establecidas en estos instrumentos a efecto de que se dieran por iniciadas las presentes actuaciones arbitrales. Las etapas previas al arbitraje, prescriptas en las normas relativas a la solución de controversias del Protocolo de Brasilia y del Protocolo de Ouro Preto, fueron debidamente observadas.

Uruguay a través de la Nota No 538/2001 del 15 de marzo de 2001, solicitó a Brasil el inicio de negociaciones directas de conformidad con los Artículos 2 y 3 del Capítulo II del Protocolo de Brasilia, relativas a la prohibición de la importación de neumáticos remoldeados (remolded) procedentes de Uruguay. Esta situación fue comunicada a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR por Nota No 541/2001.

El día 23 de abril de 2001 se llevaron a cabo, en la ciudad de Asunción, negociaciones directas entre las partes, no alcanzándose solución alguna.

Uruguay comunicó a Brasil, por nota No 1136/2001 del 31 de mayo de 2001, su decisión de dar por terminada la etapa de negociaciones previéndose que la cuestión fuera considerada en la siguiente reunión del Grupo Mercado Común de conformidad con el Artículo 4 numeral 1 del Capítulo III del Protocolo de Brasilia.

Uruguay, por Nota No 1119/2001 de 31 de mayo de 2001 solicitó a la Presidencia Pro-Tempore que la controversia fuera incluida en la agenda de la próxima reunión del Grupo Mercado Común.

Los días 12 y 13 de junio de 2001, la controversia fue considerada en el transcurso de la XLIII Reunión Ordinaria del Grupo Mercado Común celebrada en Asunción. Fue nuevamente tratada durante la XXI Reunión Extraordinaria del Grupo Mercado Común celebrada en Montevideo 13 de julio de 2001. No habiéndose alcanzado acuerdo durante esa reunión, se decidió dar por terminada la intervención del Grupo Mercado Común.

Uruguay inició el procedimiento arbitral de conformidad con el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, contra Brasil, por prohibición de importación de neumáticos remoldeados (remolded) de origen uruguayo al mercado brasileño. Por Nota No. 1798 del 27 de agosto de 2001, el Gobierno de Uruguay notificó a la SAM su decisión de iniciar tal procedimiento, solicitando a su vez que notificara su decisión al Brasil y al Grupo Mercado Común e iniciara las tramitaciones necesarias para la sustanciación de los procedimientos arbitrales de conformidad con el Artículo 7 para. 2 del Protocolo de Brasilia.

Las Actuaciones del Tribunal fueron registradas por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y fueron realizadas de conformidad con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y sus propias Reglas de Procedimiento. Ambas Partes presentaron en tiempo oportuno argumentaciones y fundamentos en sus respectivas presentaciones escritas y cumplieron con los términos establecidos para producir pruebas. Las actuaciones de las Partes se efectuaron de conformidad con los instrumentos legales del

MERCOSUR. En consecuencia y teniendo en cuenta los alcances previstos por el Artículo 20 del Protocolo de Brasilia, el Tribunal tiene plena capacidad para emitir este Laudo en el presente caso con la forma y los efectos y alcances establecidos por los Artículos 20 y 21 del Protocolo de Brasilia y por el Artículo 18 de su Reglamento.

D. Alegaciones de las Partes

1). Reclamo de Uruguay

Uruguay, como parte Reclamante, manifiesta:

Que el objeto de la controversia está constituido por la Portaria de la Secretaria de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (SECEX) No.8/00 de 25 de setiembre de 2000 que dispuso la no concesión de licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados clasificados en la posición 4012 de la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM), sea para consumo o uso como materia prima (Recaudos I, doc.1) como asimismo por otros actos normativos o medidas que directa o indirectamente impidan el acceso de esas mercaderías al mercado brasileño.

Con anterioridad a la Portaria No.8/00, la Portaria No 8/91 de 13 de mayo de 1991 (Recaudos I, doc.2) había prohibido la importación de neumáticos “usados” (clasificados en la Subposición NCM 4012.20), mas no prohibía la importación de los neumáticos “recauchutados” (clasificados en la Subposición NCM 4012.10). La importación de neumáticos “recauchutados” estuvo autorizada durante el lapso de diez años que medió entre la Portaria No. 8/91 y la Portaria No.8/00.

La Subposición NCM 4012.10 (“neumáticos recauchutados”) se refiere técnicamente a los neumáticos “reformados”, que incluyen: los “remoldeados” (objeto de esta controversia), los “recauchutados” y los “recapados”, distinguiéndose de la Subposición NCM 4012.20 que refiere a los neumáticos “usados”.

La prohibición establecida por la Portaria No.8/00, al aludir genéricamente a la Posición NCM 4012, introdujo una prohibición nueva al extender, la que anteriormente alcanzaba únicamente a los neumáticos “usados”, a los tres tipos de neumáticos “reformados”; violando diversas normas vigentes en el MERCOSUR, en especial las disposiciones del Tratado de Asunción y de su Anexo I, la Decisión del Consejo Mercado Común No.22/00 y principios generales de derecho.

En razón de lo expresado, la empresa SERISUR S.A., cuya principal actividad consiste en la reconstrucción de neumáticos para la exportación se ha visto impedida de seguir exportando a Brasil neumáticos “remoldeados” como lo venía haciendo hasta la entrada en vigencia de la Portaria No.8/00, provocándole graves perjuicios. (Recaudos 3).

Que, además de SERISUR S.A., cualquier empresa uruguaya está impedida hoy de exportar tal mercadería a Brasil.

Que entendiendo que la Portaria No.8/00 es violatoria de la normativa del MERCOSUR, se han cumplido las etapas procedimentales exigidas por el Protocolo de Brasilia.

La Parte Reclamante efectúa un planteamiento histórico de caso refiriendo a: a) el marco normativo que precedió al dictado de la Portaria No.8/00; b) al criterio con el que dicho marco normativo fue aplicado por los órganos competentes brasileños; y c) a la sustancial modificación que introdujo la referida Portaria No. 8/00.

Con respecto al marco normativo precedente a la Portaria No.8/00, Uruguay dice que:

- a) El art.27 de la Portaria No.8/91 (dictada por el Ministerio de Economía, Hacienda y Planeamiento) prohibía la importación de bienes de consumo (en este caso, neumáticos) “usados” (Recaudos I, doc.2).
- b) La Portaria No.1/92 habilitaba la importación de neumáticos usados bajo ciertas condiciones (Recaudos I, doc.14).
- c) La Portaria No.18/92 derogó la Portaria No.1/92, volviéndose a aplicar la prohibición del art.27 de la Portaria No.8/91 (Recaudos I, doc.15).
- d) La Portaria No.8/00 de 25 de setiembre de 2000 (del ahora Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior) derogó la Portaria No.8/91 disponiendo que no se otorgarán licencias de importación de neumáticos tanto usados como recauchutados clasificados en la posición NCM 4012 (Recaudos I, doc.1).
- e) Antes de esa fecha, el 19 de setiembre de 2000, ya se había informado a los operadores de comercio exterior de Brasil que se comenzaban a exigir licencias de importación previa para los neumáticos recauchutados clasificados en la Posición NCM 4012 (Recaudos I, doc.16), lo que ya constituía una violación de la Decisión No.22/00 del Consejo del Mercado Común por la cual los Estados se comprometieron a no adoptar ninguna medida restrictiva al comercio recíproco cualquiera fuese su naturaleza (Recaudos II, doc.17)

Con respecto al criterio con que el marco normativo que precedió a la cuestionada Portaria No.8/00 fue aplicado por los órganos competentes brasileños, Uruguay dice que:

- a) Antes de dictarse dicha Portaria No.8/00, los neumáticos remoldeados, clasificados en la Subposición NCM 4012.10 podían exportarse de Uruguay a Brasil -y en los hechos efectivamente se exportaban-, siendo así durante el lapso comprendido entre la entrada en vigencia de la Portaria No.8/91 y la entrada en vigencia de la Portaria No.8/00.
- b) La circunstancia de que los neumáticos cuya importación en ese lapso las autoridades brasileñas consideraban prohibidas eran únicamente los “usados” clasificados por la Subposición NCM 4012.20, y no los “recauchutados” clasificados por la Subposición NCM 4012.10 –a los cuales no alcanzaba dicha prohibición-, pone de manifiesto que las autoridades de Brasil en ningún caso consideraron a los neumáticos “recauchutados” (“reformados”) como neumáticos “usados”.
- c) Dicha conclusión resulta del ininterrumpido flujo comercial de neumáticos clasificados en la Subposición NCM 4012.10 importados por Brasil durante los prácticamente diez años que mediaron entre la Portaria No.8/91 y la Portaria No.8/00. El hecho de que la firma SERISUR S.A. realizó varias exportaciones en el período comprendido entre los años 1996 y 2001 (Recaudos II, doc.18 con anexos) y la información estadística del “Comercio Exterior de Brasil” (Recaudos IV, doc.19) así lo consignan.
- d) Diversas autoridades de Brasil han admitido formalmente la procedencia de las importaciones de neumáticos “reformados” durante ese lapso, a vía de ejemplo, el Parecer de fecha 6/4/98 de la “Divisão de Legislaçao Nacional –DILEG- de la Coordenacao Geral do Sistema Aduaneiro –COANA- de la Secretaria da Receita Federal que establece una clara distinción entre los neumáticos clasificados en la Posición NCM 4012.10 y los clasificados en la Posición NCM 4012.20, no admitiéndola siquiera en la relación género-especie, asignándoles diferente tratamiento jurídico y concluyendo que la prohibición que afecta a los neumáticos clasificados en la Posición NCM 4012.20 no afecta a los clasificados en la Posición MCM 4012.10 (Recaudos IV, doc.20)
- e) Estando vigente la prohibición de importación de neumáticos “usados” (Portaria No.8/91) y como resultado de una consulta de Paraguay (registrada en la SAM como Nota Técnica No.23/95), el Departamento Técnico de Intercambio Comercial del Ministerio de la Industria, Comercio y Turismo de Brasil informó que las importaciones brasileñas de neumáticos recauchutados no estaban sujetas a restricciones de carácter legal o administrativo (Recaudos IV, doc.21).
- f) Las respuestas de Brasil relacionadas con la Consulta No.32/98 presentada a ese país en la XXXIII Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur por Argentina, Paraguay y Uruguay concernientes a aspectos considerados discriminatorios del “Proyecto de resolución sobre régimen de control y destrucción o reciclaje de neumáticos inservibles”, son prueba inequívoca de la posición de Brasil con respecto a la procedencia de la importación de los

neumáticos “recauchutados” (“reformados”) durante la vigencia de la prohibición establecida por la Portaria No.8/91 sobre neumáticos “usados” (Recaudos V, doc. 23). Las respuestas a las consultas registradas en actas No.1/00 presentada en la XXXIX Reunión de la Comisión de Comercio, (Recaudos V, docs.24 y 25) y No.5/00 presentada en la XLIII Reunión de la Comisión de Comercio (Recaudos V, doc.26 y 27); y la Nota Técnica acta No.1/01 presentada por Brasil en la XLVII Reunión de la Comisión de Comercio (Recaudos V, doc.28), ponen en evidencia que las autoridades de Brasil en ningún momento se plantearon que los neumáticos recauchutados (reformados) no pudieran ser importados a dicho país, siendo que la problemática que diera lugar a la consulta 32/98 de referencia reconocía tales importaciones como presupuesto.

g) La posibilidad de importar neumáticos durante el lapso de referencia surge asimismo inequívoca de la propia Resolución No.258/99 de 26/8/99 del Conselho Nacional del Medio Ambiente –CONAMA- en la que se convirtiera dicho proyecto sobre el régimen de control y destrucción o reciclaje de neumáticos inservibles (en especial de las normas del art.3º, respectivos literales “b” de los numerales III y IV y del art.2º literal III), que da por supuesto el hecho de la importación de neumáticos reformados –recapados, recauchutados y remoldeados- clasificados como “recauchutados” por la NCM. En el art.4º de su Resolución No.23/96 de 12/12/96, la propia CONAMA, efectúa una clara distinción entre neumáticos usados y neumáticos reformados tanto en materia de defensa ambiental como respecto del régimen de importación a que están sujetos. Lo cual es confirmado por una sentencia judicial del Juzgado de la Primeira Vara Federal de Rio Grande respecto de una medida cautelar (Recaudos V, doc.30). A juicio de la parte reclamante, lo recién expuesto echa por tierra cualquier pretensión de que el cambio de criterio que se cuestiona –la extensión de la prohibición de importación de neumáticos “usados” a los neumáticos “recauchutados” (“reformados”)- pudiera responder a motivaciones de defensa medioambiental, extremo que por otra parte Brasil no invoca como fundamento de tal cambio de criterio.

h) La posición de Brasil durante el lapso mediante entre la Portaria No.8/91 y No.8/00 en el sentido de permitir la importación de neumáticos recauchutados (reformados) no haciendo extensiva a dichos bienes la prohibición consagrada respecto de los neumáticos usados por la Portaria No.8/91 ha sido confirmada por INMETRO (Instituto Nacional de Metrología, Normalización y Calidad Industrial) en opinión del 6/10/2000 ante una consulta formulada por la Asociación Brasileña de Industria de Neumáticos Remoldeados (Recaudos V, doc.31), concluyendo que, por definición, un neumático remoldeado no puede ser confundido con un neumático usado; opinión que confirma en la Nota Técnica sobre neumáticos reformados objeto de la Portaria No.8/00 de 25/9/00 (Recaudos V, doc.32).

Se pronuncian también en forma afirmativa en cuanto a la diferencia sustancial entre un neumático usado y un neumático remoldeado, el Instituto de Pesquisas Tecnológicas del Estado de Sao Paulo –IPT- (Recaudos V, doc.33), la Consultoría Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente, de los Recursos Hídricos y Amazonia Legal (Recaudos V, doc.34), el Laboratorio Tecnológico del Uruguay –LATU- (Recaudos V, doc.35) y la Norma MERCOSUR 225:2000 (Recaudos V, doc.36).

En cuanto a la sustancial modificación que introdujo la cuestionada Portaria No.8/00 respecto del marco normativo precedente y de los criterios con que dicho marco normativo fue aplicado por los órganos de Brasil, la Parte Reclamante dice que:

a) De acuerdo a lo indicado precedentemente, hasta la puesta en vigencia de la cuestionada Portaria No.8/00, las autoridades de Brasil habían actuado de manera consistente en cuanto que estaban prohibidas las importaciones a ese país de neumáticos “usados” pero no las importaciones de neumáticos “recauchutados” (“reformados”).

Dicho criterio era consistente asimismo con la NCM que clasificaba a los neumáticos “recauchutados” en la Posición 4012.10 y a los neumáticos “usados” en la Posición 4012.20 y las propias normas brasileñas recogían tal distinción (como, por ejemplo, la Portaria de DECEX No.01 de 9/1/92, Recaudos I, doc.14).

b) La Portaria No.8/00 no se limita a recoger una prohibición preexistente, sino que consagra una nueva prohibición al extender la prohibición de importación a los neumáticos “recauchutados” (“reformados”) -cuya importación no estaba prohibida antes de la entrada en

vigencia de dicha Portaria-. La propia fórmula de la Portaria No.8/00 pone de manifiesto que no tiene por finalidad interpretar una norma anterior –como parece surgir de la respuesta a la consulta No.48/00 formulada por Paraguay y Uruguay (Recaudos V, docs.37 y 38)- puesto que no sólo deroga la norma supuestamente interpretada, sino que pasa a referirse a neumáticos “usados” (por un lado) y “recauchutados” (por otro) cuando en el pasado sólo había utilizado la expresión “usados” (Recaudos I, doc.15).

La Parte reclamante asimismo rechaza la eventual pretensión de Brasil de fundar la legitimidad de su comportamiento sobre otras bases, a saber:

- a) el razonamiento de que la NCM reduce la clasificación de neumáticos a “nuevos” y “usados”, puesto que la Posición NCM 4011 refiere a los “nuevos” mientras que la Posición NCM 4012 se desagrega, distinguiendo entre “recauchutados” (“reformados”) –NCM 4012.10- y “usados” -NCM 4012.20-. Brasil pretende incluir a estos últimos en la Posición NCM 4012.10 para someterlos al mismo régimen de importación obviando, en error inexcusable, la referida desagregación de la Posición NCM 4012;
- b) la libertad de cada Estado para determinar libre y unilateralmente el concepto de bienes “usados”, ya sea por interpretación de disposiciones internas aplicables a la materia o en razones de protección al medio ambiente. Si bien la Resolución No.109/94 del Grupo Mercado Común instruye a la Comisión de Comercio para presentar un Reglamento Común sobre la importación de bienes usados indicando que mientras no se apruebe el mismo, los Estados Partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre la importación de bienes usados, ello no supone dar a los Estados total libertad para la fijación de lo que ha de entenderse por bien usado, porque los mismos no pueden violar normas técnicas ni criterios de la NCM ni el sentido común;
- c) que la Portaria No.8/00 supuso la mera clarificación y rectificación de una anterior mala interpretación o aplicación de las normas vigentes por parte de algunas autoridades brasileñas, puesto que a las argumentaciones precedentes corresponde agregar que esa es una cuestión puramente interna de Brasil que no puede afectar a Estados terceros;
- d) que la Portaria No.8/00 responde a nuevas medidas de protección del medio ambiente porque ello no se compadece con el alcance meramente interpretativo que Brasil ha asignado a esa norma, como así tampoco con la citada Resolución No.258/99 de CONAMA.

La Parte Reclamante agrega que autoridades de Brasil han emitido normas que manifiestan el inequívoco propósito de impedir u obstaculizar la importación de neumáticos reformados en el sentido de la cuestionada Portaria No.8/00, como, por ejemplo, el Decreto No.3919 de 14/9/01 que agrega al Decreto No.3179 de 21/9/99 el art.47 A, el cual prevé la aplicación de multas especiales para el caso de importación de neumáticos reformados (Recaudos V, doc.40); y la Portaria No.123 del INMETRO de 27/9/01 estableciendo exigencias técnicas adicionales a los neumáticos reformados en el extranjero respecto de los reformados en Brasil (Recaudos V, doc.41). Estas normas y similares que se hayan dictado o puedan dictarse, violan la normativa del Mercosur al igual que la Portaria No.8/00, razón por la cual deben también incluirse en el objeto de la presente controversia.

Dice Uruguay que la Portaria No.8/00 y las disposiciones que obstaculizan la importación de neumáticos reformados violan el Tratado de Asunción, la Decisión No.22/00 del Consejo del Mercado Común (CMC) y principios generales de derecho, según lo que sigue:

Respecto de la Decisión No.22/00 de la CMC: la Portaria No.8/00, al consagrar una nueva prohibición a la importación de neumáticos “recauchutados” (“reformados”) –que hasta su entrada en vigencia se importaban fluidamente desde Uruguay-, constituye una violación a la Decisión No.22/00 de 29/6/00 del CMC, la cual rige desde julio de 2000, poco tiempo antes de la fecha en que Brasil dictó la Portaria No.8/00. Si bien la Decisión No.22/00 que obliga a no adoptar medidas restrictivas al comercio recíproco dice que ello es sin embargo de ciertas restricciones dispuestas en la norma del Artículo 2º literal b) del Anexo I al Tratado de Asunción, cuya norma remite a su vez al Artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, la prohibición de importación consagrada por la Portaria No.8/00 no se encuentra amparada en

ninguna de las hipótesis previstas en esta última, lo cual nunca fue controvertido ni contestado por Brasil.

Respecto del Tratado de Asunción: la Portaria No.8/00 ha violado las siguientes normas del Tratado de Asunción: la del Artículo 1º, la del artículo 1 del Anexo I, la del artículo 10 inc.2 del mismo Anexo.

Respecto de los Principios Generales de Derecho Internacional: la Portaria No.8/00 afecta los principios "pacta sunt servanda" y de "buena fe" (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, arts.18, 26 y 33.1), los cuales adquieren más relevancia y profundización en los procesos de integración –cuya formación sucesiva exige tener en cuenta el cúmulo normativo que lo va conformando–, según lo han resaltado anteriores Laudos Arbitrales; también afecta el principio del *estoppel* o *venire contra factum proprium* (art.45 de la Convención citada) en virtud de la inconsistencia entre las alegaciones de Brasil y su conducta previa respecto de este caso.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la parte reclamante solicita al Tribunal Arbitral que declare que las medidas adoptadas por Brasil e impugnadas por Uruguay según su Reclamo –en especial la Portaria No.8/00– son violatorias de la normativa del Mercosur antes referida, y por lo tanto se ordene a Brasil proceda a declarar la nulidad de todas las medidas referidas y permita el libre acceso a su territorio y su comercialización en el mercado interno de los neumáticos remoldeados exportados desde Uruguay.

2) Respuesta de Brasil

Brasil, como parte Reclamada, manifiesta:

Que el objeto de la controversia debe limitarse a la Portaria SECEX No.8/00, puesto que fue la única tenida en cuenta en las fases anteriores al procedimiento arbitral previsto en el Protocolo de Brasilia, no siendo razonable, so pena de romper el equilibrio entre las Partes involucradas, admitir, en esta fase, la introducción de hechos nuevos que viniesen a ampliar el espectro de la reclamación; citando a favor de su afirmación la posición adoptada por dos Tribunales Ad-Hoc que actuaron en reclamos precedentes.

El Decreto No. 3919/01 y la Portaria INMETRO No.133/01 fueron adoptados por distintos órganos en el contexto de medidas que tienen que relación con el medio ambiente y la protección de consumidores respectivamente, y por lo tanto no podrían ser calificados como medidas modificativas de dicha Portaria SECEX No 8/00. Asimismo, la inclusión de "toda otra medida tendiente a obstaculizar el acceso al territorio brasileño y la comercialización interna de tales mercaderías" en el objeto de la controversia, deja indefinido este objeto, impidiendo una adecuada defensa de la legalidad de estas medidas a la luz de los compromisos del MERCOSUR.

Además, Brasil afirma que Uruguay no demostró disposición para utilizar plenamente las posibilidades de la fase de negociaciones directas que precedieron a la instauración del tribunal arbitral. La reunión del día 23 de abril de 2001 habría sido finalizada, a insistencia de Uruguay, cerca de quince minutos después de su inicio, sin que el Gobierno brasileño hubiese "siquiera informado, con claridad, sobre los argumentos que daban pie a la controversia".

El Gobierno brasileño afirmó también que, reconociendo el gran rigor atribuido a la implementación de la Portaria DECEX No. 8/91, así como a la obligación establecida en el Protocolo de Brasilia de buscar primero la solución de controversias por medio de negociaciones directas, procuró durante todo el tiempo que precedió a la fase arbitral encontrar una solución viable para el tema del comercio de neumáticos entre los dos países, de forma compatible con la legislación brasileña sobre bienes usados, sin obtener, al mismo

tiempo, aceptación por la otra Parte.

En lo que se refiere específicamente a la Portaria SECEX No. 08/00, a la luz de lo dispuesto en la Resolución GMC No.109/94, la Portaria SECEX No. 8/00 disciplina el régimen de importación de bienes usados existente en Brasil, vigente en Brasil desde 1991 (Portaria DECEX No. 8/91), y que, de acuerdo con el Gobierno brasileño, incluye neumáticos recauchutados. En el entendimiento del Gobierno brasileño, los neumáticos recauchutados son bienes usados, independientemente de haber sido objeto de algún tipo de proceso industrial con miras a restituirles parte de sus características originales o prolongar su vida útil. En ese sentido, están comprendidos en las disciplinas establecidas por la Portaria DECEX No. 8/91.

Con la adopción de la Portaria No. 8/00, se procuró reprimir las importaciones de neumáticos recauchutados que existían, en función, básicamente, de fallas en el sistema informatizado de comercio exterior del Brasil (SISCOMEX) que, con la finalidad de no otorgar licencias de importación, considera solamente la condición de uso de un bien, sin mención específica a la NCM, incluso, porque, en la mayoría de los casos, la nomenclatura no permite distinguir entre bienes usados o nuevos. Al no consignar, en el espacio correspondiente del SISCOMEX, que se trataba de material usado, varios importadores habían logrado burlar la prohibición de importación de bienes usados, obteniendo el respectivo registro de importación para neumáticos recauchutados. Ese flujo de importación que existió en Brasil en los últimos años, proveniente del error en el momento de completar los documentos necesarios a la importación, no constituiría, sin embargo, reconocimiento de su licitud por el Gobierno brasileño.

Se afirmó que los términos “usados” y “recauchutados” serían meramente legos, comerciales, y no técnico-científicos, “utilizados únicamente en la diferenciación de dos productos que se distinguen solamente por el agregado de valor otorgado a uno de ellos”.

Esa posición estaría fortalecida por estar ambos en la misma posición de la NCM, habiendo diferenciación solamente en su Subposición. La NCM no tendría por finalidad definir la naturaleza de nuevo o usado de bienes, sino solamente “diferenciar bienes que por sus características intrínsecas son comercialmente diferenciados”. La naturaleza de usados de los neumáticos usados y recauchutados permanecería a pesar de esa clasificación, pero no podrían confundirse con neumático “nuevo”.

En virtud de que, en base a la Portaria DECEX No. 8/91, muchas de esas importaciones fueron retenidas en la Aduana brasileña, en función del creciente número de esas operaciones, el Gobierno brasileño se vio en la obligación, a través de la Portaria No. 8/00, de reforzar y aclarar el alcance de la Portaria No. 8/91, uniformizando el tratamiento aduanero dispensado a esos productos.

En ese sentido, según Brasil, la Portaria SECEX No. 8/00 no establece, como pretende la Reclamante, nueva prohibición de acceso al mercado brasileño, o extensión ilegítima de restricción anteriormente existente. Tendría, en verdad, sólo carácter meramente interpretativo, explicitando la prohibición de importación de neumáticos reformados ya existente con anterioridad al estar incluidos en la prohibición referente a neumáticos usados.

La Resolución CONAMA No. 258/99, al tratar de la importación de neumáticos recauchutados, estaría solamente previendo, de manera prescriptiva que, en la eventualidad de importación de neumáticos reformados, es también necesario darles un destino final medioambiental adecuado. No se estaría, por lo tanto, con ella pretendiendo reconocer formalmente un régimen de importación, incluso porque no cabría al CONAMA tal función. También el Parecer de 12 de enero de 1998 de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Medio Ambiente, Recursos Hídricos y Amazonia Legal – que concluyó que la importación de neumáticos reformados no estaría prohibida – no habría tratado el tema sobre el perspectiva

del comercio exterior, no debiendo, por lo tanto, ser considerada para tal fin.

Cumple registrar, a propósito del alcance de la Portaria DECEX No. 8/91, que eventuales excepciones al régimen previsto en la mencionada norma han sido siempre explícitas, como en el caso de la autorización para importar neumáticos remodelados para aviones, no pudiéndose inferir, de la inexistencia de mención específica a bienes reacondicionados en la Portaria DECEX No 8/91, que su importación está autorizada en el Brasil.

En lo que respecta al tratamiento de bienes usados en el ámbito del MERCOSUR, considerando que los esfuerzos para armonizar los regímenes nacionales de importación de bienes usados entre los países miembros resultaron, hasta el momento, infructíferos, el Gobierno brasileño entiende que prevalece lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución GMC No. 109/94, que establece que, hasta que se concluyan los trabajos de armonización sobre el tema, los Estados Partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre importación de bienes usados, incluso en lo que se refiere a la definición de bienes usados y al régimen de bienes reacondicionados, cuyo tratamiento no escapa a la égida de la referida Resolución, conforme se desprende de la lectura de las Actas del Comité Técnico No 3, adjuntas al Escrito de Respuesta.

A la luz del principio general establecido en la mencionada normativa y, considerando que no hubo ningún compromiso de los Estados Partes en mantener inalterados sus respectivos regímenes de importación de bienes usados, la eventual delimitación de la competencia brasileña para legislar sobre la materia estaría condicionada a la comprobación de que la definición de bienes usados adoptada por Brasil no concuerda con el espíritu de la Resolución GMC No. 109/94.

El alcance de la Resolución GMC No. 109/94 que habría derogado, por voluntad expresa de las Partes, el régimen de libre comercio para bienes usados en el MERCOSUR, no habría sido modificado con la aprobación de la Decisión CMC No. 22/00, la cual no establece una nueva obligación de eliminación de restricciones no arancelarias en el ámbito del bloque, pero reitera las obligaciones originarias del Anexo I del Tratado de Asunción, tal como fueron modificadas por la Decisión CMC No. 3/94.

Con respecto a la Decisión CMC No. 22/00, Brasil afirma que, considerando que la Portaria No. 8/00 no aporta una nueva restricción al comercio intra-zona, ya que tendría carácter meramente interpretativo, tratándose de mera reglamentación y precisión del régimen de importación de bienes usados en Brasil, aquella no estaría siendo violada por la Portaria.

Destaca también que la prohibición de importación de bienes usados fue incorporada extemporáneamente a la lista original de medidas restrictivas que deberían ser eventualmente eliminadas según la Decisión CMC No. 22/00, por insistencia uruguaya (anexo XIV).

En los términos de la Decisión CMC No. 3/94 – que, por el artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto, deroga las disposiciones del Tratado de Asunción en materia de medidas no arancelarias – las restricciones a la importación de bienes usados están incluidas en el rol de restricciones no arancelarias que, mediante compromiso de futura armonización, podrán ser mantenidas en el ámbito del MERCOSUR.

Finalmente, la Decisión CMC No. 70/00, aprobada en diciembre de 2000, confirmaría la intención de las Partes de exceptuar la comercialización de piezas para automotores usadas del libre comercio en el interior del MERCOSUR.

Carecería, así de fundamento, la alegación de que la adopción de la Portaria SECEX No. 8/00 no condice con los compromisos asumidos por Brasil en el ámbito del MERCOSUR o que viola los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*.

Las tratativas en el ámbito de la Comisión Técnica 3 muestran que los temas “definición de bienes usados” y “definición de bienes reacondicionados” están en el ámbito de la Resolución No. 109/94, y que estos temas no fueron armonizados en el ámbito del MERCOSUR, quedando, por lo tanto, sujetos a lo que establezca a ese respecto la legislación brasileña. Así, a no ser que la definición dada por la legislación brasileña para neumáticos usados, o que el tratamiento dado por la legislación brasileña a neumáticos reacondicionados (reformados), fuese arbitrario, Brasil estaría actuando dentro de lo que le es permitido por la Resolución GMC No. 109/94.

Con respecto a la definición de los neumáticos remodelados como “usados”, Brasil afirma que tal definición no es arbitraria y deriva, básicamente, de la constatación técnica de que, a despecho del proceso de reacondicionamiento, tales neumáticos, que se distinguen de los neumáticos usados sólo por el agregado de caucho, no pueden ser considerados neumáticos nuevos. Los análisis técnicos realizados por la industria automotriz brasileña demuestran, entre otras cosas, que los neumáticos remodelados presentan una *performance* de rendimiento entre 30% y 60% inferior a un neumático nuevo, además de tener una vida útil reducida.

Componiéndose el neumático remodelado de solamente un 30% de material nuevo, no se confundiría con un neumático nuevo, no prestándose más, de acuerdo a alegación del Gobierno brasileño, a reformas después de su vida útil, acabando por tornarse un “residuo indeseable”.

Para fines de adopción de la Portaria SECEX No. 8/00, el Gobierno brasileño tuvo presente, también, las discusiones en el ámbito del propio Comité de Normas Técnicas del MERCOSUR, que culminaron en la adopción, en octubre de 2000, de las Normas Técnicas No. 224:2000 y No. 225:2000, las cuales, según el Gobierno brasileño, definen taxativamente el neumático reformado como un bien usado que pasó por un proceso de reutilización de su carcasa.

Llama la atención la parte Reclamada sobre el hecho de que no se trate de una posición aislada del Gobierno brasileño. En el ámbito del MERCOSUR, Argentina también prohíbe la importación de neumáticos recauchutados (NCM 4012.10.00), con el argumento de que tales neumáticos son elaborados a partir de neumáticos usados, cuya importación está prohibida en el contexto de la Política Automotriz del MERCOSUR.

La clasificación de neumáticos recauchutados y usados en ítems diferentes de la NCM no modificaría el hecho de que, por su naturaleza, el neumático recauchutado sería un bien usado, cuya vida útil fue prolongada, no confundiendo con un bien nuevo. La definición brasileña atendería, como antes se afirmó, al sentido común del término “usado”.

En ese contexto, la prohibición de importación de neumáticos recauchutados en Brasil estaría amparada en la Resolución GMC No.109/94, que establece una disciplina específica para importación de bienes usados en el MERCOSUR.

En lo que se refiere a otras normas señaladas por Uruguay como tendientes a impedir el acceso y comercialización de neumáticos reformados al Brasil, a pesar de que éste considere que el Decreto 3919/99 y la Portaria No. 133/01 de INMETRO no integran el objeto de la presente controversia, fueron presentadas las siguientes alegaciones al respecto:

- dicha Portaria de INMETRO estaba en discusión desde fines de 1999, con miras al establecimiento de políticas de protección al consumidor. El anexo VIII contiene un proyecto de certificación obligatoria de neumáticos reformados presentado por INMETRO el 3 de mayo de 2001.
- además, estaría de conformidad con los criterios de selección de neumáticos para reforma y reparación aprobados por los organismos de normalización de los cuatro Estados del bloque

(NT 225:2000).

- según la definición de neumático usado de la Portaria, por la cual éste es cualquier neumático que ya haya tenido vida útil, estaría permitido la inclusión de neumáticos remodelados en la noción de “usados”.
- el Decreto No. 3919, siendo de iniciativa del Ministerio de Medio Ambiente, se atiende a otra motivación de políticas públicas, ajenas a la esfera comercial. Resultado de esa constatación sería la no participación del Ministerio De Desarrollo Industria y Comercio en su elaboración.
- el Gobierno brasileño se puso a disposición de los árbitros para aclarar los papeles del CONAMA y del Ministerio de Medio Ambiente en la política y legislación ambiental brasileñas.

Con respecto al principio del *estoppel*, el Gobierno brasileño entiende que tampoco procede la alegación de la Parte Reclamante de que la existencia de flujo de importación de neumáticos recauchutados en el País habría constituido una preclusión a cualquier pretensión por parte de Brasil de impedir tal práctica bajo pena de incurrir en *estoppel*, ya que no hubo por parte de Brasil un comportamiento constante e inequívoco que pudiese crear expectativas y derechos a Uruguay en materia de importaciones de neumáticos recauchutados.

En sentencia dictada el 10 de febrero de 2000, ocho meses antes de la adopción de la Portaria SECEX No. 8/00, en los autos de mandato de seguridad interpuesto contra la Receita Federal por la retención de importación de neumáticos recauchutados, el Tribunal Regional Federal de Rio Grande del Sur de Tercer Turno, recuerda, por ejemplo, que “La Portaria No 8/91 del DECEX prohíbe la importación de bienes de consumo usados, en cuyo concepto se encuadran los neumáticos utilizados en automóviles. La aplicación de una nueva capa de caucho en los neumáticos, con su consiguiente restauración, no autoriza el entendimiento de que haya habido cambio de la naturaleza del neumático de usado a nuevo. Se aplica a la especie la Súmula No 19 de esta Corte”.

En el mismo sentido, el Cuarto Turno del mencionado Supremo Tribunal, decide, en abril de 2001 que “es legítima la restricción impuesta a la importación de neumáticos recauchutados. La norma prohibitiva de importación de bienes de consumo usados, prevista en el artículo 27 de la Portaria DECEX No 8/91 de 13/05/91, fue rectificada por la Resolución No. 23/CONAMA de 12.12.96, pero subsiste la prohibición de importación de neumáticos usados, incluidos aquí los recauchutados”.

Concluye la parte Reclamada que nunca se configuró, por parte de Brasil, una conducta capaz de fundamentar una legítima creencia de que las importaciones de neumáticos recauchutados en Brasil no estaban incluidas en la prohibición establecida por la Portaria DECEX No. 8/91, o de crear, por sí sola, obligaciones jurídicas para el País, vía *estoppel*, incluso como consecuencia de similar jurisprudencia internacional asentada, en el sentido de que el *estoppel* no podría ser invocado en beneficio de fraude, que, en este caso específico, resulta de no completar debidamente los datos exigidos por SISCOMEX, con la intención de burlar la legislación brasileña que prohíbe la importación de bienes usados.

Más específicamente, no habría habido ni declaración ni conductas brasileñas que indicasen un reconocimiento de un derecho del Uruguay a la exportación de neumáticos recauchutados hacia Brasil como consecuencia de normas del MERCOSUR. Tampoco habría evidencias que permitiesen deducir una interpretación brasileña de la Resolución No. 109/94 en ese sentido.

Además, la autonomía de los Estados Partes para legislar sobre bienes usados, resultante de compromiso por ellos asumido, no podría ser modificada por el *estoppel*.

La admisión, en la práctica, de las importaciones de neumáticos recauchutados no sería suficiente para la creación de expectativas de derecho, especialmente considerándose, que

la materia nunca fue pacífica en Brasil.

La parte Reclamada presentó, además, principios reconocidos por la Corte Internacional de Justicia, referentes a la fuerza probatoria de la práctica subsiguiente de los Estados y la no presunción de su poder de legislar.

En ese contexto, el Gobierno brasileño reitera que carece de todo tipo de fundamento la alegación de la parte Reclamante de que la Portaria SECEX No. 8/00 es incompatible con los compromisos asumidos por el país en el ámbito del MERCOSUR, y solicita al Tribunal Arbitral que rechace el Reclamo de Uruguay en la presente Controversia.

II. CONSIDERANDO

A. Objeto de la controversia.

Para Uruguay el objeto de la controversia está constituido básicamente y fundamentalmente por la Portaria No. 8 del 25 de septiembre de 2000 de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) del Ministerio de Desarrollo, Industria e Comercio Exterior por la que se dispuso que no se librarán licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados, sea como bien de consumo, sea como materia prima, clasificados en la posición 4012 de la NMC. Asimismo sostiene Uruguay que colateralmente el objeto de la controversia también lo constituyen todos los otros actos de Brasil, conectados, directa o indirectamente con la mencionada Portaria y con su ilegitimidad y consecuencias, y toda otra medida tendiente a obstaculizar el acceso al territorio brasileño y la comercialización interna de tales mercaderías.

Uruguay solicita al Tribunal Arbitral que recomiende la anulación de todas las disposiciones jurídicas y actos materiales adoptados por Brasil, que impidan u obstaculicen a empresas uruguayas la exportación hacia Brasil de neumáticos remoldeados.

Uruguay, en el Capítulo sobre "Planteamiento del caso" de su Escrito de Reclamo, estima de enorme significación subrayar lo dispuesto por el Decreto No 3919 de 14 de septiembre de 2001, que agrega al Decreto No 3179 de 21 de septiembre de 1999 el Artículo 47 A, que prevé la aplicación de una multa de R\$ 400,00 por unidad a la importación de neumáticos usados y reformados y estableciendo en su párrafo único que incurrirá en la misma pena quien comercializa, transporta, almacena, guarda o mantiene en depósito neumáticos usados o reformados, importados en esas condiciones. En el mismo Capítulo Uruguay menciona la Portaria No 133 del INMETRO de 27 de septiembre de 2001 que establece exigencias técnicas adicionales aplicables a neumáticos reformados, de cuyo cumplimiento estarán exentos los neumáticos reformados en Brasil, fabricados antes del 1 de abril de 2004.

Uruguay afirma que tanto El Decreto No 3919 como la Portaria No 133 son posteriores en el tiempo al hecho de que Brasil tomara conocimiento de que Uruguay sometería la controversia planteada a un Tribunal Arbitral. Uruguay considera que estas dos normas reseñadas a vía de ejemplo, así como toda otra norma y/o medida que Brasil haya adoptado o adopte con el mismo propósito de obstaculizar o impedir el acceso a su territorio o la comercialización interna de neumáticos remoldeados, constituyen el objeto de la presente controversia.

Brasil considera que el objeto de la controversia se encuentra limitado a las discusiones y a los planteamientos efectuados durante las etapas previas al procedimiento arbitral. Brasil sostiene que el Artículo 28 del Protocolo de Brasilia prohíbe la ampliación del objeto de la controversia en la instancia arbitral. En consecuencia, el objeto de la presente controversia se refiere exclusivamente a la Portaria SECEX No. 8/00. En cuanto al Decreto No 3919 de 2001 y a la Portaria INMETRO No 133 de 2001, Brasil sostiene que no se inscriben dentro de la misma lógica de la Portaria SECEX No. 8/00 y por lo tanto no pueden ser consideradas

como normas complementarias o modificatorias de la referida Portaria. Por otra parte, Brasil alega que Uruguay no ha individualizado las normas MERCOSUR violentadas por aquellas normas internas y que los planteos genéricos que formula Uruguay respecto a normas existentes no individualizadas o futuras normas, transforman los planteamientos en verdaderas abstracciones que atentan contra el derecho de defensa del Brasil en la instancia arbitral.

En primer lugar, el Tribunal Arbitral a los efectos de determinar el objeto de la presente controversia, se referirá a los alcances del Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia.

El Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia expresa: "El objeto de la controversia entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente".

El texto de este Artículo, interpretado de buena fe y de conformidad con el objeto y fin del tratado que lo contiene, claramente expresa que la Parte Reclamante y la Parte Reclamada determinarán el objeto de la controversia hasta y no mas allá de la presentación de los escritos de reclamación y respuesta ante el Tribunal Arbitral Ad-Hoc. (Conforme Laudo Arbitral sobre "Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos"; y Laudo Arbitral sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes del Brasil".

Elementales principios de lógica jurídica y razonabilidad imponen, frente a cada caso particular, el apreciar sí, en razón de la intensidad y alcances de las negociaciones diplomáticas, como paso previo necesario para recurrir al arbitraje, las Partes han fijado el objeto de la controversia. En este sentido, el Laudo Arbitral sobre "Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo" afirmó que "... Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas".

Sobre el particular, y de conformidad a las actuaciones obrantes en el presente procedimiento arbitral, este Tribunal no encuentra elementos suficientes que le permitan afirmar que las partes hayan convenido, fijado o determinado durante la etapa de negociaciones diplomáticas el objeto específico de la presente controversia.

Por otra parte, es evidente que todo Tribunal Arbitral dentro del sistema MERCOSUR, deberá cotejar que el objeto de la controversia materia del procedimiento arbitral, se encuentre comprendido y directamente relacionado con las temáticas discutidas en la etapa previa de negociaciones diplomáticas. En este contexto el Laudo Arbitral sobre "Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo" expresa que "...Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral...".

Es asimismo evidente que las Partes en el procedimiento arbitral podrán completar y profundizar la argumentación en que se base su reclamaciones u oposiciones iniciales en ejercicio de sus derechos de defensa. (Conforme Laudo Arbitral sobre "Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo"). A su vez el Tribunal arbitral no podrá dejar de considerar aquellas situaciones alegadas por las partes relativas a cambios en los actos jurídicos que se vinculan directamente a la materia objeto de la controversia. Sobre el particular, el Laudo Arbitral sobre "Comunicados No.37 de 17/12/97 y No.7 de 20/2/98 ..." sostuvo que, "Una solución contraria llevaría a la posibilidad de que por cambios formales sucesivos en los actos administrativos nunca se pudiera llegar a un pronunciamiento arbitral sobre el fondo."

En sustancia, el fundamento de la reclamación de Uruguay para solicitar el inicio de las negociaciones directas fue la restricción a la libre circulación de neumáticos reformados y recauchutados y ello constituyó la materia de dichas negociaciones previas; lo cual surge no sólo de la Nota No. 538/2001 ya citada, sino del documento “Reclamación de Uruguay contra Brasil por Prohibición de Importación de Neumáticos” anexa a la Nota No.1119/2001, por la cual Uruguay solicitó a la Presidencia Pro-Tempore del GMC la inclusión de tal controversia en la subsiguiente Agenda del GMC, peticionando que “se anulen por parte del Brasil todas las medidas que prohíben la importación de neumáticos recauchutados o remodelados desde Uruguay, en especial la Portaria No. 8/00 de 25 de septiembre de 2000. Si bien esta Portaria No. 8/00 fue la única citada por Uruguay en esa etapa como afectando la restricción a la libre circulación de neumáticos reformados o recauchutados de origen intra-zona en el Brasil, ello fue debido al hecho de que las otras normas en cuestión no existían al momento en que Uruguay notificó formalmente su decisión de iniciar el procedimiento arbitral.

Por su parte, el Decreto No. 3019/01 de 21/9/01 dictado por la Presidencia de Brasil, agrega una norma al Decreto No. 3179 de 21 de setiembre de 1999, la del art. 47-A, que prohíbe la importación de neumáticos usados o reformados.

El Tribunal encuentra que Uruguay no fundamenta se alegación sobre la invalidez del Decreto No. 3019/01 con argumentos independientes de los que expresa para fundamentar la invalidez de la Portaria No. 8/00.

Por lo tanto, el Tribunal observa que la definición sobre la compatibilidad o incompatibilidad respecto a la normativa MERCOSUR del Decreto No 3901 de 2001 está directamente condicionada a la determinación de la compatibilidad o incompatibilidad de la Portaria SECEX No. 8/00 con aquella normativa. Por tal razón, la compatibilidad o incompatibilidad del antedicho Decreto no será considerada como parte del objeto de la presente controversia, si bien su conformidad con la normativa MERCOSUR, dependerá del resultado a que este Tribunal arribe sobre el fondo de la cuestión planteada, es decir la Portaria SECEX No. 8/00 .

Con respecto a la Portaria INMETRO No. 133/01 de 27/9/2001, cabe efectuar las siguientes consideraciones. Dicha Portaria, que tiene por finalidad proteger la seguridad del consumidor, aprueba un reglamento técnico a ser observado para los neumáticos reformados comercializados en el país. La problemática que presenta la antedicha Portaria amplía el contenido de las materias y temas inicialmente planteados por Uruguay. Por otra parte Uruguay se refiere a esa Portaria en forma genérica y para ejemplificar una política comercial brasileña que se expresa en la Portaria No. 8/00, que es, como lo han reconocido las Partes, el objeto no discutido de la presente controversia. Por lo tanto, la Portaria INMETRO No. 133 de 2001 no puede ser considerada dentro del objeto de la presente controversia, si bien su conformidad con la normativa MERCOSUR, también dependerá del resultado a que este Tribunal arribe sobre el fondo de la cuestión planteada, es decir la Portaria SECEX No. 8/00.

En cuanto a otros eventuales “actos normativos o medidas” que directa o indirectamente impidan el acceso al mercado brasileño de neumáticos reformados o recauchutados, genéricamente aludidos pero no especificados en la presentación de Uruguay, no pueden integrar el objeto de la controversia en razón de su inespecificidad y grado de abstracción.

B. Derecho aplicable

1). El marco normativo general.

a. Introducción

El Artículo 19 del Protocolo de Brasilia establece las fuentes del derecho del MERCOSUR que deberá aplicar todo Tribunal Arbitral en la solución de las controversias que se le sometan.

En el presente caso, es de relevancia el para.1 del Artículo 19 que establece que, “El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia...”. Esta norma determina la aplicación, para la solución de controversias a través de los procedimientos arbitrales, de un derecho considerado originario, es decir el Tratado de Asunción y sus Anexos y los acuerdos entre Estados; y de un derecho derivado conformado por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común, a las que de conformidad con el Artículo 41 de Protocolo de Ouro Preto se agregan, las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR. A más de la normativa específicamente del MERCOSUR, el Tribunal está obligado, a observar, en la medida que sean de aplicación a la materia en conflicto, las normas y principios de derecho internacional.

Es decir que, en cuanto a la aplicación de las normas del sistema MERCOSUR como así también en la interpretación y efectivización de los fines del Tratado de Asunción, deberá el Tribunal tener en cuenta la utilización de criterios integradores de la normativa MERCOSUR con las normas y principios que regulan el derecho internacional. En este sentido, el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del MERCOSUR a “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia”. (Conforme Laudo Arbitral sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”).

b. El tratamiento de las restricciones al libre comercio

Respecto a la eliminación de restricciones según la normativa fundacional del MERCOSUR, el Artículo 1 del Tratado de Asunción expresa que, “...Este Mercado Común implica - La libre circulación de bienes, servicios y 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 de cualquier otra medida equivalente...”.

De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 2, b) del Anexo I al Tratado de Asunción, se entenderá 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...”.

La prohibición de imposición de restricciones o “medidas de efecto equivalente” en el MERCOSUR posee un carácter absoluto, o sea, no puede ser empleada por un Estado miembro aunque la “medida” no se destine a la discriminación del producto extranjero. Ese tipo de norma es esencial en un sistema de integración regional

Todas las restricciones y medidas de efecto equivalente constituyen barreras y obstrucciones al comercio y son incompatibles con el libre comercio y la formación de un mercado común.

c. Principios generales en materia de integración

Una cuestión importante para los Estados es la compatibilidad entre el libre comercio y las normas internas de comercialización de productos. Frente a esta problemática los Estados deben siempre tener presente que las razones invocadas por las autoridades nacionales, aunque relevantes, están sujetas *al principio de la proporcionalidad*, o sea, por la lógica del proceso de integración no se admiten trabas al comercio para la protección de bienes que podría ser obtenida por medios menos restrictivos, como por ejemplo, informar al consumidor acerca del producto que está comprando, sus especificidades y cualidades.

Otro tema fundamental de la lógica integracionista es el que se refiere a la existencia de una reserva de soberanía que permite a los Estados Miembros del MERCOSUR la imposición de barreras por decisión unilateral. Sin embargo en el presente caso no está en juego la aplicación de una reserva de soberanía en razón de que el Tratado de Asunción limita las causales de reserva a las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980.

Otro principio que debe tenerse en cuenta es el de la *razonabilidad*, vale decir que las acciones de las autoridades de los Estados Miembros no pueden exceder el margen de lo necesario para alcanzar los objetivos propuestos. En otras palabras, esas acciones no pueden ser arbitrarias y no pueden violentar los principios de la libre circulación. El principio de la razonabilidad 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.

El "*principio de la previsibilidad comercial*" también se impone en este caso. La certeza jurídica, claridad y objetividad son condiciones imprescindibles y reglas generales para las actividades comerciales de los Estados Miembros y son elementos esenciales para la confianza en el mercado común.

Para el Tribunal, los principios aquí referidos de la "proporcionalidad", "limitación de la reserva de soberanía", "razonabilidad" y de la "previsibilidad comercial" dan fundamento al Mercado Común del Sur. Son elementos esenciales de la cooperación entre los Estados Miembros, 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.

El tribunal se aboca a continuación a la evaluación de las normas relevantes para la solución de la presente controversia

2). El marco normativo particular

a. La Portaria No. 8/00

La Reclamante alega que la Portaria No 8/00 viola la normativa MERCOSUR. Sostiene que es contraria al Tratado de Asunción y a la Decisión No. 22/00 del Consejo del Mercado Común. Asimismo alega que la Portaria violenta principios generales de derecho.

En la evaluación de la legislación interna y en el análisis de la práctica del Brasil, el Tribunal aclara que solo tiene por objeto el ponderar su adecuación o no a la normativa MERCOSUR en el presente caso.

La Portaria No. 8/00 dispuso que no se liberarán licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados, sea como bien de consumo, sea como materia prima, clasificados en la posición 4012 de la Nomenclatura Común MERCOSUR.

Antes de la vigencia de la Portaria No. 8/00, de acuerdo a lo alegado por Uruguay, la legislación interna del Brasil establecía, a través de la Portaria No 8 del 13 de mayo de 1991, una prohibición a la importación de neumáticos usados clasificados en la Subposición NCM 4012.20, no así a la importación de los neumáticos clasificados en la Subposición NCM 4012.10 (neumáticos recauchutados). De llegar a probar Uruguay su reclamo, la Portaria No. 8/00 habría establecido una ampliación de la prohibición contenida en la Portaria No. 8/91, que solamente comprendería a los neumáticos usados y que ahora se extendería a los neumáticos recauchutados. Es esta nueva prohibición contenida en la Portaria No. 8/00 la que Uruguay considera como violatoria de la normativa MERCOSUR y de los principios de derecho internacional aplicables sobre la materia.

Por su parte, Brasil sostiene que la Portaria No. 8/00 no modifica los alcances de la Portaria No. 8/91. La Portaria No. 8/91 prohibía la importación de bienes de consumo usados. Siendo para Brasil los neumáticos recauchutados, neumáticos usados, aquellos quedaban comprendidos dentro de la prohibición de importación.

Uruguay argumenta que el marco normativo vigente en Brasil con anterioridad al dictado de la Portaria No. 8/00 permitió la importación de neumáticos remoldeados provenientes de Uruguay. El fundamento de su argumentación lo articula sobre la base del criterio con el que dicho marco normativo fue aplicado por los órganos competentes brasileños.

El Tribunal considera, en razón de la prueba documental presentada, que la autorización de importaciones de neumáticos remoldeados provenientes del Uruguay generó un importante, continuo y creciente flujo comercial. Este flujo fue avalado tanto por la práctica como por las opiniones y posiciones asumidas por diversos órganos públicos brasileños.

En este contexto, Uruguay demuestra que la Portaria No. 8, de 13 de mayo de 1991, en primer lugar prohibió la importación de bienes de consumo usados (Recaudos I, doc. 2). Fue, sin embargo, seguida de la Portaria No. 1, de 9 de enero de 1992, que permitió la importación de neumáticos usados como materia prima para la industria de recauchutaje con un procedimiento de control de destino de tales neumáticos (Recaudos I, doc. 14). A continuación, la Portaria No. 18/92, de 13 de julio de 1992, que derogó la Portaria anterior, volviéndose a aplicar la Portaria No. 8/91 y la consiguiente prohibición de importación de neumáticos usados (Recaudos I, doc. 15).

El 19 de setiembre de 2000, se informó a los operadores de comercio exterior brasileño, por medio del SISCOMEX, que comenzaban a exigirse licencias de importación previa para neumáticos recauchutados clasificados en la posición 4012 de la NCM (Recaudos I, doc. 16).

El 25 de setiembre de 2001, la Portaria No. 8/00 de la SECEX derogó la Portaria No. 18/92 de la DECEX, disponiendo que no serían concedidas licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados, tanto como bienes de consumo, tanto como materia prima, clasificadas en la posición 4012 de la NCM.

De esa forma, antes de la Portaria No. 8/00, los neumáticos remodelados podían ingresar al Brasil por la Subposición 4012.10. La única prohibición de importación se refería a neumáticos usados (Portaria No. 8/91) y, dada la exportación efectiva ininterrumpida de tal mercadería por Uruguay a Brasil durante un lapso prolongado que precedió a la Portaria No. 8/00, El Tribunal entiende que las autoridades brasileñas nunca consideraron a los neumáticos recauchutados como neumáticos usados, no incluyéndolos en la prohibición que alcanzaba a estos últimos.

La admisión por las autoridades brasileñas de las importaciones de neumáticos remodelados puede ser ilustrada con algunos ejemplos, presentados por la Parte Reclamante:

-a) Nota de 6 de abril de 1998 de la División de Legislación Nacional (DILEG) de la Coordinación General del Sistema Aduanero (COANA) de la Secretaría da Receita Federal, que llegó a la conclusión de que las Subposiciones 4012.10 (neumáticos recauchutados) y 4012.20 (neumáticos usados) no se confunden ni guardan entre sí relación de género y especie (Recaudos IV - doc. 20);

-b) Parecer 18/98 de la COANA (presentado por Uruguay – Recaudos IV Doc. 20) pretendió “dirimir dudas suscitadas por entidades aduaneras de la Secretaría de la Receita Federal sobre la importación de neumáticos recauchutados “ante la Resolución Interministerial MF/MIC 3/95 y el Parecer 522 MMA/CONJUR/COAJ/97”, afirmando que usados y recauchutados no se confunden y no guardan entre sí ninguna relación de género ni especie, no aplicándose la prohibición de importación de neumáticos usados a que hace mención la Res. 23/96 del CONAMA.

-c) Carta No 154/00, de 6 de octubre de 2000, del MDIC, presentada por Uruguay (Recaudos V, doc. 31), dice expresamente que “no se puede afirmar que neumático remodelado sea neumático usado”, confirmando lo expresado por la posición de INMETRO (Recaudos V, doc.32).

-d) Nota del Departamento Técnico de Aranceles del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en respuesta a consulta paraguaya, que afirmó expresamente que las importaciones brasileñas de neumáticos recauchutados no están sujetos a restricciones de carácter legal o administrativo (Recaudos IV, doc. 21);

-e) Consulta 32/98 ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR, presentada a Brasil por Argentina, Uruguay y Paraguay, con respecto al Proyecto de ley sobre régimen de control y destrucción o reciclaje de neumáticos inservibles, que se convirtió en Resolución CONAMA n° 258, de 26 de agosto de 1999 (Recaudos V – doc. 22).

-f) La distinción entre neumáticos usados y reformados en materia de protección ambiental y régimen de importación también es afirmado por el CONAMA en su Resolución 23, de 12 de diciembre de 1996, que determinó que los residuos inertes no están sujetos a restricciones de importación, salvo los neumáticos usados (Recaudos V. doc. 29);

El Tribunal destaca asimismo la relevancia de algunas manifestaciones de órganos e institutos técnicos públicos y privados referentes al permiso de importación de neumáticos recauchutados (y la no extensión a estos de la prohibición concerniente a los neumáticos usados), en la determinación de la práctica brasileña sobre la materia:

-a) Respuesta del Departamento Técnico de Intercambio Comercial del Ministerio de la Industria, Comercio y Turismo – Secretaría de Comercio Exterior, Nota Técnica No. 23/95 a una consulta de Paraguay sobre importación de neumáticos recauchutados por la que se informa que no está prohibida en Brasil la importación de neumáticos recauchutados (Recaudos IV, doc. 21).

-b) Respuesta de INMETRO a la consulta de la Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados (Recaudos V, doc. 31), que definió “neumático remodelado” como “neumático reconstituido a través de la sustitución de la banda de rodado, de los ‘hombros’ y de toda la superficie de sus flancos”, y “neumático usado” como “neumático que fue sometido a todo tipo de uso y/o desgaste”, afirmando que no se pueden confundir;

-c) Nota Técnica de INMETRO sobre neumáticos reformados objeto de la Portaria No. 8/00 (Recaudos V, doc. 32), que reiteró su distinción con respecto a neumáticos usados;

- d) Parecer del Instituto de Pesquisas Tecnológicas del Estado de São Paulo, de 24 de noviembre de 1997, que reafirmó tal distinción (Recaudos V, doc. 33);

-e) Parecer de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Medio Ambiente, Recursos Hídricos y Amazonia Legal, de 12 de enero de 1998 (Recaudos, V, doc. 34), que concluyó que “la preocupación ambiental se restringe a la importación de neumáticos usados” y que la importación de neumáticos reformados no está prohibida por la Resolución CONAMA 23/96.

Brasil sostiene respecto a las precedentes normas, dictámenes, informes y otros actos de órganos de la administración que se trata de opiniones y pareceres provenientes de diferentes sectores de la administración pública que no tienen competencia específica para la reglamentación de la política sobre comercio exterior del país.

Cabe recordar que, el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, que codifica derecho consuetudinario, expresa que, para el derecho internacional, la conducta de cualquier órgano del Estado será considerada como un acto del Estado, así fuera que el órgano ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o cualquier otra función, cualquiera sea la posición que ocupe en la organización del Estado, y cualquiera sea su carácter como órgano del gobierno central o de una unidad territorial del Estado. (Conforme Artículo 4 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53ava sesión, Noviembre 2001)

En consecuencia, el Tribunal considera que todos esos actos de la administración son imputables al Brasil en razón de que de la sumatoria de estos, formaliza una práctica interna que confirma la interpretación de la Reclamante dada a la Portaria No. 8/91.

Por lo tanto, la Portaria SECEX No. 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 GMC 109/94 y la Decisión CMC 22/00

La Reclamada en su Escrito de Respuesta sostiene que la Resolución GMC N°109/94 constituye una excepción a la normativa genérica del MERCOSUR.

El Brasil alega que la Resolución del Grupo Mercado Común No. 109/94 de 15 de febrero de 1994 remite el tratamiento de los bienes usados a las legislaciones nacionales -inclusive en lo que respecta a la clasificación de los bienes considerados como tales-, agregando que no puede catalogarse de arbitraria la calificación de los neumáticos recauchutados o remoldeados como “usados”, desde que el proceso técnico correspondiente así lo supone.

Este Tribunal observa que la Resolución 109/94 establece una excepción al régimen general del Tratado de Asunción respecto de bienes usados, que como toda excepción a una regla general deberá ser interpretada restrictivamente. En este contexto es relevante tener presente cual ha sido la legislación interna del Brasil relativa a la importación de neumáticos recauchutados (remoldeados) provenientes del Uruguay.

Según sostiene Brasil en su escrito de respuesta la Portaria No 8/91 prohíbe la importación de neumáticos usados, entre los que quedaron incluidos los neumáticos recauchutados. La Portaria No 8/00 solamente interpreta la Portaria No. 8/91 a efectos de aclarar confusiones producidas a partir de la operativa observada entre los importadores.

Sobre el particular, Uruguay sostiene en cambio que, sin desconocer que ha consagrado una excepción al principio general del artículo 1 del Tratado de Asunción, la Resolución No. 109/94 mencionada, no habilita a un Estado Parte a modificar arbitrariamente el alcance de lo

que el propio Estado Parte había dado al concepto de neumático “usado” durante un extenso lapso –diferente a “recauchutado” o “remoldeado”-; y que, tratándose de una excepción al régimen de libre comercio de mercaderías, debería interpretarse con criterio restrictivo y no extensivo.

El Tribunal afirma, como ya lo ha establecido, que la práctica del Brasil durante los últimos años avala el hecho de que los neumáticos recauchutados (remoldeados) importados del Uruguay no se encontraban incluidos dentro de la prohibición genérica contenida en la Portaria No. 8/91. Esta práctica, como fuera expresado, se encuentra consentida por reiterados actos concluyentes emanados de órganos y entes públicos imputables al Estado Brasileño.

Así es que, desde prácticamente la entrada en vigencia de la Portaria SECEX No. 8/91 de 13 de mayo de 1991 Brasil de hecho ha tratado a los neumáticos “recauchutados” o “remoldeados” como una categoría diferente respecto de la de los “nuevos” y la de los “usados”, tratamiento que mantuvo durante un prolongado lapso incluso después de la Resolución GMC No.109/94, incentivando con ello el desarrollo de un flujo comercial intra-zona de neumáticos remoldeados.

En el año 2000 dicho flujo era relevante y regular. El acuerdo de los Estados Partes del MERCOSUR para eliminar los gravámenes y demás restricciones aplicadas en su comercio recíproco previsto en el artículo 1 del Anexo I del Tratado de Asunción había quedado fijado por el Programa de Adecuación Final, para el 31/12/99, quedando entonces consagrado el principio de la libre circulación de bienes en el territorio del MERCOSUR.

Considerando este Tribunal que al momento de dictarse la Portaria No. 8/00, Brasil no prohibía la importación de neumáticos recauchutados (remoldeados) provenientes del Uruguay, cabe preguntarse si esa Portaria es compatible con la normativa MERCOSUR.

Para el Tribunal, La Resolución 109/94 constituye una modificación del régimen general establecido en el Tratado de Asunción respecto a la importación de bienes usados.

Debe tenerse en cuenta que la Resolución 109/94 establece una excepción definida con anterioridad al relanzamiento del MERCOSUR. Por lo tanto, su aplicación como excepción relativa la régimen aplicable a bienes usados, continúa aun después de dicho relanzamiento.

A la fecha de dictarse la Portaria No. 8/00 estaba -y sigue hoy día - vigente la Resolución 109/94 que habilita a los Estados Partes a aplicar sus legislaciones internas a efectos de regular la circulación intra-zona de bienes usados.

Sin embargo, ya a mediados de 2000, se constata, de lo alegado y probado por las Partes en sus escritos y en los documentos presentados ante el Tribunal, la existencia de un flujo comercial en Brasil de neumáticos recauchutados importados de Uruguay que integran el universo de bienes afectados a la libre circulación.

Respecto a la Decisión N° 22/00 sobre “Acceso a los Mercados” del Consejo del Mercado Común, aprobada el 29 de junio de 2000, está expresa que “Los Estados Partes no adoptarán ninguna medida restrictiva al comercio recíproco, cualquiera sea su naturaleza, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 2 literal b) del Anexo I al Tratado de Asunción”

La Decisión No. 22/00 reafirma el carácter vinculante de la prohibición de alterar el flujo comercial existente a la fecha de su aprobación. Esta Decisión opera como una fecha crítica a efectos de limitar los alcances de la Resolución No. 109/94 respecto a bienes usados que, de conformidad a la legislación interna de cada Estado se encontraban a la fecha de su aprobación, incorporados al esquema de libre circulación entre los Estados Partes, es decir, entre Brasil y Uruguay.

En tal contexto, El Tribunal considera que no puede afirmarse, como lo hace Brasil, que la Decisión CMC No 22/00 es totalmente irrelevante o ajena a este caso. Si bien la misma reafirma una política ya explícita del MERCOSUR, no se trata de una mera declaración sino de un mensaje del órgano conductor del proceso de integración en el sentido de que, asegurado el principio de la libre circulación de bienes en el MERCOSUR, las reglas de juego que regían el flujo del comercio intra-zona a ese momento no podían restringirse por ninguna medida de cualquier naturaleza mediante la cual un Estado parte impidiese o dificultase por decisión unilateral, el comercio recíproco. Y en ese sentido, aunque en abstracto y desde un punto de vista puramente técnico pudiese no resultar arbitraria la calificación propuesta por el Brasil para los neumáticos recauchutados o remoldeados, resulta claro que en un proceso de integración –cualquiera sea el estadio de desarrollo en que se encuentre- no pueden variarse las reglas de juego en cualquier momento: la oportunidad en que Brasil lo hizo, implicaba una vía indirecta de restricción indebida a la libre circulación de bienes intra-zona, ya consolidado a través de la propia legislación brasileña.

Así es que, si a la fecha de aprobación de la Decisión 22/00, no existía en la legislación interna de Brasil una prohibición a las importaciones de neumáticos recauchutados (remoldeados) provenientes de Estados Miembros del MERCOSUR, es evidente que con posterioridad a esa fecha, Brasil no podía imponer restricción alguna que afectase dicho comercio.

La Decisión 22/00 no modifica los alcances de la Resolución 109/94 en forma genérica sino que opera como una garantía del flujo del comercio intra-zona de bienes usados existente a esa fecha. El contenido de la Decisión 22/00 condiciona la capacidad de los Estados Partes de alterar o modificar a partir de la fecha de su aprobación, los alcances de sus legislaciones internas en cuanto a la imposición de nuevas restricciones al comercio de bienes usados existente.

c. Los principios Generales de Derecho: el *estoppel*.

La Portaria No. 8/00 contradice asimismo principios generales del derecho internacional, mentados en el Protocolo de Brasilia (artículo 19) como fuente de derecho aplicable por los Tribunales Arbitrales para la solución de controversias.

Uruguay afirma que la Portaria No. 8/00 contraría: a) lo que fue la práctica comercial constante hasta su sanción, esto es, la exportación regular de neumáticos reformados desde Uruguay (y otros países) hacia Brasil; b) la interpretación y aplicación del marco normativo hasta entonces vigente, aplicada y ejecutada por diversos órganos del Estado brasileño, que habilitaba la referida práctica comercial. Sostiene Uruguay que la colisión de la Portaria No. 8/00 con los dos elementos que vienen de señalarse, configura un ilegítimo “*venire contra factum proprium*” por parte de Brasil.

La Parte Reclamada no niega que haya existido la corriente comercial invocada por la Reclamante. Observa sin embargo que dicha corriente comercial surgió y se mantuvo, pese a la prohibición de importar neumáticos usados consagrada por la Portaria No. 8/91 de 13 de mayo de 1991, porque los importadores brasileños retacearon deliberadamente sus declaraciones en la documentación de las correspondientes operaciones de comercio exterior. Tanto importadores como fabricantes de neumáticos reformados se aprovecharon de la existencia de dos clasificaciones tarifarias para neumáticos usados (NCM 4012.10 y NCM 4012.20) para obtener de hecho un indebido recorte de la eficacia de la Portaria No. 8/91, cuyos verdaderos alcances la Portaria No. 8/00 no habría hecho más que aclarar y precisar.

Sobre el particular Brasil concluye que no es aplicable el principio del *estoppel*, ya que no hubo de su parte un comportamiento constante e inequívoco que pudiese generar derechos

ni alentar expectativas uruguayas en materia de exportaciones a Brasil de neumáticos recauchutados. Cita en este sentido una opinión doctrinaria según la cual el comportamiento del Estado culpable de *estoppel* debe suscitar en los terceros no la mera representación de una apariencia, sino una verdadera convicción equivocada. En la especie, reitera la Reclamada, esa convicción nunca pudo surgir, habida cuenta de lo polémico y controvertido que el tema fue siempre en Brasil.

Para el Tribunal la definición generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia internacional expresa, de acuerdo al Segundo Informe sobre los Actos Unilaterales de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que el *estoppel* y, por consiguiente, el carácter obligatorio de las declaraciones de un Estado que le obligan 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. (Conf. "Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États" (www.un.org/law/ilc/sessions/51/french/500.pdf). Genève, 1999).

Queda claro que la corriente comercial de importación por Brasil de neumáticos reformados provenientes de Uruguay y otros países efectivamente existió; y ello, pese a que la Portaria No. 8/91 prohibía la importación de neumáticos usados, dentro de los cuales no se incluían a los remoldeados.

Entiende el Tribunal que Brasil no puede restarle significación ni trascendencia a ese hecho que existió durante varios años, con el argumento de que los importadores omitieron declarar la información que hubiese hecho aplicable la prohibición ya encartada –según ahora sostiene Brasil– en la Portaria No 8/91. No se trata de algunas importaciones aisladas o esporádicas, sino de un flujo comercial que después de la sanción de la Portaria No8/91 se fue incrementando hasta la adopción de la Portaria No. 8/00. No se trata tampoco de operaciones cuasi clandestinas, sino de un tráfico que, según afirma la propia Reclamada, suscitó controversias en Brasil. Surge de autos que diversos órganos del Estado brasileño –entre los que se cuenta una dependencia de la Secretaría da Receita Federal–, adoptaron diversas providencias al respecto. En estas condiciones el Estado brasileño no puede alegar que ignoraba el hecho de que, estando vigente la Portaria No. 8/91, que prohibía la importación de neumáticos usados, empresas de Uruguay y de terceros países exportaban normal y reiteradamente a Brasil neumáticos recauchutados. Ese hecho es relevante, obviamente, a los efectos de imputar actos concluyentes de agentes y órganos públicos estatales al Brasil. Brasil en los hechos, confirmó su aquiescencia a la importación de neumáticos remoldeados independientemente de que a *a posteriori* pretendiera alegar que la Portaria No 8/91 incluía en el concepto de neumáticos usados, a los neumáticos remoldeados.

Aún en el marco de las opiniones doctrinarias citadas por la Reclamada, el Tribunal entiende que la señalada concurrencia de elementos contestes –tráfico comercial, declaraciones oficiales, a más de los concordantes actos concluyentes de órganos del Estado justifican la invocación del principio del estoppel que realiza la Parte Reclamada. Pero debe señalarse que, a su juicio, el hecho de que la cuestión en debate se plantee en el seno de un proceso de integración como el que el MERCOSUR se propone realizar, debe facilitar la aplicación de los principios jurídicos que protegen la confianza y por consiguiente vedan el "venire contra factum proprium".

La aplicación de la teoría del acto propio a las relaciones entre Estados vinculados por tratados de integración económica como los que constituyen y desarrollan el MERCOSUR, no puede hacer abstracción de la especial relación que tales tratados crean entre sus signatarios. La existencia de esta relación básica, constituida por un tratado y desarrollada luego a través de los años por otros actos jurídicos así como por actividades comerciales y productivas, debe ser tenida en cuenta al considerarse la posibilidad de aplicar a una situación particular, la teoría del acto propio o *estoppel*, a efectos de asegurar la subsistencia

de un flujo comercial preexistente a normativas internas que pretenden restringir o frustrar ese flujo.

A la luz de estas consideraciones, no son de recibo las alegaciones de la Parte Reclamada que pretenden negar relevancia jurídica a una corriente comercial sostenida durante varios años, y reconocida por sus propios órganos en declaraciones oficiales vertidas en el seno del MERCOSUR.

III. CONCLUSIONES

En razón de las anteriores consideraciones el Tribunal concluye que:

- a) a) existió durante la década del noventa, específicamente a partir de 1994/95 un flujo comercial hacia Brasil de neumáticos recauchutados (remoldeados) provenientes de Uruguay, compatible con la legislación interna de Brasil aplicada a partir de la Portaria No. 8/91;
- b) b) que a partir de actos concluyentes de distintos órganos públicos del Estado Brasileño, quedó acreditado que los neumáticos recauchutados (remoldeados) no fueron considerados como usados y por lo tanto no quedaron comprendidos en la prohibición de importación de neumáticos usados;
- c) c) que la Decisión 22/00 impone a los Estados Partes la obligación de no adoptar medidas restrictivas al comercio recíproco;
- d) d) que la Portaria No. 8/00 es posterior a la Decisión 22/00, e impone nuevas restricciones al comercio recíproco existente;
- e) e) que la Resolución No. 109/94 CMC es una excepción al esquema del Artículo 1 del Tratado de Asunción y al Artículo 1 de su Anexo, condicionada al contenido de la Decisión CMC No. 22/00 que, en el presente caso, limita los alcances de la antedicha Resolución respecto a bienes usados admitidos en el comercio recíproco existente al momento de su adopción;
- f) f) que independientemente del hecho de no ser compatible con la decisión CMC No.22/00, la Portaria No. 8/00 contradice principios generales del derecho, especialmente el principio del *estoppel*, cuya aplicación en el presente caso reafirma los postulados básicos relativos al objeto y fin del Tratado de Asunción.

IV. DECISIÓN

Por todo lo expuesto y de acuerdo con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto, las normas y principios jurídicos aplicables y las Reglas de Procedimiento del Tribunal, este Tribunal Arbitral Ad Hoc en la controversia sobre "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay", por las razones antes expuestas y sobre la base de la fundamentación jurídica desarrollada en los precedentes considerandos, DECIDE:

1. Por unanimidad, que la Portaria No 8 del 25 de septiembre de 2000 de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) del Ministerio de Desenvolvimento, Industria y Comercio Exterior, es incompatible con la normativa MERCOSUR. Brasil deberá en

consecuencia, adaptar su legislación interna en consideración a la antedicha incompatibilidad.

2. Por unanimidad, disponer que los costos y costas del proceso sean abonados de la siguiente manera: Cada Estado se hará cargo de los gastos y honorarios ocasionados por las actuaciones del árbitro por el nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, dentro de los treinta días de la notificación del Laudo;
3. Por unanimidad, disponer que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;
4. Por unanimidad, y de conformidad con el Artículo 21 (2) del Protocolo de Brasilia y con el Artículo 18 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal, las Partes tienen 60 días desde su notificación para cumplir con el Laudo.

Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publíquese.

Raúl Emilio Vinuesa
Arbitro Presidente

Maristela Basso
Arbitro

Ronald Herbert
Arbitro

LAUDO VII

**LAUDO ARBITRAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DE MERCOSUR
CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA CONTROVERSI A PRESENTADA POR LA
REPÚBLICA ARGENTINA A LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL 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”**

En la Ciudad de Asunción del Paraguay a los diecinueve días de abril de dos mil dos, el Tribunal Arbitral “ad hoc” del Mercosur constituido para decidir la controversia entre la REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL 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”.

VISTO:

Para laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral “ad hoc” del MERCOSUR relativas a la controversia entre la REPÚBLICA ARGENTINA y la REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL 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”

RESULTANDO:

1. TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral “ad hoc” constituido para entender en la presente controversia, de conformidad con lo establecido en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, de 17 de diciembre de 1991, se encuentra integrado por los Señores Árbitros Ricardo Olivera García (Árbitro Presidente), Héctor Masnatta y Guido Fernando Silva Soares, nacionales respectivamente de la República Oriental del Uruguay, República Argentina y República Federativa del Brasil.

2. PARTES

Son Partes en este Procedimiento Arbitral la República Argentina y la República Federativa del Brasil.

En escrito de reclamo la República Argentina designó como representante a la Ministra María Cristina Boldorini y como representantes alternos a la Dra. Susana Czar de Zalduendo y al Lic. Adrián Makuc, en tanto la República Federativa del Brasil, en su respectivo escrito de respuesta, designa como representante, al Primer Secretario Carlos Márcio Bicalho Cozendey.

3. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

- 3.1. Con fecha 14 de noviembre de 2001 la República Argentina comunicó al Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR la decisión del Gobierno de la República Argentina de iniciar el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, contra la República Federativa del Brasil con relación a la diferencia planteada entre ambos Estados 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”.
- 3.2. Con fecha 27 de diciembre de 2001, en Acta de Sesión N° 1, se declaró constituido, instalado y en funciones este Tribunal Arbitral “ad hoc” para entender en la controversia referida, estando compuesto por los Señores Árbitros mencionados, declarándose que la Presidencia será ejercida por el Doctor Ricardo Olivera García de acuerdo con lo establecido en el artículo 9, numeral 2, párrafo i) del Protocolo de Brasilia.
 - 3.3. Los integrantes del Tribunal Arbitral examinaron los antecedentes proporcionados por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y hallaron, recíprocamente, la buena y debida forma de sus respectivas designaciones como Árbitros, acorde al Protocolo de Brasilia para la solución de controversias y su Reglamento. Se comprobó que los tres Árbitros aparecen incluidos en la lista establecida en el artículo 10 del Protocolo de Brasilia, habiendo suscrito cada uno de ellos la declaración requerida en el artículo 16 del Reglamento del Protocolo de Brasilia.
 - 3.4. En el mismo acto fueron adoptadas por el Tribunal Arbitral las Reglas de Procedimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 del Protocolo de Brasilia y el artículo 20 del Reglamento al Protocolo de Brasilia.
 - 3.5. Con fecha 4 de enero de 2002, la República Argentina presentó, en tiempo y forma, escrito de reclamo en la controversia de referencia, el que el Tribunal Arbitral tuvo por presentado en Providencia de la misma fecha.
 - 3.6. Con fecha 11 de enero de 2002 la República Federativa del Brasil solicitó prórroga por treinta (30) días del plazo para contestar el reclamo efectuado, prestando su conformidad la Parte reclamante al otorgamiento de dicha prórroga.
 - 3.7. Por Providencia de fecha 14 de enero de 2002, y de conformidad con la Parte reclamante, el Tribunal Arbitral concedió la prórroga solicitada por la República Federativa del Brasil, quien presentó con fecha 8 de febrero de 2002 su escrito de contestación al reclamo efectuado por la República Argentina.
 - 3.8. Con fecha 1º de marzo de 2002, se celebró, debidamente convocada, Audiencia a los efectos de diligenciar la prueba testimonial ofrecida, en forma conjunta con la Audiencia establecida en el art. 15 de las Reglas de Procedimiento. En dicha Audiencia el Tribunal Arbitral resolvió tener por admitidas las pruebas documentales presentadas por las Partes, y se procedió a interrogar a los testigos propuestos y a realizar por su orden las respectivas alegaciones orales de las Partes.
 - 3.9. En la misma Audiencia, las Partes de común acuerdo, acordaron extender hasta el 19 de abril de 2002 el plazo del Tribunal para el pronunciamiento del Laudo Arbitral.
 - 3.10. En la misma Audiencia, de fecha 1º de marzo de 2002 la República Federativa del Brasil solicitó la incorporación de prueba documental adicional, solicitud que fue fundada en escrito fecha 5 de marzo de 2002.
 - 3.11. Por Providencia de fecha 15 de marzo de 2002, el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad no hacer lugar a la solicitud de incorporación de prueba documental adicional efectuada por la República Federativa del Brasil.
 - 3.12. Presentadas en tiempo y forma las respectivas Memorias Finales por las Partes, los antecedentes pasaron al Tribunal Arbitral para resolución.

4. ALEGACIONES DE LA PARTE RECLAMANTE

- 4.1. La República Argentina como Parte Reclamante ante este el Tribunal Arbitral destaca dos aspectos de la controversia sometida a decisión:
 - a) Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios similares argentinos al mercado brasileño,
 - b) No incorporación de las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 al ordenamiento jurídico brasileño.
- 4.2. Alega que la República Federativa del Brasil incumple con la obligación de incorporar a su ordenamiento interno la normativa MERCOSUR adoptada cuatripartitamente, en materia de Facilitación del Comercio de Productos Fitosanitarios para el MERCOSUR.
- 4.3. Dicha actitud de la República Federativa del Brasil viola el principio de libre circulación de bienes en la región, impidiendo el acceso a su mercado de productos fitosanitarios similares de los Estados Partes, al establecer obstáculos derivados de la imposición de restricciones registrales que fueron eliminadas al acordarse un sistema de registro abreviado.
- 4.4. Alega asimismo que la República Federativa del Brasil incumple con la obligación de reciprocidad, dado que la República Argentina y los demás Estados Partes del MERCOSUR han observado los compromisos sobre facilitación del comercio de productos fitosanitarios.
- 4.5. Con la finalidad de garantizar el uso de insumos eficaces y seguros para la producción agrícola, los Estados Partes armonizaron los requisitos técnicos para la evaluación y el registro de productos fitosanitarios similares. En tal sentido acordaron un procedimiento de registro abreviado para el MERCOSUR.
- 4.6. Este sistema de registro abreviado para los productos fitosanitarios similares fue incorporado a los ordenamientos jurídicos de Argentina, Paraguay y Uruguay. En Brasil, la legislación vigente no distingue, a los fines del registro, entre productos nuevos (absolutamente desconocidos) y productos similares ya registrados en Brasil exigiéndose para el registro de ambos tipos de productos los mismos requisitos.
- 4.7. Establece que, conforme a las características del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, las normas aprobadas cuatripartitamente son obligatorias para los Estados Partes y deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos, en los casos que corresponda, contando dicha obligación su fundamento en los arts. 38 y 42 del Protocolo de Ouro Preto y en varias Decisiones del Consejo del Mercado Común.
- 4.8. La falta de incorporación por parte de la República Federativa del Brasil de las Resoluciones involucradas en la presente controversia, impide el libre comercio intrazona, consagrado en el Tratado de Asunción (Artículo 1, Anexo I) representando un obstáculo para el acceso de los productos fitosanitarios similares al mercado brasileño.
- 4.9. Solicita al Tribunal Arbitral 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 N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, y adopte todas las medidas necesarias, normas jurídicas internas y/o modificaciones, para asegurar la efectiva aplicación y cumplimiento de dicha normativa.

- 4.10. Asimismo, se solicita al Tribunal Arbitral que requiera a la República Federativa del Brasil que permita el registro por similitud y la libre circulación de los productos fitosanitarios comprendidos en las Resoluciones GMC N° 48/96, 156/96 y 71/98, y elimine todos los obstáculos al ingreso y registro de productos fitosanitarios similares argentinos.

5. ALEGACIONES DE LA PARTE RECLAMADA

- 5.1. La República Federativa del Brasil, como parte Reclamada manifiesta 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 asegurar “seguridad, eficiencia y economía” de estos productos, conforme a lo dispuesto por la Resolución 73/94.
- 5.2. La adopción de las Resoluciones 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 jamás pretendieron agotar los esfuerzos de armonización necesarios para asegurar adecuadas condiciones para la circulación de los productos fitosanitarios en el MERCOSUR. Desde su origen, el sistema transitorio establecido en las referidas Resoluciones fue concebido como una etapa del proceso, ahora incipiente, de armonización de las legislaciones nacionales en materia de registro, prevista desde los principios del MERCOSUR como condición *sine qua non* para una efectiva reglamentación del comercio de estos productos en la región.
- 5.3. Sostiene que no procede la alegación de que el sistema de registro vigente en Brasil antes del Decreto 4074/02 no es compatible con el principio de libre comercio ya que, en los términos del art. 2° del Anexo I del Tratado de Asunción, no están comprendidas en el concepto de restricciones no arancelarias prohibidas en el MERCOSUR las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980.
- 5.4. El art. 1° del Tratado de Asunción no veda la adopción de medidas unilaterales consideradas necesarias para determinados objetivos de política pública de protección de la salud, el medio ambiente y la seguridad de la población, no teniendo el sistema de registro en Brasil carácter discriminatorio, aplicándose de forma totalmente idéntica a empresas nacionales y extranjeras.
- 5.5. El Gobierno de la República Federativa del Brasil siempre reconoció la obligatoriedad y/o necesidad de incorporar las Resoluciones 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, las cuales, en los términos del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto son obligatorias en todos sus elementos, y en este sentido están en curso de internacionalización en el ordenamiento jurídico brasileño, por fuerza del Decreto 4074 de 4 de enero de 2002, el que consagra el principio de registro por equivalencia previstos en las Resoluciones MERCOSUR.
- 5.6. A la luz de lo establecido en el artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto, la única obligación en materia de incorporación reside en adoptar todas las medidas tendientes para asegurar la vigencia interna de la normativa aprobada por los órganos del 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 en los términos del artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto.
- 5.7. En cuanto a la pretendida violación por la República Federativa del Brasil del art. 2° del Anexo I al Tratado de Asunción, alega que el Protocolo de Ouro Preto no ampara la vigencia unilateral de las normas aprobadas por los órganos del MERCOSUR, no pudiendo, por lo tanto, ser responsabilizado por supuestas

asimetrías creadas por la propia Reclamante al agilizar, en su propio interés, la entrada en vigencia interna de las referidas Resoluciones antes de que fuese concluido el proceso de incorporación en los restantes países del MERCOSUR.

- 5.8. Por las razones expuestas solicita al Tribunal Arbitral que considere improcedente la demanda presentada por la República Argentina y reconozca y declare que: a) las exigencias del sistema de registro de productos fitosanitarios tal y como está vigente en la República Federativa del Brasil no viola el principio de libre comercio establecido en el artículo 1º del Tratado de Asunción a la luz del artículo 2 del Anexo I del mismo que establece que no son restricciones las medidas tomadas al amparo de lo establecido en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980; b) que la conducta del Gobierno del Brasil en cuanto se refiere a la incorporación de las Resoluciones GMC 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 es compatible con lo dispuesto en el artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto; y c) que no puede ser considerada violación del artículo 2º del Anexo I del Tratado de Asunción, referente a la obligación de reciprocidad, teniendo en vista la previsión del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto relativa a la entrada en vigencia simultánea de la normativa MERCOSUR.

CONSIDERANDO:

6. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

- 6.1. El artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, aprobado por Decisión del CMC N° 17/98, establece que “el objeto de las controversias entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta ...”.
- 6.2. En ese sentido, la solución de la presente controversia supone que el Tribunal adopte decisión sobre los siguientes puntos:
- a) La existencia de una obligación a cargo de la República Federativa del Brasil de incorporar a su ordenamiento interno las disposiciones contenidas en las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 sobre la registración de productos fitosanitarios.
 - c) La existencia de una situación de incumplimiento en la incorporación a su ordenamiento interno de las referidas Resoluciones GMC por vencimiento del plazo para dicha incorporación.
 - d) La procedencia de la excepción derivada del art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 como justificación para la omisión de incorporar las resoluciones a su ordenamiento interno.
- 6.3. En los capítulos siguientes el Tribunal habrá de analizar por su orden las cuestiones planteadas.

7. LA OBLIGACIÓN DE INCORPORACIÓN DE LAS RESOLUCIONES GMC.

7.1. El art. 40 del Protocolo de Ouro Preto (en adelante el POP), complementado por el art. 38 del mismo cuerpo normativo, establece claramente la obligación de los Estados Partes de incorporar la normativa MERCOSUR a sus respectivos derechos internos.

7.2. El art. 40 del POP dispone en su literal i) que “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”.

Por su parte, el art. 38 del POP dispone que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo”.

7.3. La obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa MERCOSUR, distinguiendo el Protocolo de Ouro Preto entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas que componen el derecho derivado en el MERCOSUR.

7.4. En efecto, el art. 42 del POP establece que “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país”.

7.5. No obstante la obligatoriedad de la normativa Mercosur desde su perfeccionamiento por el consenso de los Estados Partes, la vigencia de las mismas es postergada hasta la efectiva incorporación de dicha normativa al derecho interno de cada uno de los Estados Partes, en los casos que esto es necesario.

7.6. Así lo ha entendido la Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales “ad hoc” en el MERCOSUR expresando que “*el régimen resultante, sin embargo no es incoherente ni contradictorio sino que responde al concepto llamado en doctrina “de vigencia simultánea” – por oposición a la aplicación inmediata- en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema en el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del art. 40*” (Laudo Arbitral en la controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución Nº 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, Considerando 116).

7.7. En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa, y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que por “su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada” (Laudo Arbitral cit., Considerando 117).

7.8. La obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los derechos internos de los Estados Partes constituye una obligación de hacer que compromete la responsabilidad internacional de los Estados en caso de no cumplimiento. En este sentido la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales “ad hoc” del MERCOSUR ha

establecido que *“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 incumpliendo apareja responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido”* (Laudo Arbitral cit., Considerando 117).

- 7.9. En el caso analizado en estos autos, la normativa MERCOSUR compuesta por las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 no han sido incorporadas a la normativa interna de la República Federativa del Brasil, no habiéndose cumplido, por lo tanto, con los supuestos requeridos por el art. 40 del POP para la vigencia simultánea de dichas normas.
- 7.10. Por tanto, la normativa cuya falta de incorporación se denuncia en este procedimiento arbitral por la parte reclamante, no ha entrado todavía en vigencia en el MERCOSUR, no obstante su obligatoriedad para los Estados Partes, razón por la cual es pertinente examinar si ha existido por parte de la reclamada una violación a la obligatoriedad de dicha normativa, esto es a las obligaciones de hacer y no hacer que nacen como consecuencia de dicha obligatoriedad.
- 7.11. Las Resoluciones del Grupo Mercado Común N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, cuya incorporación al derecho interno de la República Federativa del Brasil se demanda, establecen el Sistema de Facilitación de productos fitosanitarios, llamado también Sistema Abreviado de Registro, y fueron incorporadas al derecho interno de la República Argentina a través de la Resolución N° 603 de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación de fecha 27/8/97 y la Resolución del GMC 71/98 fue incorporada a través de la Resolución N° 195 de fecha 5/5/00 de la misma Secretaría.
- 7.12. Fueron también incorporadas por la República Oriental del Uruguay por Resolución de fecha 14/8/98 de la Dirección General de Servicios Agrícolas, dependiente del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, y por la República del Paraguay, a través del Decreto 5043 de 6/9/99.
- 7.13. En cambio el Gobierno de la República Federativa del Brasil no ha incorporado hasta el momento las Resoluciones del Grupo Mercado Común objeto del presente procedimiento arbitral a pesar de que la primera de las mismas data de 1996.
- 7.14. La existencia de una obligación de incorporación es compartida por la República Federativa del Brasil que reconoce expresamente la obligación genérica de los Estados Partes de incorporar a sus ordenamientos jurídicos internos las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR con capacidad decisoria y, particularmente, la obligación de incorporar a su derecho interno las Resoluciones sobre registros de fitosanitarios.

En este sentido establece en su escrito de respuesta que *“O Governo brasileiro sempre reconheceu a obrigatoriedade e/ou necessidade de incorporar as Resoluções 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98, as quais, nos termos do artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto são obrigatórias em todos os seus elementos, e nesse sentido, estão em curso de internalização no ordenamento jurídico brasileiro, por força do Decreto 4074, de 4 de janeiro de 2002, o qual, a despeito da necessidade de regulamentação adicional, consagra o princípio do registro por equivalência previsto nas Resoluções MERCOSUL”* (Escrito de Respuesta, pág. 49).

- 7.15. De lo expuesto 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 al expresar que las Resoluciones de referencia “*Estão em curso de internalização no ordenamento jurídico brasileiro, por força do Decreto 4074, de 4 de janeiro de 2002, o qual, a despeito da necessidade de regulamentação adicional, consagra o princípio do registro por equivalência previsto nas Resoluções MERCOSUL*” (Escrito de respuesta, pág. 49).

- 7.16. No obstante el reconocimiento expreso de la obligación de incorporar la normativa MERCOSUR objeto de estos procedimientos, la República Federativa del Brasil sostiene que dicha obligación de incorporar es una obligación sin plazo, y que por lo tanto, los Estado Partes no tienen un límite temporal para el cumplimiento de la misma.
- 7.17. Adicionalmente, justifica la no incorporación de la normativa MERSOCUR a su ordenamiento interno en la excepción establecida en el art. 2 del Anexo I al Tratado de Asunción, que remite al art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980.
- 7.18. Ambas defensas esgrimidas por la parte reclamada serán analizadas por el Tribunal Arbitral, por su orden, en los capítulos siguientes.

8. PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INCORPORAR

- 8.1. La parte reclamada alega en su escrito de respuesta que no existe un límite temporal para que los Estados Partes den cumplimiento a la obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. En este sentido expresa que “*À luz do disposto no artigo 38 do Protocolo de Ouro Preto, 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 do Protocolo de Ouro Preto*” (Escrito de Contestación, pág. 49).
- 8.2. Como primera reflexión, el Tribunal entiende que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, consagrada por la doctrina iusprivatista, no resulta de aplicación en la especie. La República Federativa del Brasil es un Estado miembro del Mercosur que, a través de sus representantes en el órgano Grupo Mercado Común, adoptó las Resoluciones objeto de esta controversia, las cuales está obligado a incorporar. La incorporación de esta normativa al Derecho interno brasileño no depende de un hecho externo al propio Estado obligado ni a la voluntad de un tercero. Son los órganos competentes de la República Federativa del Brasil que, de acuerdo con su legislación interna, tienen el cometido de cumplir con la incorporación de la norma comunitaria.

En consecuencia, la conducta debida por la República Federativa del Brasil no consiste en “tomar las medidas necesarias para asegurar la vigencia” sino en incorporar internamente la norma acordada.

- 8.3. No escapa a la comprensión de este Tribunal que la incorporación por los Estados Partes de las normas acordadas en el marco del Grupo Mercado Común requieren del desarrollo de un proceso de análisis y armonización con el orden jurídico interno de cada Estado, por parte de los órganos competentes del Estado respectivo.

- Sin embargo, esta circunstancia no determina el contenido de la obligación sino que impone simplemente el otorgamiento de un plazo razonable para que el Estado obligado dé cumplimiento a sus requerimientos internos de procedimiento.
- 8.4. De acuerdo con la Resolución del GMC 23/98 los proyectos de normativa MERCOSUR que deban ser incorporados por vía administrativa indicarán, cuando corresponda, el plazo en que se cumplirán dicha incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes. En el mismo sentido, el artículo 7 de la Resolución 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”*.
 - 8.5. Estas normas, posteriores en el tiempo a las Resoluciones GMC objeto de esta controversia, no hacen más que consagrar el principio natural y obvio de autonomía de la voluntad de los Estados Partes para fijar, de común acuerdo, en el órgano comunitario cuya voluntad forman unánimemente, los plazos que entienden razonables para el cumplimiento de la obligación de incorporación.
 - 8.6. 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. No obstante, discrepa con la parte reclamada cuando entiende que se trata de una obligación sin plazo, cuyo cumplimiento queda librado a la voluntad al libre criterio del obligado.
 - 8.7. No existen en el Derecho obligaciones sin plazo, cuya exigibilidad quede librada a la voluntad del obligado. Esto es evidente tanto en el caso de las obligaciones derivadas de actor internacionales bilaterales como de los multilaterales. La ausencia de previsiones normativas en este sentido, debe colmarse con otras normas o principios jurídicos. Pueden existir lagunas en la norma, mas no existen lagunas en el Derecho.
 - 8.8. Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral entiende 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.
 - 8.9. El artículo 19 del Protocolo de Brasilia establece que son fuente normativa del MERCOSUR que constituyen el marco de referencia al que debe atenerse el Tribunal Arbitral *“las disposiciones del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia”* (Cfr. Laudo Arbitral en 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”).
 - 8.10. Son aplicables al objeto de la controversia sometida a decisión ante este Tribunal Arbitral los principios reconocidos de *pacta sunt servanda*, buena fe y razonabilidad.
 - 8.11. El principio de cumplimiento de los Tratados y demás compromisos internacionales, o *pacta sunt servanda*, constituye una norma fundamental, originaria del Derecho Romano, consagrado en textos relevante, como Convención de Viena sobre

Derecho de los Tratados. Es unánimemente aceptado por la doctrina internacionalista, incluida la de autores latinoamericanos, y la jurisprudencia de los Tribunales internacionales como pilar indispensable en todo proceso de integración. El principio de *pacta sunt servanda* 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.

- 8.12. El principio de *pacta sunt servanda* debe aplicarse unido al principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas en los Tratados internacionales.

La jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales “ad hoc” en el MERCOSUR ha expresado 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*” (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).

- 8.13. En el mecanismo establecido en el POP, la previa incorporación de las Resoluciones bajo análisis por los Estados Partes del MERCOSUR es requisito indispensable para la vigencia simultánea de las disposiciones acordadas.

Es decir que la demora en la incorporación normativa por parte de la República Federativa del Brasil obsta a la puesta en funcionamiento del Sistema entre todos los Estados Partes.

Una actuación acorde con los objetivos de las Resoluciones del GMC y del propio acuerdo de integración subregional del MERCOSUR impone un comportamiento positivo en el sentido de facilitar la vigencia simultánea y puesta en acción de los instrumentos regulatorios aprobados por los Estados Partes.

- 8.14. También es aplicable a la controversia sometida a consideración el principio de razonabilidad en la actuación y conducta de las Partes, y en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el MERCOSUR. Así lo ha entendido la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales “ad hoc” al establecer que “el principio de razonabilidad debe orientar las acciones de los Estados pues en aquel 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” (Laudo Arbitral en la controversia sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay”, Considerando B, numeral 1, literal c).

- 8.15. Este Tribunal Arbitral entiende que violenta los principio de *pacta sunt servanda* y razonabilidad, así como la noción intrínseca de obligación jurídica, la existencia de una obligación carente en absoluto de plazo, y cuyo cumplimiento está por tanto sometido a la voluntad de los Estados Partes.

- 8.16. En virtud de los principios que acaban de exponerse, este Tribunal Arbitral entiende que en los casos en que no existan plazos para el cumplimiento de la obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP, se impone al intérprete la tarea de completar el vacío normativo y delimitar el mismo, llenando de contenido el concepto jurídico indeterminado de plazo razonable.

- 8.17. El concepto jurídico indeterminado de “plazo razonable”, debe ser llenado en cada caso, delimitando el plazo que razonablemente el Estado Parte podría haber insumido en incorporar efectivamente la normativa objeto de la obligación a su derecho interno.
- 8.18. Surge probado de estas actuaciones que todos los Estados Partes, excepto la República Federativa del Brasil, han cumplido con la obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP, habiendo ingresado a su derecho interno las Resoluciones del Grupo Mercado Común 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98.
- 8.19. Desde la aprobación por el consenso de todos los Estados Partes de la primera Resolución del GMC objeto de la controversia, han transcurrido casi seis años. En este lapso, el primer acto de incorporación de la parte reclamada, reconocido por ésta como insuficiente, lo constituye el Decreto 4074/2002 de 4 de enero de 2002, cuya fecha de aprobación es sumamente reciente y posterior a la instauración y puesta en funcionamiento de este Tribunal Arbitral “ad hoc”.
- 8.20. Definitivamente no parece razonable una postergación de casi seis años a la incorporación debida.

Aún cuando pueda existir una demora razonable, producto de la importancia del tema y de la complejidad de la elaboración y el dictado de las normas, el plazo insumido por la República Federativa del Brasil resulta excesivo, superando el estándar jurídico de la razonabilidad propuesto, máxime si se tiene en cuenta que los restantes Estados Partes incorporaron las mismas normas en la mitad o en la tercera parte del tiempo transcurrido en el caso brasileño.

- 8.21. Por todo lo expuesto precedentemente, este Tribunal Arbitral concluye que ha transcurrido en exceso el plazo que pudiera considerarse razonable para el cumplimiento de la obligación de incorporar la normativa objeto de estos procedimientos y, que por tanto, se ha configurado un incumplimiento por parte de la República Federativa del Brasil de la obligación establecida en los artículos 38 y 40 del POP.

9. EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ART. 50 DEL TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1980

- 9.1. La Parte reclamada alega como defensa la excepción contenida en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 expresando que *“O 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, o qual estabelece textualmente que não estão compreendidas no conceito de restrições não tarifárias, proibidas no MERCOSUL desde o final do regime de transição, as medidas adotadas em virtude das situações previstas no artigo 50 do Tratado de Montevideu de 1980, que, por sua vez, prevê que nenhuma disposição daquele tratado será interpretada como impedimento à adoção de medidas destinadas, entre outros, a proteger a vida e a saúde das pessoas, animais e vegetais”* (Escrito de Respuesta, pág. 15).
- 9.2. El Tratado de Asunción al establecer en su Anexo I, Programa de Liberación Comercial, el régimen de reducción progresiva de los gravámenes y restricciones no arancelarias, dispone que no quedarán comprendidas en dicho concepto “las

medidas adoptadas en virtud de situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980”.

Por su parte, el citado artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, del cual Argentina y Brasil son parte, expresa que “Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y 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, importación o consumo de materiales nucleares, productos radioactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía solar”.

9.3. El Tribunal no comparte la tesis 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 productos fitosanitarios tengan la potencialidad de causar daño a la salud no es argumento suficiente para oponerse a incorporar las normas de registración previamente acordadas en un tiempo razonable.

9.4. Desde la óptica comercial, la omisión de incorporar las disposiciones de las Resoluciones GMC al ordenamiento brasileño constituye conceptualmente una restricción no arancelaria a la circulación de mercaderías. Esta afirmación es sustentada por la Parte reclamante y no rebatida por la Parte reclamada. Es además causa de que la cuestión sea sometida a la consideración de este Tribunal.

Como toda restricción al principio de libertad de circulación de mercaderías, la misma debe ser excepcional, específica y de interpretación restrictiva. Además, deberá recaer en el Estado que impone la restricción el *onus probandi* de que se ha producido la situación de hecho que sustenta la restricción.

9.5. Ninguno de estos extremos se produce en el caso bajo análisis. La invocación de su legítimo derecho a la protección de la salud humana, animal y vegetal no es realizada por Brasil para restringir una importación de una partida o de un producto en particular, sino que resulta invocada para oponerse a todo el régimen de incorporación de las normas sobre registración de productos fitosanitarios previamente acordada.

Claramente, esta restricción llamada a dar solución a situaciones concretas y excepcionales pretende ser utilizada por la República Federativa del Brasil para liberarse de la obligación de incorporación de una normativa que libre y expresamente acordó con anterioridad.

9.6. El Tribunal entiende que la interpretación del Tratado de Montevideo de 1980 que Brasil pretende no se ajusta a la naturaleza restrictiva y específica que surge de la naturaleza de la restricción impuesta.

Nada impide que la República Federativa del Brasil recurra luego a la protección del art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 para solucionar problemas concretos y específicos que puedan plantearse en ocasión a importaciones específicas de productos fitosanitarios, realizadas en el marco de la regulación que los Estados Partes acordaron en el Grupo Mercado Común.

- 9.6. Por otra parte, de las actuaciones procesales de la Parte reclamada no surge tampoco prueba alguna de circunstancias concretas y específicas de daño a la salud humana, animal o vegetal que brinden sustento a la restricción pretendido.
- 9.7. Finalmente, el Tribunal no logra apreciar la congruencia existente entre la invocación de la excepción derivada del Tratado de Montevideo de 1980, con el previo reconocimiento por la Parte reclamada de su obligación de incorporación y con la afirmación que el decreto 4074/02 representa una primera etapa en el proceso de incorporación de la referida normativa.

10. CONSIDERACIÓN FINAL

El Tribunal desea destacar que las consideraciones de carácter técnico jurídico que se realizan en el presente Laudo Arbitral no implican ningún juicio de valor sobre la actuación de las Partes ni de sus representantes y técnicos, a los cuales reconoce haber actuado en el ejercicio de la defensa de causas que consideran viables y justas, e inspirados en todo momento por el objetivo de llevar adelante con lealtad y convicción el proceso de integración regional iniciado a partir del Tratado de Asunción.

DECISIÓN:

Por todo lo expuesto y de conformidad con lo establecido en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias y su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y las demás normas y principio de derecho internacional aplicables, este Tribunal Arbitral “ad hoc” llamado a conocer en la controversia planteada en estos procedimientos, POR UNANIMIDAD RESUELVE:

- I. Declarar que existe una situación de incumplimiento por parte de la República Federativa del Brasil a la obligación impuesta por los artículo 38 y 40 del Protocolo de Ouro Preto a la incorporación en su ordenamiento jurídico interno de las disposiciones contenidas en las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98.
- II. Disponer que la República Federativa del Brasil deberá, en un plazo máximo de 120 días, contados a partir de la fecha de notificación del presente laudo, incorporar a su ordenamiento jurídico interno las Resoluciones GMC N° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, así como, si fuera necesario, adoptar las medidas y dictar las normas jurídicas internas que aseguren la efectiva aplicación de estas normas, sin perjuicio de su derecho a aplicar, en los casos concretos y específicos en que así corresponda, las restricciones autorizadas por el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980.
- III. Disponer que las costas y costos de este procedimiento arbitral serán abonados de la siguiente manera: cada Estado Parte se hará cargo de los gastos y honorarios ocasionados por la actuación del Árbitro por él nombrado. La compensación pecuniaria formada por los honorarios y gastos del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por ambas partes. Los pagos

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

correspondientes serán realizados por las partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR dentro de los 30 días posteriores a la notificación de este Laudo. Cada parte soportará las costas por su orden.

- IV. Disponer que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
- V. Disponer que de conformidad con el artículo 21.2 del Protocolo de Brasilia, las Partes tienen 120 días para dar cumplimiento al presente Laudo Arbitral.

Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publíquese.

Ricardo Olivera García
Árbitro Presidente

Guido Fernando Silva Soares
Árbitro

Héctor Masnatta
Árbitro

LAUDO VIII

LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL "AD HOC" DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA DECIDIR EN LA CONTROVERSIA ENTRE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY A LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY SOBRE LA APLICACIÓN DEL "IMESI" (IMPUESTO ESPECÍFICO INTERNO) A LA COMERCIALIZACIÓN DE CIGARRILLOS

En la ciudad de São Paulo, Brasil, a los 21 días de mayo de 2002, el Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, constituido para decidir la controversia entre la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del Impuesto Específico Interno ("Imesi") a la comercialización de cigarrillos originarios de la República del Paraguay, se reúne con la finalidad de deliberar y dictar su decisión.

Constitución del Tribunal Arbitral:

1. El artículo 7 numeral 1 del Protocolo de Brasilia dispone: "Cuando la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos referidos en los Capítulos II y III, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral que se establece en el presente protocolo".
2. El Tribunal Arbitral es la segunda etapa de un iter que en este caso ya ha tenido sus dos primeras fases desarrolladas regularmente. Establece también el artículo 9 del Protocolo de Brasilia que el procedimiento arbitral tendrá lugar ante un Tribunal Arbitral ad hoc, compuesto por tres árbitros pertenecientes a la lista referida en el artículo 10.
3. Fueron designados árbitros el Doctor Evelio Fernández Arévalos por el Paraguay, el Doctor Juan Carlos Blanco por Uruguay y el Doctor Luiz Olavo Baptista, de Brasil, Presidente del Tribunal Arbitral. No hubo objeciones o impugnaciones.
4. Los árbitros aceptaron el cargo y firmaron la declaración a que se refiere la Decisión N° 17/98 del Consejo Mercado Común (CMC), la cual se halla archivada en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
5. Constituido el Tribunal, el día dieciocho de marzo de 2002, dictó las Reglas de Procedimiento conforme lo establece el artículo 15 del Protocolo de Brasilia, lo cual se comunicó a las partes.
6. Los árbitros solicitaron, según lo establecido en el artículo 20 del Protocolo de Brasilia, una prorrogación de 30 (treinta) días para la presentación de la manifestación del Tribunal. La culminación del Proceso Arbitral se fijó para el 23 de mayo de 2002.
7. 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.
8. El Tribunal, que pretendía reunirse y emitir este Laudo en la ciudad de Asunción de Paraguay, por razones de salud de uno de sus integrantes, ha decidido emitirlo en la ciudad de São Paulo, Brasil, en esta fecha y publicarlo en la sede de este Tribunal, en la ciudad de Asunción de Paraguay, y solicitando la excusa por la imposibilidad en que se encuentra su Presidente de estar presente para ese evento.

RESULTANDO:

Inicio del procedimiento ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR

1. La controversia se inició con la notificación de la reclamación presentada a la República Oriental del Uruguay, en adelante Uruguay, por la Sección Nacional de la República del Paraguay, en adelante Paraguay, en la XLVI Reunión de la Comisión de Comercio del Mercosur ("CCM") en noviembre de 2000, mediante la Consulta 53/00, 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.
2. El Paraguay, por medio de la Nota 367/01 de 27 de marzo de 2001, da inicio al Procedimiento de Negociaciones Directas, previsto en el Artículo 2 del Protocolo de Brasilia contra Uruguay respecto a la "Aplicación del Impuesto Específico Interno (IMESI) a la comercialización de cigarrillos procedentes del Paraguay". 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.
3. 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 a la conformación de un Grupo de dicho Grupo, reservándose el derecho a dar una respuesta al mismo dentro del plazo de 30 días, según el Art. 6 del Capítulo III del Protocolo de Brasilia. El GMC resolvió considerar la controversia en el plazo de 30 días en el marco de 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.
4. 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.

Cuestiones presentadas por las Partes

Cuestiones de derecho invocadas por el Paraguay en sus razones:

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 artículos 1 y 7 del Tratado de Asunción y su Anexo I. Aunque la alícuota, tanto para los productos nacionales como originarios de países fronterizos o no fronterizos es la misma, el cálculo de la base imponible es discriminatorio ya que se determina por medio de un mecanismo de ponderación que toma como base el precio ficto aplicado al cigarrillo nacional de mayor categoría, multiplicándolo por un coeficiente prefijado que establece desigualdad de trato 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. 7 del Tratado de Asunción. Dicho impuesto inhibe la libre circulación de bienes, según lo que se establece en el artículo 1 del Tratado de Asunción y bien 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 artículo 1 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 decisión 22/00 del CMC, prorrogada por la Decisión 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 15/11/2000.

Cuestiones de derecho invocadas por el Uruguay en sus razones:

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 Art. 1 y 7 del Tratado de Asunción tienen carácter programático y no tienen, por lo tanto, carácter de auto ejecutoriedad. 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 al 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 relativamente a cigarrillos importados, incluso leyes Paraguayas. 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 de Paraguay, se opone específicamente a los petitorios contenidos en los numerales 5 del primer escrito y 3 del segundo que requieren del Tribunal que ordene a Uruguay suprimir las discriminaciones a los cigarrillos de origen MERCOSUR. Uruguay, por su parte no discute la forma como Paraguay describe el procedimiento de cálculo, ni niega que pueda ser discriminatorio. Sostiene que el Imesi no viola las normas MERCOSUR invocadas por Paraguay y que el régimen establecido para calcularlo es compatible con la normativa MERCOSUR, ya que esta normativa 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, según resulta de la DEC 20/94 ya mencionada y de las DEC 9/95 (Programa de Acción), 15/96 (Grupo Ad Hoc sobre PPDC) y 22/00 (Relanzamiento del MERCOSUR). 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.

Coincidencias entre los fundamentos jurídicos invocados por el Paraguay y el Uruguay:

1. Ambos entienden que los Tratados sométanse a la buena fe y al principio de derecho internacional "pacta sunt servanda". Así, para el Paraguay, si el Uruguay es signatario de la ALADI, OMC y Mercosur, dicho país debe eliminar cualesquiera formas de discriminación, sea ella arancelaria o no. Por otro lado, Uruguay entiende que, según el principio "pacta sunt servanda", las partes deben seguir los tratados conforme a sus disposiciones y, además, de buena fe, pero teniendo en cuenta los objetivos y fines de dicho tratado y la reciprocidad: cumplimiento conjunto, por todas las partes, de las disposiciones del tratado.
2. Queda sin controversia el principio de derecho internacional, reconocido por el Tratado de Viena en su artículo 31, de que los dictámenes establecidos en los tratados puede ser interpretado, desde que dicha interpretación sea de buena fe. Entretanto, entiende el Paraguay que la interpretación que el Uruguay pretende relativamente a los Art. 1 y 7 del Tratado de Asunción no es necesaria, ya que dichos artículos contienen reglas explícitas y claras con respecto de sus preceptos y no hay, entonces, que interpretar de acuerdo a los principios de flexibilidad, equilibrio y gradualidad ya que el contenido, el objeto y el fin de dichos artículos es claro en sí mismo. Además, según el artículo 19 del Tratado de Brasilia, las controversias deben ser resueltas de acuerdo a la normativa del Mercosur. Así, se recurre a interpretaciones de los principios de derecho internacional cuando el texto normativo del Mercosur no es expreso al respecto.

Cuestiones de Derecho invocadas por el Paraguay en sus contra-razones:

1. Los arts. 1 y 7 del Tratado de Asunción contienen normas de carácter auto ejecutorio, al contrario de lo que entiende el Uruguay. Los objetivos generales del tratado de Asunción están previstos en su preámbulo.
2. La controversia está fundada en la determinación de violación, por parte de Uruguay en cuanto a la aplicación del IMESI, o no de las normas sobre las cuales se asientan los principios de trato nacional y de no discriminación.
3. No se niegan los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio invocados por el Uruguay, pero se entiende que el Uruguay incurre en una interpretación incorrecta de dichos principios. Así, el principio de gradualidad es relativo a la construcción de un Mercado Común Integrado, que se realiza por etapas sucesivas. Dicho principio está relacionado con la adecuación del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte con la situación de un mercado nuevo y ampliado. El Régimen de Adecuación, por otro lado, tuvo vigencia hasta diciembre de 1999. El principio de flexibilidad, por otro lado, objetiva proteger o reconocer determinadas situaciones especiales, que comprenden ventajas circunstanciales y excepcionales. El principio de equilibrio, a su vez, pretende el desarrollo armónico de las medidas para la integración, de forma a distribuir tanto el costo económico y social como los beneficios de la integración.
4. Es discutida la relación entre la naturaleza de la presente controversia y el razonamiento relativo al principio del "exceptio non adimpleti contractus", así como la aplicabilidad de dicho principio en el contexto de integración pretendida por las partes contratantes.

Cuestiones de Derecho invocadas por el Uruguay en sus contra-razones:

1. El Uruguay mantiene la argumentación de su demanda inicial. Así, entiende que la demanda de Paraguay viola los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, consagrados en el Tratado de Asunción. En ese contexto, el Art. 7 del Tratado de Asunción es el objetivo final del Tratado y no su punto de partida, por lo cual se entiende que dicha regla es programática, y no auto ejecutable.
2. Una vez más se consagra el principio de "exceptio non adimpleti contractus". Argumenta que el IMESI es un impuesto que existe desde 1990, antes mismo de la existencia del Mercosur, así que solo será eliminado frente a políticas concretas de armonización tributaria entre los Estados contratantes. Por otro lado, el Paraguay ha creado un impuesto discriminatorio frente a productos extranjeros en el año 2002, el METI, después de terminado el Régimen de Adecuación.
3. Incumplimiento de las disposiciones del Art. 2 del Tratado de Asunción: reciprocidad. Los demás países miembros de Mercosur también aplican medidas claramente restrictivas a la comercialización de cigarrillos paraguayos. Además, incluso Paraguay presenta medidas restrictivas a la comercialización de determinados productos originarios del Uruguay.

Considerando:

El Tribunal Arbitral, al iniciar su decisión, quiere poner en relieve que está decidiendo según su mandato y según los preceptos del Protocolo de Brasilia.

Asimismo, el Tribunal, entendiendo que es un órgano *ad hoc* del Mercosur, integrante de un organismo internacional, toma como criterio de interpretación la finalidad descrita en sus tratados y preámbulos, que es de promover la integración y construcción de un mercado común, pasando por el trámite de la zona de libre comercio y de la unión aduanera.

En cuanto a los criterios que informan su decisión - dentro de los límites de su mandato - son la razonabilidad y la obediencia a los textos, sin atreverse a editar normas nuevas, puesto que no es esa su función.

El problema que se presentó al Tribunal es de doble naturaleza: la igualdad de trato y la armonización de las normas de 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 es deducida de algunos puntos de eso, y ha sido, también, recordada en decisiones de Tribunales anteriores.

En la realidad, 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. 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 objetivo - y la segunda, de otra parte, 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.

La regla de igualdad en 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, del cual también hacen parte. De esta forma, la definición de lo que es igualdad parte de ai 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 solo serviría para integrar lagunas

La igualdad de trato en 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 practica. Es decir, que una norma que aparentemente no fuera discriminatoria, se lo es de hecho y con mas razón si la norma en si misma tiene discriminación, son incompatibles con la igualdad de trato establecida en el tratado del Mercosur.

La libre circulación tiene que ocurrir tanto en el campo de la imposición arancelaria así como en el campo de las practicas 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 solo las previstas por el art. 50 de Montevideo y en los arts. XX y XXI del GATT/1994.

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 tiene normativos. Además de eso, las consecuencias de un tratado tienen un alcance mucho mayor que las de un acto privado, y la prudencia, que es la virtud indispensable de los jurisconsultos impone que los que deciden en esa materia, exijan que solo 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 desarmen, tienen restricciones más severas aún sobre la aplicación de la excepción y en el ámbito de la institución comunitaria europea, la institución no es aplicable no tiene aplicación. En 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 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 regional 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.

Habiendo establecido esas premisas teóricas mayores, el Tribunal, ahora, pasa a examinar el 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. El porcentaje de la tasa general del IMESI para los cigarrillos nacionales como importados es del orden del 66,5% sobre los precios fictos establecidos por el Poder Ejecutivo de ese país a cualquier clase de cigarrillo, independientemente de su origen. La discriminación de trato, incompatible con el Mercosur, radica en la manera en que se establece la base imponible en el Uruguay 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 extra-zona. Esta situación (de discriminación) es reconocida por Uruguay.

- i) Incompatibilidades de la aplicación del IMESI con la regla de tratamiento nacional existente en el Mercosur, en el GATT/OMC y en la ALADI:
 - El Uruguay, u otro Estado Miembro de Mercosur puede gravar los bienes dentro de su propio territorio, pero no lo puede hacer de manera a que un producto originario de otro país sea tratado de forma discriminatoria relativamente a productos similares nacionales: esa es la regla de Mercosur (artículo 7 del Tratado de Asunción), de la ALADI y de la OMC, organizaciones de las cuales son signatarios tanto Paraguay cuanto Uruguay.
 - 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.
- ii) 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.
- iii) 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. Ha sido generada, para los países que integran el Mercosur, la obligación de adaptar su normativa interna a los propósitos de la integración. Dicha obligación deriva del principio de derecho internacional de la "buena-fe", principio orientador de las relaciones internacionales. Además, cuando de la adopción del Tratado de Asunción, se instauró una antinomia entre la forma de aplicación del IMESI y aquel acuerdo internacional.
- iv) El Informe no. 3, presentado por el Uruguay en sus contra-razones, que es un relato elaborado por la consultora KPMG acerca de las consecuencias

de la aplicación del IMESI, admite, en su página 10, que "La aplicación del IMESI diferencial ha operado en los hechos como una salvaguarda de la producción nacional..." Así, no queda duda e incluso el Uruguay lo acepta, que el IMESI es discriminatorio de los productos que no son nacionales.

B - Carácter auto-ejecutable o no del Artículo 7 del Tratado de Asunción

- i) El argumento presentado por el Uruguay, de que el Artículo 7 del Tratado de Asunción tiene carácter programático y no es auto-ejecutable es parcialmente procedente. Dicha regla no es auto-ejecutable en el sentido de resultar en la modificación inmediata de las legislaciones de las partes, sustituyéndola por otra. En contrapartida, sí tiene carácter auto-ejecutable al imponer a los Estados-Partes el deber de modificar su legislación de forma a que ella sea afectada, adaptada a las previsiones del Artículo 7 del Tratado de Asunción.
- ii) 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 Artículo 7 tienen carácter auto-ejecutable, una vez que el derecho no admite las antinomias en su lógica.
- iii) Las Decisiones de la Consejo del Mercado Común, 22/00 y 57/00, al prohibir que los Estados adopten medidas de carácter restrictivo relativamente al comercio, reiteran que estas no son permitidas o admisibles en el ámbito del Mercosur y refuerzan la obligación que tienen todos los Estados-Partes de armonizar el comercio intra-zona.

C - Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad

Al analizar el Artículo 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 ya que no se caracteriza el obstáculo al comercio 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 macro-económica que todavía no está firmada, políticas esa que ha de ser coordinada, según dispone el Artículo 1 del Tratado de Asunción así como han sido armonizadas las legislaciones donde sea necesario para fortalecer el proceso de integración.

D - 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 a los cigarrillos paraguayos, basados en la condición de país no fronterizo;

LAUDOS, ACLARACIONES Y OPINIONES CONSULTIVAS DE LOS TRIBUNALES DEL MERCOSUR

- 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 06 (seis) meses para el cumplimiento, por el Uruguay, de lo resuelto; y
- 4) POR UNANIMIDAD: que los costos y costas del proceso sean abonados en la forma que determina el Artículo 24 del Protocolo de Brasilia y los Artículos 31 a 34 de su Reglamento; y dispone que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa de Mercosur.

De São Paulo para Asunción, 21 de mayo de 2002

Dr. Luiz Olavo Baptista
Presidente del Tribunal Ad Hoc

Evelio Fernández Arévalos
Árbitro

Juan Carlos Blanco
Árbitro

ACLARACIÓN DEL LAUDO

ACLARACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA DECIDIR EN LA CONTROVERSIA ENTRE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY A LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY SOBRE LA APLICACIÓN DEL “IMESI” (IMPUESTO ESPECÍFICO INTERNO) A LA COMERCIALIZACIÓN DEL CIGARRILLOS

El Tribunal Arbitral Ad-Hoc de MERCOSUR, constituido para decidir en la controversia planteada por la República del Paraguay (“Paraguay”) a la República Oriental del Uruguay (“Uruguay”), en este día 19 de junio de 2002, ha considerado la solicitud de Aclaración presentada por las partes relativamente al Laudo Arbitral expedido en el día 21 de mayo de 2002.

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

- I - 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”*. Si bien queda claro la obligación de eliminar todo trato discriminatorio que rompa la igualdad de trato con referencia a los cigarrillos nacionales uruguayos, el modo de aplicación o cumplimiento frente a la expresión *“vía administrativa”*, debe ser aclarada y precisada, a los efectos de que por vía de interpretación del alcance de quien se encuentra obligado por el Laudo, puedan surgir nuevas controversias a una interpretación restrictiva frente al contenido sustancial del Laudo.

La vía administrativa descrita en la demanda y conforme ha quedado definido en el objeto de la litis que produce y conduce a la discriminación, son Decretos del Poder Ejecutivo, y demás normas de aplicación – ejemplo Resoluciones de la Dirección General Impositiva “DGI” – determinan los precios fictos para el cálculo de base imponible, que en su aplicación para los cigarrillos importados del MERCOSUR ha sido declarado incompatible con la normativa MERCOSUR en el Laudo.

Por consiguiente, 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.

- II – Nuestra parte considera además necesaria una aclaración respecto del numeral 2º de la parte resolutive, específicamente, que al disponer que *“cesen los demás efectos discriminatorios que resulten de su aplicación por vía administrativa”*, tomando en cuenta que la demanda solicitó la eliminación de las normas discriminatorias que violan la norma y principio de trato acordados entre los Estados Partes del MERCOSUR, por lo que también se hace necesaria una aclaración si dicha obligación, importa y se debe interpretar como que la importación en Uruguay 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 (cálculo de la base imponible, tasas o alícuotas de IMESI, forma de liquidación) que rigen para los cigarrillos de producción Uruguaya, adecuando, dentro del plazo establecido en el numeral 3º, con este alcance y efecto toda la normativa interna, Ley o actos administrativos incluyendo los Decretos del Poder Ejecutivo del Uruguay.

III – El Laudo, consecuente con el petitorio de la República del Paraguay y el objeto de la litis así como con el considerando, del cual existe consenso con el Exim. Tribunal Ad Hoc, de que la igualdad de trato es una norma y principio obligatorio en el MERCOSUR y que con este alcance debe ser revisada la aplicación impositiva del IMESI, 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”,

IV – En cuanto al plazo establecido en el numeral 3º de la parte resolutive, que dice: **“POR UNANIMIDAD:** establecer el plazo de 06 (seis) meses para el cumplimiento, por

el Uruguay, de lo resuelto”, debe interpretarse necesariamente como el lapso en el cual la República del Uruguay debe adoptar las medidas internas para eliminar la totalidad de las disposiciones y sistemas de aplicación del IMESI, que represente discriminación en la norma o en sus efectos, por actos legislativo o administrativo.

En materia comercial y para una adecuada y efectiva política de competitividad, la previsibilidad es una garantía esencial para asegurar su correcto funcionamiento, por lo que es preciso establecer como forma de cumplimiento la obligación de calendarizar la República Oriental del Uruguay, las medidas tendientes al cumplimiento de la obligación que surge de la normas del MERCOSUR como lo señala el Tribunal en el Laudo.

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

1. El objeto de la presente solicitud de aclaración e interpretación se refiere a lo expresado por el Tribunal al disponer en el numeral N° 2 de la parte dispositiva del laudo Arbitral dictado, 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 N° 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” no se alcanza a comprender cuáles serían los demás efectos discriminatorios que resultan de su aplicación por vía administrativa.
3. Se funda el Derecho en los Artículos 22 del Protocolo de Brasilia y 13 de las Reglas de Procedimiento dictadas por el propio Tribunal.

El Tribunal, a su vez, dispone:

El Tribunal ha entendido que el problema que le ha sido presentado tenía una naturaleza doble por que abarcaba tanto la igualdad de tratamiento como la armonización de la normativa de Mercosur . En este sentido, ha decidido el Tribunal que: “ La norma que establece el deber de armonización y eliminación de obstáculos a la libre circulación de bienes nace de la naturaleza del Tratado y es deducida de algunos de sus puntos y ha sido también recordada en decisiones de Tribunales anteriores”.

De hecho, la igualdad de trato y la regla de la armonización de la normativa de Mercosur, originaria del Tratado de Asunción, han sido integradas en el derecho interno de los países a partir de mecanismos propios de sus sistemas jurídicos cuando la notificación, por dichos países, de la entrada en vigor de ese Tratado.

La normativa relativa al IMESI ya fue examinada por el Tribunal Ad-Hoc según un doble aspecto: el primero es el de su aplicación concreta por la administración uruguaya y el segundo, el de su existencia.

En el sistema jurídico uruguayo o en cualquier otro, una ley adoptada por la administración, de acuerdo con su interpretación, puede tener un efecto discriminatorio. Asimismo, si es interpretada de otra manera podría no tenerlo. Esto es el ámbito de aplicación de una norma, es decir, su implementación y la forma como ella es llevada a cabo por el Estado que ha dictado dicha norma, lo que ha sido denominado por el Tribunal Ad-Hoc de efecto administrativo de la norma.

Otro aspecto es la existencia de una norma cuyo propio contenido es discriminatorio. Para decidir en la controversia, el Tribunal Arbitral entendió que: primeramente, no puede existir una norma cuyo contenido sea discriminatorio y, en segundo, no puede existir una práctica administrativa que tenga como efecto la discriminación, aunque dicha norma no fuere, por ella propia, discriminatoria.

Por las razones previamente expuestas y tras un análisis de las aclaraciones solicitadas relativamente a los puntos controvertidos que son el objeto del recurso, el Tribunal ha decidido, por **UNANIMIDAD**:

1. se hace referencia, en especial en el numeral III 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, lo que quiere decir que no cabe a la aclaratoria incluirlo. Es de realzar que el contenido de la aclaración no abarca la ampliación del Laudo a aspectos o materias que no han sido comprendidos en el mismo. En las aclaraciones corresponde simplemente interpretar la forma como el Laudo deberá ser cumplido, según lo dispuesto en el Artículo 22 del Protocolo de Brasilia. Los Laudos obligan únicamente los Estados Partes en la controversia, en el caso Paraguay y Uruguay, por lo que la exclusión de la discusión de dicho aspecto. Así, la decisión presentada en el Laudo no afecta a los demás Estados Partes, de acuerdo con el Artículo 21 del mismo Protocolo. 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, pre-jurisdiccionales, 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 y no necesitan interpretación. 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. Para que así sea, el Uruguay debiere primeramente abstenerse de aplicar los porcentajes que distinguen los cigarrillos de uno u otro origen y así adecuar su normativa a dicha decisión. Atendiendo al principio de la racionalidad, el Tribunal ha establecido un plazo de 06 (seis) meses para que el Uruguay cumpla las obligaciones emanadas del Laudo. Es evidente que no cabe al Tribunal determinar a los Estados como debe concretizarse tal medida por que eso resulta del ordenamiento jurídico y de la decisión de orden político de cada Estado.

Así, el Uruguay puede cumplir la decisión del juicio arbitral de la forma jurídica que le sea más conveniente y que decida adoptar. El Tribunal ha determinado que los efectos discriminatorios sean eliminados, cuando haya transcurrido el plazo determinado en su decisión.

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, por parte de Uruguay, 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 Artículo 7 del Tratado de Asunción. El tribunal, en su decisión, acoge la demanda paraguaya expidiéndose con respecto a lo primero por mayoría y en lo segundo por unanimidad. 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

- tanto, la aplicación del IMESI a estos deberá ser en la misma forma que a los cigarrillos de origen uruguayo.
4. Por las razones previamente expuestas, no corresponde incorporar a esta aclaración la obligación de la República Oriental del 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. Dicha solicitud de presentación de un calendario tampoco ha sido incluida por el Paraguay en sus escritos frente al Tribunal. Finalmente, es de destacar que los Tribunales Arbitrales suelen establecer un plazo para el cumplimiento del Laudo, sin que sea determinado un calendario o una forma específica para ello.
 5. Frente a la solicitud de aclaración propuesta en el Numeral III de los escritos de Paraguay, hay que precisar que la expresión “via administrativa” es relativa a cualquier acto que sea practicado por la administración uruguaya. Así, la imposición del IMESI, lo cual es discriminatorio con respecto al producto originario de Paraguay, es un acto administrativo – ya que practicado por la administración – que debe cesar, de acuerdo con lo que fue decidido por el Tribunal Arbitral.

El Tribunal dicta, por **UNANIMIDAD**, lo que fue anteriormente expuesto. Queda resuelto, de tal modo, el pedido de aclaración formulado por la República del Paraguay y República Oriental del Uruguay. Dispone asimismo y por **UNANIMIDAD** que los escritos de la presente aclaración sean acrecidos a los escritos principales, archivados en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, debidamente notificados a las Partes, por medio de la misma Secretaría y publicados sin mas tardar juntamente al Laudo.

Dr. Luiz Olavo Baptista
Presidente Del Tribunal Arbitral

Dr. Juan Carlos Blanco
Árbitro

Dr. Evelio Fernández Arévalos
Árbitro

LAUDO IX

IX LAUDO TRIBUNAL AD HOC DEL MERCOSUR

4 de abril de 2003
Estímulo a la industrialización de lana

En la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, a los 4 días del mes de abril del año 2003,

VISTO

Para Laudo las actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la **República Argentina** (Parte Reclamante, en adelante Argentina) y la **República Oriental del Uruguay** (Parte Reclamada, en adelante Uruguay), 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”.

ANTECEDENTES

I. El Tribunal Arbitral

1. El Tribunal Arbitral constituido para entender en la presente controversia, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR (en adelante, Protocolo de Brasilia), de 17 de diciembre de 1991, lo integran los Árbitros Sres. Dr. Ricardo Alonso García, Dr. Enrique C. Barreira y Dr. Eduardo Mezzera, nacionales, respectivamente, de España, Argentina y Uruguay.

2. Los Árbitros, al iniciar la sesión constitutiva del Tribunal el 17 de mayo de 2002, examinaron los antecedentes proporcionados por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y confirmaron su correcta designación como Árbitros, conforme con lo establecido con el Protocolo de Brasilia. En dicha sesión constitutiva comprobaron su inclusión en la lista a que se refiere el artículo 10 del Protocolo, habiendo suscrito cada uno de ellos la declaración requerida por el artículo 16 del Reglamento.

3. En la referida sesión, el Tribunal se declaró constituido, instalado y en funciones para entender de la controversia y compuesto por las personas designadas, declarando que la Presidencia sería ejercida por el Sr. Dr. Ricardo Alonso García, de acuerdo con el artículo 9.2.i del Protocolo de Brasilia, y adoptando sus Reglas del Procedimiento conforme a los artículos 15 del Protocolo de Brasilia y 20 de su Reglamento.

II. Las Partes

4. Son Partes en el procedimiento Argentina y Uruguay. A partir del Acta nº 1 de constitución del Tribunal, se invitó a las Partes a designar sus respectivos representantes y constituir sus domicilios legales. Argentina constituyó domicilio en su Representación ante la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), sita en Andes 1365, Piso 10, CP 11100 Montevideo, y designó representante titular ante el Tribunal a la Ministra M^a Cristina Boldorini y representante alterno al Licenciado Adrián Makuc. Uruguay, por su parte, constituyó domicilio en la Dirección General para Asuntos de Integración y MERCOSUR, sita en Colonia 1206, Piso 2º, CP 11100 Montevideo, y designó representantes para actuar indistintamente ante el Tribunal al Ministro Consejero William Ehlers, al Doctor José M^a Robaina, a la Contadora Graziella Bonfiglio, y a los Ingenieros Luis Plouvier y Washington Durán.

III. Tramitación

5. Con fecha 2 de abril de 2002, Argentina notificó al Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, la decisión de iniciar el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia contra Uruguay por “incompatibilidad del régimen de estímulo a la industrialización de lana establecido por la Ley 13.695 y Decretos complementarios con la Normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona”.

6. Desarrollado el proceso de designación de los Árbitros y constituido el Tribunal, y constituidos asimismo los domicilios legales y designados los representantes de las Partes ante el Tribunal, se abrió el trámite de alegaciones escritas, formulando Argentina su Escrito de Presentación y Uruguay su Escrito de Respuesta en debido tiempo y forma.

7. Teniendo en cuenta la importancia que en el Mercosur tiene la interpretación uniforme de las reglas comunes propias del sistema de integración, y que la doctrina que emerge de los laudos de los Tribunales Arbitrales puede inspirar la actuación tanto de Tribunales Arbitrales posteriores como de instancias judiciales nacionales, a cuyos efectos los Estados Partes que no estén directamente involucrados en la contienda pueden tener interés en exponer sus puntos de vista, el Tribunal, en aplicación del artículo 13 de las Reglas de Procedimiento⁶⁹, invitó a las Partes a manifestar su posición con relación a la posible intervención en el proceso, con los efectos establecidos en el citado precepto, de los otros Estados Partes del MERCOSUR terceros en la controversia. Tal posibilidad quedó excluida al formular Argentina y Uruguay en tiempo y forma su oposición al respecto.

8. El 28 de junio de 2002, el Tribunal, a través de su Presidente, resolvió hacer uso de la prórroga por treinta días del plazo para pronunciarse, de conformidad con los artículos 20 del Protocolo de Brasilia y 21 de su Reglamento.

9. El 12 de julio de 2002, el Tribunal, a través de su Presidente, resolvió a petición de las Partes la suspensión del procedimiento por un plazo de treinta días corridos. Por sucesivas Providencias de 12 de agosto y 11 de septiembre, y de nuevo a petición de las

⁶⁹ “Artículo 13.- *Presentación de Estados Partes que son terceros en la controversia.*

- (1) Una vez que la Parte Reclamada hubiere formulado respuesta al escrito de presentación, el Tribunal invitará a los Estados Partes en la controversia a fin que, en un plazo de cinco días, manifiesten si se oponen a que los Estados Partes que son terceros en la controversia puedan presentarse a fin de intervenir en la misma con el alcance del presente artículo.
- (2) Transcurrido el plazo del apartado (1) sin que se manifieste oposición, el Tribunal invitará a los Estados Partes terceros en la controversia a que presenten escritos que deberán limitarse a dar a conocer al Tribunal sus puntos de vista con relación a la interpretación de las Normas del Mercosur que hubieren sido invocadas por los Estados Partes en la controversia.
- (3) Los escritos a que se refiere el apartado anterior deberán presentarse dentro del plazo de diez días a partir de que los Estados Partes terceros en la controversia hubieren sido notificados de los escritos de presentación y de respuesta.
- (4) La comparecencia de los Estados Partes terceros en la controversia no les conferirá el carácter de Partes en la misma y, consecuentemente, no les será oponible el Laudo Arbitral que en ella recayere”.

Adviértase que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que representa un marco de integración más débil que el MERCOSUR habida cuenta que su objetivo final es crear simplemente un área de libre comercio, y cuyo sistema de solución de controversias tiene, si cabe, menos pretensiones uniformadoras en la interpretación y aplicación de dicho marco común, prevé en su Capítulo XX (“Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias”), artículo 2013, que “una Parte que no sea contendiente, previa entrega de notificación escrita a su sección del Secretariado y a las Partes contendientes, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar comunicaciones escritas y orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las Partes contendientes”.

Partes, el Tribunal, a través de su Presidente, acordó la suspensión del procedimiento por unos plazos, respectivamente, de treinta y cuarenta y cinco días corridos.

10. El 12 de noviembre de 2002, el Tribunal, a través de su Presidente, tras considerar que no se daban las condiciones mínimas imprescindibles para el correcto desenvolvimiento del procedimiento al no haber facilitado las Partes, como correspondía, los medios para la celebración de la audiencia y la consiguiente deliberación de los miembros del Tribunal, y tras advertir que el comportamiento de las Partes contrario a la buena fe procesal incluía no sólo obstaculizar sino también abstenerse de habilitar los medios necesarios que a cada Parte incumbiera para el desempeño de la labor encomendada al Tribunal, acordó de oficio la suspensión del procedimiento hasta estimar que se dieran las mencionadas condiciones mínimas para continuar con el procedimiento.

11. Levantada de oficio la suspensión y continuado el procedimiento por Providencia de 27 de marzo de 2003, se celebró audiencia el 2 de abril siguiente en - previa expresa aceptación por ambas Partes, particularmente por Argentina- la sede de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en la que las Partes, que adjuntaron sendos Memoriales completando sus respectivos Escritos de Presentación y de Respuesta, fueron escuchadas y contestaron las preguntas formuladas por el Presidente, quedando las actuaciones del proceso sobre la mesa del Tribunal para deliberación y emisión del Laudo Arbitral. Dichas actuaciones, consignadas en Actas y Anexos a las Actas de acuerdo con las Reglas de Procedimiento, constan en autos.

IV. Alegaciones y pretensiones de las Partes

Para fundamentar su reclamación, Argentina sostiene:

12. Que la bonificación otorgada a las exportaciones de los productos industrializados de lana mediante la Ley uruguaya 13.695, de 24 de octubre de 1968, y Decretos complementarios, constituye un incentivo a la exportación prohibido en el comercio intrazona, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa MERCOSUR, y que el mantenimiento de dicha bonificación implica, además, la violación del Entendimiento suscrito entre ambas Partes en la fase pre-arbitral.

13. El artículo 80 de la referida Ley 13.695 dispone:

“Bonifícase en un 22 % del valor FOB declarado en las exportaciones de tejidos en piezas o en confecciones. El Banco de la República entregará a las fábricas elaboradoras de tejidos o confecciones exportadas en cada caso, el monto resultante de la bonificación, siempre que se encuentren al día en sus obligaciones con los organismos de Previsión Social y con la Dirección General Impositiva. Cuando las fábricas tengan deudas con dichos organismos, el Banco de la República verterá la bonificación hasta el importe de la deuda en la cuenta que aquellas empresas tengan en dichas instituciones. El Ministerio de Hacienda pondrá a disposición del Banco de la República las cantidades necesarias para cubrir la bonificación establecida por este artículo, con cargo al producido del impuesto que se crea por el artículo 79”.

El artículo 79 de la misma Ley, por su parte, establece:

“Créase un impuesto a las exportaciones de lanas, que regirá a partir del 1/10/69, y que se liquidará sobre el valor del aforo de exportación de lana sucia, según los coeficientes de contenido en lana sucia que a tales efectos establezca el Poder Ejecutivo, sobre los productos que se enumeran, de acuerdo a las siguientes tasas: a) 4 % para lanas sucias; 2,5 % para lanas sucias desbordadas y c) 1,5 % para lanas lavadas...”.

14. Por Ley 14.926, de 31 de agosto de 1979, se facultó al Poder Ejecutivo (artículo 1) a reducir a tasas menores o a eliminar totalmente la bonificación establecida por el artículo 80 de la Ley 13.695. Haciendo uso de tal habilitación, el Poder Ejecutivo procedió a partir de

1988, mediante sucesivos Decretos, a una reducción gradual del porcentaje de 22 % previsto en el artículo 80 de la Ley 13.695, hasta quedar fijado en un 9 % en el año 1992; desde entonces, dicho porcentaje del 9 % se prorrogó ininterrumpidamente.

15. En 1998, Argentina solicitó a Uruguay la eliminación de la bonificación a las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los países del MERCOSUR, llevándose a cabo contactos que no permitieron llegar a una solución satisfactoria para resolver el planteamiento argentino.

16. En octubre de 2000 se iniciaron las Negociaciones Directas contempladas en el Capítulo II del Protocolo de Brasilia. Tras una serie de contactos que constan en autos, los Sres. Coordinadores del Grupo Mercado Común de Argentina y de Uruguay suscribieron, en el marco de las Reuniones de la Cumbre de Florianópolis celebradas en diciembre de 2000, el siguiente Entendimiento:

“La República Argentina y la República Oriental del Uruguay, celebran el presente Entendimiento relativo a la controversia planteada por la República Argentina a la República Oriental del Uruguay sobre “Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de la Lana otorgado por Uruguay, establecido por la Ley 13.695 de 1968 y Decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona”. En tal sentido acuerdan lo siguiente:

1. La República Oriental del Uruguay eliminará gradualmente, para el comercio entre los Estados Partes del MERCOSUR el régimen de Estímulo a la industrialización de lana establecido por la Ley 13.695 de 1968 y Decretos complementarios, de conformidad con el siguiente cronograma y niveles de estímulo:

Desde 1° de julio de 2001	7%
Desde el 31 de diciembre de 2001	5%
Desde el 1° de julio de 2002	3%
Desde el 31 de diciembre de 2002	0%

2. Antes del 31 de marzo de 2001 la República Oriental del Uruguay completará las notificaciones internas y dictará los actos jurídicos internos necesarios que incluyan en forma integral el cronograma y los niveles acordados en el numeral anterior y que garanticen su cumplimiento.

3. Las Negociaciones Directas en curso entre ambos países, conforme al Capítulo II del Protocolo de Brasilia se darán por concluidas satisfactoriamente al cumplirse lo dispuesto en el presente Entendimiento. En caso contrario se proseguirá, sin más trámite, con los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia”.

17. Tras el envío por Argentina a Uruguay de varias notas reclamando infructuosamente el cumplimiento del Entendimiento, y tratada la controversia por el Grupo Mercado Común en el marco de lo establecido en el Capítulo III del Protocolo de Brasilia, éste dio por concluida su intervención sin haberse alcanzado una solución al respecto en su Reunión Ordinaria XLIV (Montevideo, 4 y 5 de diciembre de 2001). Vuelto a solicitar infructuosamente a Uruguay, en el marco de una Reunión Bilateral celebrada en Buenos Aires en febrero de 2002, que procediera de forma urgente a eliminar la bonificación cuestionada, Argentina decidió iniciar el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, quedando constituido el Tribunal en el tiempo y forma expuestos *ut supra*.

18. Las Conclusiones de Argentina giran en torno a dos cuestiones: por un lado, la incompatibilidad del estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinadas a los Estados Partes del MERCOSUR, con el Tratado de Asunción y la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, sobre “Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del MERCOSUR”; por

otro lado, el reconocimiento expreso por Uruguay de los efectos negativos del estímulo que concede a la lana para el comercio intra-Mercosur, así como de la necesidad de suprimirlo, al suscribir el Entendimiento de 13 de diciembre de 2000, cuyo incumplimiento habría implicado la violación de un compromiso internacional, generando en su contra, según se desprende del *petitum* (cfr. *ut infra*), la carga de tener que abonar la totalidad de las costas y costos del procedimiento arbitral.

19. Por lo que respecta a la primera de las cuestiones recién mencionadas, Argentina expone que el Tratado de Asunción, cuyo objetivo final es la conformación de un mercado común, impediría a los Estados Partes, habida cuenta de la necesidad de interpretar funcional o teleológicamente el Tratado en cuanto mecanismo de integración, adoptar medidas contrarias a dicho objetivo final, caso de aquellas dirigidas a limitar la libre circulación de mercancías o a alterar las condiciones adecuadas de competencia entre los agentes económicos. Recuerda a estos efectos que el artículo 1 del Tratado establece el propósito de coordinar, entre otras, las políticas sectoriales a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes. Recuerda asimismo que, conforme al artículo 2 del Tratado, el MERCOSUR está fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes; reciprocidad que resultaría violada desde el momento en que, en el comercio de lanas industrializadas en el mercado ampliado, solamente las exportaciones de esos productos de Uruguay están beneficiadas por un estímulo.

20. Expone también Argentina que, en el entendido de que los incentivos a la exportación generan ventajas para el país exportador en desmedro del país importador, el Consejo del Mercado Común aprobó la ya referida Decisión 10/94, cuyo artículo 1 consagra el compromiso de respetar, al otorgar incentivos a la exportación, las disposiciones del Acuerdo GATT sobre la materia⁷⁰, señalando que dichos incentivos deben ser compatibles con lo que la misma Decisión dispone en el resto de su articulado (regla ésta que según Argentina podría calificarse de "OMC plus"). Y del artículo 12 de la Decisión 10/94 se desprendería que en materia de incentivos a las exportaciones para el comercio intrazona, el MERCOSUR ha adoptado un criterio restrictivo al disponer dicho precepto que "los incentivos a las exportaciones no serán aplicables al comercio intrazona", estableciendo a continuación como excepciones los casos de: a) financiamiento de exportaciones de bienes de capital a largo plazo otorgado en condiciones, de plazos y tasas de interés, aceptadas internacionalmente para operaciones equivalentes; b) la devolución o exención de impuestos indirectos pagados por los exportadores o acumulados a lo largo de las etapas de producción de los bienes exportados, siempre que el nivel del reintegro no exceda el monto de los impuestos efectivamente pagados; y c) los regímenes aduaneros especiales.

21. Según Argentina, la bonificación cuestionada no encuadraría en ninguna de estas excepciones, habiendo incumplido Uruguay, además, la obligación que impone el artículo 2 de la misma Decisión 10/94 de celebrar las consultas correspondientes con los restantes socios del MERCOSUR respecto del mantenimiento del incentivo objeto de esta controversia. Añade Argentina, finalmente, que en el año 2000, en el marco del Relanzamiento del MERCOSUR, el Consejo del Mercado Común aprobó una Decisión, la 31/00, destinada a regular los diversos incentivos a la producción, a la inversión y a la exportación, cuyo artículo 1 distingue el tratamiento a dar, por una parte, a los incentivos a la producción y a la inversión, a cuyo respecto manifiesta la necesidad de limitar su uso, y por otra, a los relacionados con la exportación, respecto de los cuales expresa el compromiso de su eliminación, confirmando así lo establecido en el artículo 12 de la Decisión 10/94.

22. Considera por lo demás Argentina que si bien la controversia se circunscribe al contexto normativo del MERCOSUR, éste obliga a respetar los compromisos en materia de subvenciones a la exportación del GATT/OMC en forma compatible con lo dispuesto en la propia Decisión 10/94. Y pese a asumir que las normas especiales prevalecen sobre las

⁷⁰ Hoy en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.

generales, estima conveniente hacer un análisis de la normativa GATT/OMC, expresando que, de acuerdo con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, la bonificación constituye una subvención prohibida, siendo en el caso, además, específica de acceso limitado a una rama de la producción y que el artículo 80 de la Ley 13.695 constituye una prueba positiva de ese hecho.

23. Por otro lado, y pese a que en su criterio no resulta necesario referirse a los efectos perjudiciales para su industria de productos industrializados de lana derivados del otorgamiento de la bonificación a las exportaciones uruguayas de estos productos, presenta Argentina, para el caso de que el Tribunal Arbitral interpretara que resulta necesario el análisis de esa situación, datos que demuestran el perjuicio económico.

24. Respecto del Entendimiento suscrito el 13 de diciembre de 2000, segunda cuestión sobre la que, como se señaló, giran sus Conclusiones, Argentina considera que es un compromiso jurídico que ha sido severamente incumplido, apartándose de la regla *pacta sunt servanda* y del principio de buena fe, por Uruguay, cuya conducta manifiesta una continua e ininterrumpida aprobación de decretos que prorrogan el estímulo a la exportación otorgado a los productores laneros uruguayos. Trae también a colación Argentina, además, una serie de notas remitidas por las autoridades uruguayas en el marco de las negociaciones previas y directas que, considera, reconocen expresamente la existencia del incentivo cuestionado y su incompatibilidad con la normativa del MERCOSUR, lo que, a su parecer, le eximiría de presentar pruebas tendentes a demostrar la naturaleza del incentivo otorgado por la Ley 13.695 y su incompatibilidad con la Decisión 10/94.

Sobre la base de tal fundamentación, Argentina solicita:

25. Que el Tribunal,

“I. Disponga y requiera a la República Oriental del Uruguay que en un plazo de quince días proceda a:

1) Eliminar totalmente el estímulo y la bonificación establecidos por la Ley 13.695 de 1968 y sus decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lanas destinadas a los Estados Partes del MERCOSUR cumpliendo así lo establecido por el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94 y la normativa MERCOSUR aplicable.

2) Dictar las normas jurídicas internas y adoptar todos los actos reglamentarios y administrativos necesarios para asegurar la efectiva eliminación requerida en el numeral anterior.

3) Abstenerse de establecer en el futuro todo otro incentivo o medida de carácter equivalente que, alterando las condiciones de competencia en el sector de industrialización de la lana, viole el Tratado de Asunción y la normativa derivada de él.

II. Que, en atención al incumplimiento en que ha incurrido la República Oriental del Uruguay respecto del Entendimiento suscrito entre ambos países el 13 de diciembre de 2000, disponga que las costas y costos de este procedimiento arbitral sean abonados en su totalidad por la República Oriental del Uruguay”.

Para fundamentar su defensa, Uruguay sostiene:

26. En primer lugar, que no ha violado disposición alguna del Tratado de Asunción, que debe interpretarse no sólo funcional o teleológicamente, sino también lógico-sistemáticamente, esto es, atendiendo a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio consagrados en el Preámbulo, que deberían presidir la progresiva concreción, a través de la normativa vinculante emanada de los órganos del MERCOSUR, de los enunciados programáticos y principios generales que esencialmente encierra el cuerpo de dicho Tratado,

que reuniría inequívocamente las características de un “tratado marco”; en segundo lugar, que tampoco ha violado la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94 en lo referente a la no aplicación de incentivos a la exportación en el comercio intrazona, al haber quedado ésta sujeta a condición suspensiva en virtud de la Decisión del mismo Consejo 31/00, que no hace sino plasmar el propósito de armonización, equilibrio y gradualismo que inspira la configuración del MERCOSUR; y, en tercer lugar, considera Uruguay que el Entendimiento de 13 de diciembre de 2000 no puede constituirse en objeto de la controversia, amén de que Argentina habría alterado sustancialmente las condiciones existentes con ocasión de su firma al disponer, entre otras, medidas de análoga naturaleza a aquélla que Uruguay se había comprometido a dismantelar, aflorando así en su argumentación una *exceptio non adimpleti contractus* o “excepción de inejecución” que generaliza, ya expresamente y con carácter subsidiario, para el caso de que el Tribunal considerase que el actual mantenimiento de la medida cuestionada en la controversia viola el artículo 12 de la Decisión 10/94.

27. Por lo que se refiere al primero de los argumentos recién referidos, Uruguay descarta la violación del Tratado de Asunción invocada por Argentina, resultando al efecto la trascendencia de la distinción entre normas programáticas, directrices generales y principios orientadores, y aquellas que constituyen normas de obligatoriedad inmediata: mientras que las primeras (entre las que habría que incluir las contenidas en el Capítulo I del Tratado, y específicamente en sus artículos 1 y 2) no serían en sí mismas exigibles mientras no se plasmasen en normas preceptivas y concretas, dentro de las previsiones y del objeto y fin del Tratado, las segundas sí serían directamente operativas y por ende exigibles.

28. En cuanto a la presunta violación del artículo 12 de la Decisión 10/94, comienza Uruguay por sostener que dicha norma debe interpretarse a la luz de los principios que caracterizan el proceso de constitución del Mercado Común, principios entre los que destacan, según el Preámbulo del Tratado de Asunción, su articulado “y diversos documentos del MERCOSUR”, los de gradualidad, flexibilidad y equilibrio. A partir de tal premisa, defiende que la Decisión 10/94 contiene elementos que permiten advertir el propósito de ir conformando el proceso de integración de manera gradual y equilibrada, tratando de armonizar los distintos intereses de los Estados Partes en el tránsito hacia la constitución del Mercado Común. Dicho propósito se pondría de manifiesto a través tanto del propio *nomen juris* de la norma (que se refiere a la “Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del Mercosur”) como del contenido de varias de sus disposiciones (mencionando al efecto el artículo 2, relativo a las consulta para la creación de incentivos; el artículo 14 relativo a que cuando un Estado Parte se viera afectado por la aplicación de incentivos, “presentará a la Comisión de Comercio del Mercosur, los elementos probatorios a fin de que dicho organismo, luego de evaluar la documentación presentada y en un plazo no superior a los noventa días, eleve sus conclusiones al Grupo Mercado Común”; y el propio artículo 12 que autoriza la aplicación del régimen de devolución o exención de impuestos indirectos, estableciendo que las mismas podrán ser aplicables al comercio intrazona, “hasta que queden armonizadas las condiciones que garanticen un tratamiento tributario en forma igualitaria a las producciones localizadas en el ámbito del Mercosur”).

29. Añade Uruguay que dicho propósito de armonización, equilibrio y gradualismo se torna evidente en la Decisión 31/00, que prevé propuestas para establecer disciplinas comunes -mecanismos de armonización, en definitiva- respecto de los incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación, disponiendo en relación a estos últimos que dichas propuestas deberán “incluir disciplinas para eliminar el uso de los incentivos a las exportaciones intrazona”; y subraya, asimismo, que existirían actualmente en los distintos Estados Partes del MERCOSUR incentivos a la producción cuyos efectos análogos a los incentivos a la exportación convierten en asimétrica la eliminación exclusiva de estos últimos.

30. La referida adopción por la Decisión 31/00 del criterio de armonización y coordinación en relación a los incentivos –incluso en relación a los incentivos a la exportación de aplicación en el comercio intrazona-, derivaría también, según Uruguay, de la instrucción por el Consejo al Grupo Mercado Común para la elaboración de una propuesta para establecer disciplinas comunes, habiendo prorrogado el Consejo el plazo para elaborar dicha propuesta, mediante Decisión 16/01, el que recién vence el 31 de mayo de 2003. De ahí que, según estima Uruguay, la exigibilidad de lo dispuesto por el artículo 12 de la Decisión 10/94, en el sentido de la no aplicación de incentivos a la exportación en el comercio intrazona, haya quedado sujeta a una condición suspensiva. Recuerda asimismo que Argentina presentó a la Reunión de Coordinadores del Grupo Mercado Común de 21 y 22 de febrero de 2001 una propuesta de “Lineamientos para el disciplinamiento de incentivos”, que incluiría incentivos a las exportaciones intrazona que no se encontraban permitidos por el Artículo 12 de la Decisión 10/94, tales como los “beneficios financieros a las exportaciones de bienes de consumo destinados a intrazona, a tasas de interés, condiciones y plazos, que no reflejen el costo de obtención de los fondos en el mercado”. Concluye Uruguay afirmando que, en definitiva, si bien es cierto que la Decisión 31/00 ratifica que el destino de los incentivos a las exportaciones intrazona es su eliminación -reiterando de tal forma la voluntad manifestada en la Decisión 10/94-, lo que no puede ignorarse es que aquélla dispone que dicha eliminación se lleve a cabo a través de disciplinas propuestas por el Grupo Mercado Común, a cuyo efecto se habría fijado un plazo aún no vencido.

31. Sostiene Uruguay que, por lo demás, la necesaria cuadrilateralidad del proceso de armonización, y con ella los principios de reciprocidad y equilibrio, podría verse afectada como consecuencia, como pretende Argentina, de la dilucidación de la problemática en cuestión por vía bilateral, pues ello colocaría a Uruguay en condición de inferioridad con relación a los socios comerciales, que también poseen incentivos a las exportaciones intrazona.

32. Por lo que se refiere al incumplimiento del Entendimiento de 13 de diciembre de 2000 alegado por Argentina, Uruguay considera que, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo de Brasilia, en las controversias sometidas al mismo no pueden invocarse supuestas violaciones ajenas al referido ámbito, por lo que no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal (tomando por ello inaceptable por infundada la pretensión de que las costas y costos del procedimiento sean abonados por Uruguay).

33. Añade Uruguay que, sin perjuicio de lo anterior, el Entendimiento fue suscrito por las Partes con posterioridad a la Decisión 31/00, asumiendo el criterio de gradualismo y flexibilidad inspiradores del proceso de integración regional y atendiendo al espíritu de dicha Decisión que preveía para los incentivos a la exportación aplicables en el comercio intrazona un disciplinamiento aún en vías de implementación. Considera por ello que en ningún caso podría interpretarse el compromiso asumido por Uruguay en el Entendimiento como un reconocimiento de su violación del artículo 12 de la Decisión 10/94.

34. Argumenta Uruguay, por otro lado, que la no ejecución del cronograma de desmantelamiento previsto en dicho Entendimiento responde a una inexplicable conducta de Argentina, traducida en la adopción, una vez suscrito aquél y aun antes de que Uruguay tuviera que dar cumplimiento a la primera etapa de dicho cronograma, de diversas medidas que habrían alterado radicalmente las condiciones de competitividad, entre ellas alguna de naturaleza análoga a la que Uruguay se había comprometido a desmantelar. De ahí que, según Uruguay, la pretensión argentina respecto del efectivo cumplimiento del Entendimiento no compadecería ni con el principio de buena fe y los principios de equilibrio y reciprocidad inspiradores del proceso de integración, ni con el objetivo de la armonización inherente a las relaciones entre los Estados Partes.

35. Defiende finalmente Uruguay, con carácter subsidiario, que, para el caso de que el Tribunal considerara que el mantenimiento de la bonificación cuestionada es contrario al artículo 12 de la Decisión 10/94, los incumplimientos recién referidos en que incurrió Argentina imposibilitarían a ésta para exigir su pretensión en razón de la *exceptio non adimpleti contractus* o “excepción de inejecución”. En apoyo de su argumentación, Uruguay sostiene que este principio de Derecho privado, familiar a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y también reconocido en el ámbito del Derecho Internacional (invocando al respecto el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁷¹, similar al artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986), estaría contenido y consentido en el mismísimo artículo 2 del Tratado de Asunción.

Sobre la base de tal fundamentación, Uruguay solicita:

36. Que el Tribunal “rechace *in totum* la pretensión de la República Argentina...declarándose que en la especie la República Oriental del Uruguay no ha incurrido en incumplimiento alguno de la normativa MERCOSUR”.

V. Presentación por Uruguay en el curso de la audiencia del Decreto del Poder Ejecutivo 121/003.

37. En la audiencia celebrada el 2 de abril de 2003, la representación uruguaya presentó copia debidamente acreditada del Decreto del Poder Ejecutivo 121/003, fechado el 28 de marzo y pendiente de publicación oficial, en el que se dispone:

“Artículo 1.- Elimínase la bonificación establecida por el artículo 80 de la Ley núm. 13.695, de 24 de octubre de 1968.

Artículo 2.- Lo dispuesto regirá para las exportaciones realizadas a partir del 1 de julio de 2003”.

38. Sostuvo la representación uruguaya que la aprobación del referido Decreto implicaba la pérdida sobrevenida del objeto del proceso y, subsidiariamente y para el caso de que no fuera así considerado por el Tribunal, que éste, de estimar atendible el punto I del *petitum* argentino, ampliara a tres meses el plazo para proceder a la ejecución del laudo.

39. Argentina, por su parte, mantuvo invariable su *petitum*, subrayando la importancia, en aras de la seguridad jurídica y de la transparencia, de un laudo estimatorio de su pretensión.

40. El referido Decreto fue publicado en el Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay núm. 26.231, de 3 de abril de 2003.

⁷¹ Conforme al cual: “...2. Una violación grave de las disposiciones de un tratado multilateral por una de las partes facultará...b) a una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación; c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado. 3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado: a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado...”.

FUNDAMENTOS

VI. Sobre la incompatibilidad del estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los Estados Partes del MERCOSUR, con el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, y la plena vigencia de éste.

41. Según establece el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, sobre "Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del MERCOSUR",

"Los incentivos a las exportaciones no serán aplicables al comercio intrazona, con las excepciones enunciadas seguidamente:

a) financiamiento a las exportaciones de bienes de capital a largo plazo: podrá otorgarse bajo las condiciones expuestas en el artículo 4⁷²;

b) devolución o exención de impuestos indirectos: podrán reintegrarse o eximirse en las condiciones previstas en los artículos 5⁷³ y 6⁷⁴, hasta tanto queden armonizadas las condiciones que garanticen un tratamiento tributario en forma igualitaria a las producciones localizadas en el ámbito del Mercosur;

c) regímenes aduaneros especiales: podrán ser concedidos bajo las condiciones establecidas en los artículos 9⁷⁵, 10⁷⁶ y 11⁷⁷, para los insumos, partes o piezas utilizados en la elaboración de bienes sujetos a las disposiciones de los párrafos primero y segundo del artículo 12 referido al Ámbito de Aplicación del Régimen de Origen MERCOSUR. La Comisión de Comercio del MERCOSUR analizará los alcances y limitaciones de la utilización de estos regímenes en el comercio intraregional y propondrá los ajustes que resultaren necesarios para preservar la protección derivada del Arancel Externo Común".

⁷²Según el artículo 4: "Los Estados Partes podrán conceder créditos de fomento y financiamiento a sus exportaciones cuando los mismos sean otorgados en condiciones, de plazos y tasas de interés, compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes".

⁷³ Según el cual: "Los Estados Partes podrán reintegrar, total o parcialmente, los impuestos indirectos pagados por los exportadores o acumulados a lo largo de las etapas anteriores de producción de los bienes exportados, conforme a las disposiciones del Acuerdo General de Aranceles y Comercio – GATT".

⁷⁴ Según el cual: "Los Estados Partes podrán eximir del pago de tributos internos indirectos a los bienes destinados a la exportación".

⁷⁵ Según el cual: "Los Estados Partes podrán conceder el régimen de depósito industrial a un determinado establecimiento de una industria, con el objeto de importar, con suspensión de tributos y bajo control aduanero, mercaderías que, después de ser sometidas a operaciones de industrialización, sean destinadas al mercado externo. El plazo de permanencia de las mercaderías importadas en el régimen de depósito industrial será determinado de acuerdo con las necesidades de cada caso.

A las empresas industriales establecidas en el territorio de los países del Mercosur beneficiarias habituales del régimen aduanero especial de "draw-back" o autorizadas para operar el régimen de depósito industrial, podrá serles concedido el régimen de depósito aduanero de distribución para permitir el depósito de mercaderías importadas sin cobertura cambiaria y destinadas a la exportación o a la reexportación a terceros países. Las mercaderías importadas serán de la misma marca adoptadas por la beneficiaria y producidas por empresas localizadas en el exterior y vinculadas a la beneficiaria, independientemente de su origen o procedencia".

⁷⁶ Según el cual: "Serán considerados subsidios derivados de la aplicación de los regímenes mencionados en los Artículos 6, 7, 8 y 9, la devolución, suspensión o exención de gravámenes a la importación de mercaderías a ser utilizadas en procesos productivos de bienes de exportación cuya cuantía exceda los montos efectivamente pagados, suspendidos o eximidos".

⁷⁷ Según el cual: "Los Estados Partes se comprometen a instrumentar sistemas de verificación y control mutuo de los procesos de devolución total o parcial de impuestos indirectos, así como de la tipificación de los bienes importados y de su integración final a los bienes a ser exportados, a fin de evitar la desnaturalización de los regímenes aduaneros especiales referidos anteriormente.

Asimismo, 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 intraregional".

42. El artículo 1 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 31/00, sobre “Relanzamiento del MERCOSUR. Incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación, incluyendo zonas francas, admisión temporaria y otros regímenes especiales”, expone, por su parte, la decisión del Consejo 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.

Esta propuesta deberá incluir disciplinas para la limitación del uso de los incentivos a la producción y a la inversión que crean distorsiones en la asignación de recursos en el ámbito subregional. Asimismo, deberá incluir disciplinas para eliminar el uso de los incentivos a las exportaciones intrazona.

El Grupo Mercado Común considerará la propuesta antes del 31 de marzo de 2001 y la elevará a la siguiente Reunión Ordinaria del Consejo del mercado Común, incluyendo las fechas a partir de las cuales se instrumentarán las disciplinas en materia de incentivos a la producción, a la exportación y a la inversión”.

43. En virtud, finalmente, del artículo 3 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 16/01, sobre “Prórroga de plazos”, el Consejo dispuso:

“Prorrogar hasta el 31 de mayo de 2003, el plazo previsto en el artículo 1 de la Decisión CMC 31/00 para que el Grupo Mercado Común elabore una propuesta para establecer disciplinas comunes relacionadas con la utilización de incentivos a las inversiones, a la producción y exportación intrazona, en los términos del párrafo 2 del referido dispositivo. La referida propuesta deberá ser elevada a consideración en la XXIV Reunión del CMC”.

44. En lo concerniente al Tratado de Asunción, establece en su artículo 1:

“Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que debe estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará «Mercado Común del Sur» (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica:

La libre circulación de bienes, servicios y 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 de cualquier otra medida equivalente:

El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económicos comerciales regionales e internacionales;

La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;

El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

45. Conviene aclarar, en primer lugar, que entre los objetivos y fines del Tratado de Asunción, figura el firme compromiso de los Estados Partes de coordinar sus respectivas políticas “a fin –como señala el precepto recién transcrito- de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes”; compromiso que se hizo parcialmente realidad a través de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, destinada a hacer operativa la voluntad de los Estados Partes de crear un marco jurídico propicio para la efectiva constitución de un mercado común, como claramente se desprende del artículo 1 del Tratado, a cuya luz debe interpretarse la Decisión 10/94, particularmente su artículo 12.

46. Es, pues, a la luz de ambas disposiciones manejadas conjuntamente, el artículo 1 del Tratado de Asunción y el 12 de la Decisión 10/94, de donde debe partir el enjuiciamiento por este Tribunal, vinculando así la vulneración del objeto y fin del Tratado con la de la normativa adoptada en consecuencia, que es la que, en definitiva, entiende Argentina

frontalmente infringida por Uruguay, tal y como se desprende del *petitum* mismo, en el que la única disposición específica y expresamente citada como vulnerada es el artículo 12 de la Decisión 10/94.

47. Sentado lo anterior, hay que dilucidar, en primer lugar, si efectivamente el estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los Estados Partes del MERCOSUR, resultan o no contrarios al artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94.

48. Recordemos al efecto que el artículo 80 de la Ley 13.695 dispone:

“Bonifícase en un 22 % del valor FOB declarado en las exportaciones de tejidos en piezas o en confecciones. El Banco de la República entregará a las fábricas elaboradoras de tejidos o confecciones exportadas en cada caso, el monto resultante de la bonificación, siempre que se encuentren al día en sus obligaciones con los organismos de Previsión Social y con la Dirección General Impositiva. Cuando las fábricas tengan deudas con dichos organismos, el Banco de la República verterá la bonificación hasta el importe de la deuda en la cuenta que aquellas empresas tengan en dichas instituciones. El Ministerio de Hacienda pondrá a disposición del Banco de la República las cantidades necesarias para cubrir la bonificación establecida por este artículo, con cargo al producido del impuesto que se crea por el artículo 79”.

El artículo 79 de la misma Ley, por su parte, establece:

“Créase un impuesto a las exportaciones de lanas, que regirá a partir del 1/10/69, y que se liquidará sobre el valor del aforo de exportación de lana sucia, según los coeficientes de contenido en lana sucia que a tales efectos establezca el Poder Ejecutivo, sobre los productos que se enumeran, de acuerdo a las siguientes tasas: a) 4 % para lanas sucias; 2,5 % para lanas sucias desbordadas y c) 1,5 % para lanas lavadas...”.

49. Recordemos también que por Ley 14.926, se facultó al Poder Ejecutivo a reducir a tasas menores o a eliminar totalmente la bonificación establecida por el artículo 80 de la Ley 13.695, y que dicha eliminación se previó en los Decretos 287/93 primero y 294/94 después, estableciendo éste que el incentivo quedaría eliminado a partir del 1 de mayo de 1995. No obstante lo cual, el Poder Ejecutivo procedió a prorrogar dicha fecha mediante Decretos sucesivos, manteniéndose en la actualidad la bonificación en un porcentaje del 9 % del valor FOB declarado en las exportaciones de tejidos en piezas o en confecciones. En efecto, haciendo uso de la habilitación parlamentaria en su favor, el Poder Ejecutivo procedió a partir de 1988, mediante sucesivos Decretos, a una reducción gradual del porcentaje de 22 % previsto en el artículo 80 de la Ley 13.695, hasta quedar fijado en un 9 % en el año 1992; desde entonces, dicho porcentaje del 9 % se ha prorrogado ininterrumpidamente.

50. En ningún momento discute Uruguay que nos encontramos ante un incentivo a la exportación tal y como sostiene Argentina, que advierte al efecto que el artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC define el concepto de subvención en los siguientes términos:

“1.1. A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a)1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Estado miembro,(...), es decir:

i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);

iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios –que no sean de infraestructura general- o compre bienes;

iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias funciones descritas en los

incisos 1) a iii) *supra* que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y en la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos,

o

a)2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994;
b) con ello se otorgue un beneficio”.

51. Como sostiene Argentina y no rebate Uruguay, los pagos que realiza el Gobierno uruguayo a las empresas exportadoras –canalizados a través del Banco de la República- en concepto de bonificación a las exportaciones que involucren tejidos o confecciones, constituyen una subvención de acuerdo a la definición que sobre ella contiene el recién transcrito precepto, habida cuenta que: 1) existe una contribución financiera en la medida en que representa una transferencia directa de fondos; 2) la intervención del Gobierno se materializa a través de una entidad de naturaleza pública –el Banco de la República Oriental del Uruguay- responsable de ejecutar los pagos a los operadores; y 3) el beneficio se puede medir por los montos resultantes del porcentaje de la bonificación establecida en la Ley 13.695, que permite a los exportadores uruguayos obtener ingresos mayores de los que resultarían al concretar sus ventas al exterior sin incorporar la referida contribución.

52. Asumido, pues, que estamos ante un incentivo a la exportación, y que el incentivo en cuestión no encuadra, como sostiene Argentina y no rebate Uruguay, en alguna de las excepciones enunciadas en el artículo 12 de la Decisión 10/94, del preciso mandato de dicho precepto (“los incentivos a las exportaciones no serán aplicables al comercio intrazona”) se desprende que la bonificación discutida infringe lo dispuesto en dicho precepto.

53. Declarada la vulneración del artículo 12 de la Decisión 10/94, debe analizarse a continuación si, como alega Uruguay, la exigibilidad de lo en él dispuesto, en el sentido de la no aplicación de incentivos a la exportación en el comercio intrazona, ha quedado sujeta a condición suspensiva en virtud de la Decisión del Consejo del Mercado Común 31/00.

54. Como se desprende de la propia rúbrica de la Decisión 31/00, “Relanzamiento del MERCOSUR”, los Estados Partes, reafirmando en el Preámbulo su voluntad manifestada en el Tratado de Asunción de constituir un mercado común, pretendieron dar un paso más en tal dirección, avanzando en lo que aquí importa, por un lado, en la armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del MERCOSUR, incluida la armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones intrazona permitidos, por vía de excepción, por el artículo 12 de la Decisión 10/94; y, por otro lado, en la seguridad jurídica y la transparencia respecto de los demás incentivos a las exportaciones intrazona excluidos del sistema de integración por cuanto no previstos en las excepciones enunciadas en dicho artículo 12. Es en este, y no en otro sentido, como debe entenderse la Decisión del Consejo del Mercado Común, plasmada en el artículo 1 de la Decisión 31/00, 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”; propuesta que, por lo que respecta concretamente a estas últimas, “deberá incluir disciplinas para eliminar el uso de los incentivos a las exportaciones intrazona”.

55. Consecuencia de ello, el Consejo del Mercado Común, lejos de pretender someter, implícitamente, la clara y precisa prohibición del artículo 12 de la Decisión 10/94 en lo concerniente a los incentivos a las exportaciones intrazona no incluidas en las excepciones en él enunciadas, a una condición suspensiva consistente en supeditar la referida prohibición a posteriores intervenciones normativas suyas a partir de las propuestas al respecto elaboradas por el Grupo Mercado Común, quiso -y así lo hizo- reafirmar dicha prohibición, comprometiéndose a facilitar su mayor eficacia a través de oportunos disciplinamientos

dirigidos a reforzar la seguridad y la transparencia en su operatividad, e incluso avanzar y profundizar en ella, abordando la progresiva eliminación de las excepciones vigentes.

56. En virtud de lo cual, procede declarar la incompatibilidad del estímulo y la bonificación previstos en la Ley uruguaya 13.695/68 y Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lana destinados a los Estados Partes del MERCOSUR, con el artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94, y la plena vigencia de éste.

VII. Sobre el incumplimiento por Uruguay del Entendimiento de 13 de diciembre de 2000, relativo a la controversia planteada por la República Argentina a la República Oriental del Uruguay sobre “Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de la Lana otorgado por Uruguay, establecido por la Ley 13.695 de 1968 y Decretos complementarios con la normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona”.

57. El incumplimiento de los Entendimientos que, como en el caso que nos ocupa, puedan suscribirse en el marco de las Negociaciones Directas entabladas sobre la base del Capítulo II del Protocolo de Brasilia, tiene por efecto, en principio y al igual que las Recomendaciones que el Grupo Mercado Común puede emitir sobre la base del Capítulo III del mismo Protocolo, habilitar la fase siguiente del procedimiento⁷⁸.

58. Dichas negociaciones entre los Estados Partes implicados en una controversia son imprescindibles para permitir, de no llegar a buen término, el paso a la siguiente fase, representada por la intervención del Grupo Mercado Común; y, como se ha sostenido, “será el tercero llamado a intervenir –en nuestro caso, el Grupo Mercado Común– el que habrá de

⁷⁸ Respecto de las Recomendaciones, se ha dicho que “el no acatamiento por las partes, sólo tiene como consecuencia facilitar a cualesquiera de los Estados partes poder acudir a la siguiente etapa del proceso, que es la arbitral” (J. Pérez Otermin, *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 54; en la misma línea, cfr. D. Operti, *Solución de controversias en el MERCOSUR. Aspectos de Derecho Internacional Privado*, en *El MERCOSUR después de Ouro Preto. Aspectos Jurídicos*, Seminario celebrado en agosto y septiembre de 1995 publicado en la Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Serie Congresos y Conferencias n° 11, p. 135-136, y A. Uriondo de Martinoli, *Solución de controversias*, Advocatus, Córdoba, 1999, p. 28). De lo dicho no se desprende, por lo demás, que un Entendimiento esté desnudo de efectos procesales más allá de actuar como elemento que puede resultar decisivo para determinar si se dieron las condiciones para avanzar en el procedimiento. Así por ejemplo, despliega también sus efectos a la hora de determinar el objeto de la controversia. En efecto, pese a la confusa redacción del artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias adoptado por Decisión del Consejo del Mercado Común 17/98 (según el cual “el objeto de las controversias entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y de respuesta”), que ha llevado a algún Tribunal *ad hoc* del MERCOSUR a considerar que las Partes pueden ampliar sin límites el objeto de la controversia hasta los escritos de presentación y de respuesta (Laudo de 10 de marzo de 2000, del Tribunal Arbitral *ad hoc* constituido para decidir en la controversia entre la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre la aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles), parece claro que, si no se quiere vaciar de contenido la fase pre-arbitral, dicho objeto debe venir necesariamente predeterminado por las cuestiones suscitadas por las Partes a lo largo de las negociaciones directas (en tal sentido, cfr. los Laudos de 28 de abril de 1999 y de 21 de mayo de 2001, de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* constituidos para decidir las controversias entre, respectivamente, la República Argentina y la República Federativa de Brasil sobre la aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, y la República Federativa del Brasil y la República Argentina sobre aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros). Así lo establece, por lo demás, el apartado 2 del art. 14 del –aún pendiente de ratificación por los Estados Partes– Protocolo de Olivos, según el cual “los planteamientos que las partes realicen en los escritos mencionados en el numeral anterior se basarán en las cuestiones que fueron consideradas en las etapas previas, contempladas en el presente Protocolo y en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto”.

pronunciarse sobre la eventual excepción del previo agotamiento de la vía diplomática alegada por una de las partes”⁷⁹.

59. Uruguay no puso en su momento en tela de juicio la cláusula tercera del Entendimiento (conforme a la cual, recordemos, “Las Negociaciones Directas en curso entre ambos países, conforme al Capítulo II del Protocolo de Brasilia se darán por concluidas satisfactoriamente al cumplirse lo dispuesto en el presente Entendimiento. En caso contrario se proseguirá, sin más trámite, con los procedimientos previstos en el Protocolo de Brasilia”), por lo que fue procedente el paso a la intervención del Grupo Mercado Común.

60. Sentado lo cual, y sin necesidad de prejuzgar si el comportamiento de las Partes en el marco de las Negociaciones Directas pudiera tener consecuencias a los efectos de una posible condena en costas y costos, es lo cierto que este Tribunal no ha observado actitud alguna por lo que respecta a Uruguay que le haga merecedora, tal y como solicita Argentina, de un pronunciamiento en el sentido de que las costas y costos de este procedimiento arbitral sean abonados por aquélla en su totalidad como consecuencia del incumplimiento del Entendimiento suscrito el 13 de diciembre de 2000.

VIII. Sobre la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de inejecución alegada por Uruguay.

61. Como quedó expuesto en los antecedentes (punto 35), alega Uruguay, para el caso, como sucede, de que el Tribunal considerase que el mantenimiento de la medida cuestionada viola el artículo 12 de la Decisión 10/94, que “corresponde concluir que Argentina está inhabilitada para promover la presente controversia por aplicación de incentivos a la exportación en el comercio intrazona, cuando ella misma no sólo aplica diversos incentivos de igual naturaleza...sino que alguno de ellos ha sido extendido al comercio intrazona con posterioridad a la Decisión 31/00”

62. Esta *exceptio non adimpleti contractus* o “excepción de inejecución”, como recordara el *Laudo sobre la aplicación del IMESI (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos*⁸⁰, “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 sometido 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”. Sentado lo cual, y tras advertir que “esta excepción es muy próxima, en su naturaleza, a la represalia”, concluyó afirmando: “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 regional que visa tornarse en un mercado común, porque en ella 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”.

63. Sin perjuicio de que la *exceptio non adimpleti contractus*, que Uruguay extrae sustancialmente del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no se entiende pueda resultar extensiva a situaciones que no encuadren en los extremos específicamente contemplados en dicho texto, y en particular, no se entiende pueda resultar extensiva a normativa derivada de la intervención de órganos creados en el seno de un sistema de integración regional con poderes para la elaboración de reglas comunes, lo cierto es que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR (que no hay duda que

⁷⁹ A. Remiro Brotons e.a., *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 833.

⁸⁰ Laudo de 21 de mayo de 2002, 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.

puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito⁸¹, ante un ordenamiento “organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”) ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia.

64. En efecto, según el artículo 43 del Protocolo de Ouro Preto, “las controversias que surgieran entre los Estados Partes...serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia”; Protocolo este que los Estados Partes adoptaron, según reza su Preámbulo, “reconociendo la importancia de disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado tratado –de Asunción- y de las disposiciones que de él deriven” y “convencidos de que el sistema de solución de controversias contenido en el presente Protocolo contribuirá al fortalecimiento de las relaciones entre las Partes sobre la base de la justicia y de la equidad”.

65. Así pues, el Protocolo de Brasilia se adoptó no sólo para dar, sin más, cumplimiento formal a lo dispuesto en el artículo 3⁸² y en el Anexo III⁸³ del Tratado de Asunción, sino en el convencimiento de que el mismo serviría para fortalecer las relaciones entre las Partes basadas en la justicia y la equidad, así como en la reciprocidad⁸⁴ entendida desde la lealtad hacia el sistema de integración⁸⁵. No es preciso, en consecuencia, que estemos ante un “derecho comunitario pleno”⁸⁶ para excluir el mecanismo de autotutela del

⁸¹ J. Pérez Otermin, *El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto*, ya citado, p. 105.

⁸² “Durante el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptarán un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia, que constan como Anexos II, III y IV al presente Tratado”.

⁸³ “1) Las controversias que pudieran surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del tratado serán resueltas mediante negociaciones directas.

En caso de no lograr una solución dichos Estados Partes someterán la controversia a consideración del Grupo Mercado Común, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de sesenta (60) días las recomendaciones pertinentes a las Partes para la solución del diferendo. A tal efecto, el Grupo Mercado Común podrá establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con asesoramiento técnico.

Si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanzara una solución, se elevará la controversia al Consejo del mercado Común para que adopte sus recomendaciones pertinentes.

2) Dentro de los ciento veinte (120) días de la entrada en vigor del Tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición.

3) Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común”.

⁸⁴ “El mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes” (artículo 2 del Tratado de Asunción).

⁸⁵ “Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo” (artículo 38 del Protocolo de Ouro Preto).

⁸⁶ Caso del sistema europeo de integración, que ya en 1964, por boca de su Tribunal de Justicia (asuntos acumulados 90/63 y 91/63, de 13 de noviembre de 1964, Comisión v. Luxemburgo y Bélgica, Recopilación española 137), sentó clara y tajantemente la doctrina desde entonces constante de que “el Tratado no se limita a crear obligaciones recíprocas entre los diferentes sujetos a los que se aplica, sino que establece un ordenamiento jurídico nuevo que regula las facultades, derechos y obligaciones de dichos sujetos, *así como los procedimientos necesarios para obtener la declaración y la sanción de toda eventual violación*”, consecuencia de lo cual, “*a excepción de los supuestos expresamente previstos, el sistema del Tratado supone la prohibición de que los Estados miembros practiquen la autotutela jurídica*” (rechazando así la tesis de los Gobiernos demandados según la cual “dado que el Derecho Internacional reconoce a la parte perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones que incumben a otra parte la facultad de dejar de cumplir sus propias obligaciones, la Comisión carecía de legitimación para invocar la *violación del Tratado*”).

ordenamiento jurídico del MERCOSUR (y no otra cosa es, en última instancia, la *exceptio non adimpleti contractus*⁸⁷). Antes al contrario, basta para su exclusión con que los Estados Partes hayan previsto, como es el caso del MERCOSUR, un marco específico para solucionar sus controversias, que supedita la adopción de medidas de represalia al incumplimiento del correspondiente laudo⁸⁸; marco específico que, junto con el sistema visto en su conjunto desde el mencionado prisma de la lealtad hacia la propia estructura regional y hacia todos los Estados Partes, se vería igualmente defraudado si se permitiera amparar incumplimientos propios en incumplimientos ajenos por la vía de la *exceptio non adimpleti contractus*.

66. Procede así desestimar la *exceptio non adimpleti contractus* o “excepción de inejecución” alegada por Uruguay, habida cuenta que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR se ha provisto de un cauce específico para hacer frente a las infracciones de su normativa por los Estados Partes que supedita, en las relaciones interestatales, la adopción de medidas de defensa frente a tales infracciones a la previa declaración de incumplimiento del laudo declarativo de la infracción en su caso emitido por el correspondiente Tribunal *ad hoc*, al efecto constituido conforme al Protocolo de Brasilia.

IX. Sobre la incidencia en el proceso del Decreto del Poder Ejecutivo de la República Oriental del Uruguay 121/003.

67. Según se expuso en los antecedentes, la representación uruguaya presentó en el curso de la audiencia copia debidamente acreditada del Decreto del Poder Ejecutivo 121/003, fechado el 28 de marzo y pendiente de publicación oficial, en el que se dispone:

“Artículo 1.- Elimínase la bonificación establecida por el artículo 80 de la Ley núm. 13.695, de 24 de octubre de 1968.

Artículo 2.- Lo dispuesto regirá para las exportaciones realizadas a partir del 1 de julio de 2003”.

Dicho Decreto fue publicado en el Diario Oficial núm. 26.231, de 3 de abril de 2003.

68. Considera el Tribunal que la publicación del referido Decreto, como sostuvo Argentina en la audiencia, no implica la desaparición sobrevenida del objeto del proceso, en la medida en que el propio Decreto pospone la eliminación de la bonificación establecida en la Ley 13.695, por lo que a las exportaciones se refiere, al 1 de julio de 2003.

69. Por otro lado, del *petitum* de Argentina se desprende su pretensión de obtener un pronunciamiento por el que se disponga la eliminación, en un plazo de quince días, de la bonificación establecida en la Ley 13.695 y sus Decretos complementarios por lo que a las exportaciones intrazona se refiere; y solicita Argentina que ello se disponga, precisamente,

⁸⁷ Como reconoce H. Gros Espiell, *La exceptio non adimpleti contractus en el Derecho Internacional Público y su eventual aplicación en el Tratado de Asunción*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, 2001, n° 19, p. 80.

⁸⁸ “Si un Estado Parte no cumple el laudo del Tribunal Arbitral en el plazo de treinta (30) días, los otros Estados Partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento” (artículo 23 del Protocolo de Brasilia).

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que tales medidas compensatorias, cuyo objetivo no es otro que constreñir al Estado obligado a cumplir con lo dispuesto en el laudo, presuponen un gravísimo comportamiento cual es el incumplimiento de éste, a cuyo respecto, aun en el diferente contexto de la Comunidad Andina, pueden traerse a colación las palabras de su Tribunal de Justicia en el Auto de 20 de octubre de 1999, Proceso 1-AI-97 (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, núm. 500, de 25 de octubre de 1999): “Que siempre y en todos los casos el incumplimiento de una sentencia del órgano jurisdiccional comunitario es de gravedad extrema, y que, como se puede deducir sin mayor esfuerzo dialéctico, es un hecho que afecta a todos los Países Miembros y a todos los Órganos y Entidades de la Comunidad al lesionar directamente el proceso de integración en el que la subregión viene empeñada desde hace más de treinta años”.

como consecuencia de su incompatibilidad con la normativa MERCOSUR, impidiendo así que Uruguay pueda restablecer en el futuro un incentivo como el discutido en este proceso.

70. Por lo expuesto, debe declararse, sin entrar en mayores disquisiciones, que en nada ha alterado el objeto del proceso la publicación en el Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay del Decreto del Poder Ejecutivo 121/003.

X. Sobre la buena fe procesal de las Partes a lo largo del procedimiento arbitral.

71. Como quedó expuesto en los antecedentes, el Tribunal tuvo que suspender hasta tres veces el proceso a petición de ambas Partes; finalmente, en ausencia de las condiciones mínimas indispensables para desarrollar debidamente la función encomendada ante la falta de habilitación por las Partes de los medios necesarios al respecto, y previa advertencia por el Presidente de que tal conducta omisiva podía incidir en el pronunciamiento acerca de las costas y costos del proceso, el Tribunal decidió suspender de oficio el mismo hasta que se dieran las mencionadas condiciones para su correcto desenvolvimiento.

72. Consta en autos que Argentina se dirigió hasta en seis ocasiones a Uruguay para que asumiera la habilitación de 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 esta que fue finalmente remediada por Argentina asumiendo las cargas inherentes al proceso que habían provocado su paralización.

73. Según el artículo 24 del Protocolo de Brasilia,

“1. Cada Estado parte en la controversia sufragará los gastos ocasionados por la actuación del árbitro por él nombrado.

2. “El Presidente del Tribunal Arbitral recibirá una compensación pecuniaria, la cual, juntamente con los demás gastos del Tribunal Arbitral, serán sufragados en montos iguales por los Estados partes en la controversia, a menos que el Tribunal decidiera distribuirlos en distinta proporción”.

74. Pues bien, ante la ausencia de justificación alguna de su comportamiento por parte de Uruguay tanto a lo largo de la fase escrita como con ocasión de la audiencia, el Tribunal, haciendo uso de la prerrogativa que le reconoce el apartado 2 del artículo 24 del Protocolo de Brasilia, considera que corresponde a Uruguay sufragar la totalidad de las costas y costos de dicho proceso en los términos del referido artículo 24, esto es, la totalidad de las costas y costos del proceso excluidos (apartado 1) los gastos ocasionados por la actuación de los árbitros nombrados por cada Parte, que a cada Parte corresponderá sufragar.

75. Por lo expuesto, el Tribunal, haciendo uso de la prerrogativa prevista en el artículo 24.2 del Protocolo de Brasilia, dispone que Uruguay se haga cargo de los gastos habidos en este proceso arbitral, salvo los derivados de la actuación de los árbitros nacionales de las partes por ellas nombrados, que deberán ser sufragados, conforme establece el artículo 24.1 del referido Protocolo: por Uruguay los gastos correspondientes al árbitro uruguayo, y por Argentina los gastos correspondientes al árbitro argentino.

DECISIÓN

Por todo lo expuesto, este Tribunal, por unanimidad, decide:

Primero.- Que la República Oriental del Uruguay proceda a eliminar la bonificación establecida por la Ley 13.695 y sus Decretos complementarios para las exportaciones de productos industrializados de lanas destinadas a los Estados Partes del MERCOSUR, por cuanto contraria al artículo 12 de la Decisión del Consejo del Mercado Común 10/94. Dicha eliminación deberá ser efectiva dentro de los quince días siguientes a la notificación a las Partes contendientes del presente Laudo, sin que proceda pronunciamiento alguno sobre comportamientos futuros por parte de la República Oriental del Uruguay.

Segundo.- Que los gastos del procedimiento arbitral sean sufragados por las Partes en la controversia de acuerdo con el artículo 24 del Protocolo de Brasilia y de la siguiente forma:

- a) Cada Estado contendiente se hará cargo de los gastos ocasionados por la actuación del Árbitro por él nombrado.
- b) La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados por la República Oriental del Uruguay.
- c) Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del presente Laudo.

Tercero.- Que las actuaciones de esta instancia arbitral sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, quedando bajo su custodia.

Cuarto.- Que se proceda a la notificación de este Laudo a la República Argentina y a la República Oriental del Uruguay, partes en la controversia, por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Dr. Ricardo Alonso García
Árbitro Presidente

Dr. Enrique Barreira
Árbitro

Dr. Eduardo Mezzera
Árbitro

LAUDO X

TRIBUNAL ARBITRAL *AD HOC* MERCOSUR

“Controversia sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco”,

República Oriental del Uruguay c. República Federativa del Brasil.

Laudo Arbitral

5 de Agosto de 2005.

VISTO:

Para Laudo las presentes actuaciones ante este Tribunal Arbitral relativas a la controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante, en adelante “Uruguay”) y la República Federativa del Brasil (Parte Reclamada, en adelante “Brasil”) “sobre medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco”.

Constitución del Tribunal

El Tribunal Arbitral, convocado para entender en la presente controversia de conformidad con el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR de fecha 17 de diciembre de 1991, se encuentra integrado por los árbitros Dr. Raúl Emilio Vinuesa de la República Argentina (Presidente del Tribunal), Dra. Nádía de Araujo de la República Federativa del Brasil y el Dr. Ronald Herbert de la República Oriental del Uruguay.

El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento y el Protocolo de Ouro Preto, y se han cumplido con todos los términos y condiciones establecidas en estos instrumentos a efecto de que se dieran por iniciadas las presentes actuaciones arbitrales. Las etapas previas al arbitraje, prescriptas en las normas relativas a la Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia y del Protocolo de Ouro Preto, fueron debidamente observadas.

Representantes de las Partes

La República Oriental del Uruguay designó como sus representantes al Dr. José María Robaina, al Dr. Hugo Cayrús Maurín, a la Dra. Myriam Fraschini y a la Dra. María Carmen Ferreira. La República Federativa de Brasil no designó representantes, por tal motivo todas las actuaciones fueron notificadas a través del Coordinador brasileño en el Grupo Mercado Común.

Antecedentes de la controversia

De conformidad con el Artículo 26 del Protocolo de Brasilia una empresa con domicilio en Uruguay, Compañía industrial de Tabacos Monte Paz S.A., formalizó un reclamo ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común de Uruguay con fundamento en el Capítulo V del antedicho Protocolo alegando la existencia de perjuicios actuales y futuros, consecuencia de la implementación de los Decretos No 3.646 y 3.647 de la República Federativa de Brasil de fecha 30 de Octubre de 2000. Esos Decretos, según la empresa, tenían efecto restrictivo y

discriminatorio del comercio en materia de exportación de tabaco, productos derivados del tabaco, filtros de cigarrillo, papel para cigarrillos y envoltorios para filtros.⁸⁹

La Sección Nacional del Grupo Mercado Común de Uruguay después de constatar la verosimilitud de las violaciones aludidas, determinó la existencia o amenaza de perjuicio en base a los argumentos y pruebas aportados por la empresa denunciante.

En consecuencia, la Sección Nacional Uruguaya del Grupo Mercado Común, de conformidad al Artículo 27 inciso c) del Protocolo de Brasilia presentó con fecha 16 de marzo de 2001 un reclamo ante el Grupo Mercado Común.⁹⁰

En observancia al Artículo 29 del Protocolo de Brasilia el Grupo Mercado Común procedió a la convocatoria de un Grupo de Expertos a efectos de emitir un dictamen sobre la procedencia de la reclamación planteada. Con fecha 14 de Agosto de 2001 el Grupo de Expertos produjo su Dictamen declarando la procedencia del reclamo por unanimidad.⁹¹

De acuerdo a lo establecido por el Artículo 32 del Protocolo de Brasilia, Uruguay requirió del gobierno de Brasil la adopción de medidas correctivas y/o la anulación de las normas impugnadas. Con posterioridad a la reiteración del requerimiento de Uruguay y habiendo vencido el plazo para adoptar medidas correctivas, Brasil por Decreto No 4.831 de fecha 5 de septiembre de 2003 derogó el Decreto No 3.647.

Finalmente, Uruguay con fecha 6 de diciembre de 2004 comunicó a la Secretaría Administrativa de MERCOSUR (en adelante, la "SAM") su intención de recurrir al procedimiento arbitral previsto en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia.⁹² Brasil solicitó y Uruguay acordó postergar por 30 días el inicio del plazo establecido en el Artículo 9.2.i) del Protocolo de Brasilia.

Posteriormente las partes procedieron a nombrar sus respectivos árbitros nacionales titulares y suplentes y de común acuerdo nombraron al tercer árbitro.

Con fecha 21 de abril de 2005 Brasil solicitó la suspensión temporaria del procedimiento arbitral a efectos de la realización de una reunión bilateral a convocarse el día 28 de abril de 2005 con el propósito de encontrar una solución negociada definitiva a la controversia planteada. Uruguay con fecha 21 de abril de 2005 dio su conformidad para suspender los procedimientos hasta el 1 de mayo de 2005. Por nota de fecha 26 de abril de 2005, Brasil prestó su conformidad con el plazo de suspensión propuesto por Uruguay. Con fecha 2 de mayo de 2005 la SAM informó que al no haberse recibido comunicación de los resultados de la reunión bilateral celebrada el 28 de abril de 2005, se reiniciaban los procedimientos arbitrales.

El Tribunal Arbitral Ad Hoc celebró su primer audiencia del día 10 de mayo de 2005 convocada en la sede de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, en la ciudad de Montevideo.

Durante la Audiencia el Tribunal adoptó las Reglas de Procedimiento de conformidad a los Artículo 15 del Protocolo de Brasilia y 20 del Reglamento de dicho Protocolo e invitó a las Partes a designar sus respectivos representantes y a constituir domicilio en la ciudad de Montevideo. El Tribunal invitó a la Parte Reclamante a someter el escrito de presentación dentro de los 10 días contados desde el siguiente a la notificación.

⁸⁹ Escrito de Reclamación presentado por la República Oriental del Uruguay, parágrafo 4) p. 2.

⁹⁰ Idem ant. Parágrafo 8) p. 3.

⁹¹ Idem ant. Parágrafo 9) y 10) p. 3.

⁹² Idem ant. Parágrafo 14) p. 4.

La República Oriental del Uruguay presentó su escrito de demanda en tiempo y forma, y de acuerdo a lo dispuesto por este Tribunal, designó sus representantes y constituyó su domicilio legal.

Por nota de fecha 6 de junio de 2005 el Coordinador Nacional Alterno del Grupo Mercado Común de Brasil solicitó la extensión del plazo para la presentación de su escrito de contestación de la demanda.

Por Orden Procesal No 1 de fecha 11 de junio de 2005, el Tribunal concedió a Brasil la extensión del plazo solicitada y fijó como fecha límite para la presentación de su escrito de respuesta el día 28 de junio de 2005.

Uruguay por nota de fecha 27 de junio de 2005 manifestó su oposición a la prórroga del plazo concedido a Brasil por la Orden Procesal No 1.

Con fecha 11 de julio de 2005, el Tribunal, frente a la falta de presentación del escrito de contestación de la Reclamación por parte de Brasil, decidió por Orden Procesal No 2 invitar a las Partes en la controversia a que manifiesten si se oponen a que los otros Estados Parte de MERCOSUR, que son terceros en la controversia, puedan presentarse a fin de intervenir en la misma en los términos del Artículo 13 de las Reglas de Procedimiento del Tribunal.

Uruguay por nota de fecha 14 de julio de 2005 manifestó al Tribunal su oposición al requerimiento formulado por Orden Procesal No 2. En consecuencia, por Orden Procesal No 3 del 20 de julio de 2005 el Tribunal, en observancia de los pasos procesales previstos por el Artículo 16 de sus Reglas de Procedimiento, declaró la cuestión de puro derecho y convocó a las partes en la controversia a una audiencia que se llevaría a cabo el día 27 de julio de 2005 en la sede de la SAM cita en Montevideo.

Con fecha 20 de julio de 2005 el Tribunal fue informado a través de la SAM del contenido de una nota emanada de la Coordinación brasileña en el Grupo Mercado Común del día 19 de julio y dirigida al Coordinador Nacional del Grupo Mercado Común de Uruguay, por la que se notifica la publicación en el *Diário Oficial da Uniao* del Decreto No 5.492 del 18 de julio de 2005 por el que se revoca el Decreto No 3.646 del 30 de octubre de 2000. Se notifica asimismo que la Resolución CAMEX No 26/2003 que gravaba las exportaciones brasileñas de tabaco e insumos para la fabricación de derivados de tabaco, había sido derogada con la publicación el día 13 de julio en el *Diário Oficial da Uniao*, de la Resolución CAMEX No 20/05 del 5 de julio de 2005. La Coordinación Nacional entiende que la revocación de ambas normas torna sin objeto la presente controversia en razón de que no está más en vigencia el impuesto a la exportación de referencia.

El mismo 20 de julio de 2005 el Tribunal por Orden Procesal No 4 solicitó a la República Oriental de Uruguay que formule comentarios a la comunicación que le enviara la Coordinación brasileña de fecha 19 de julio.

Con fecha 25 de julio de 2005 el Tribunal fue notificado por la SAM de una comunicación emanada de la Coordinación brasileña por la que se le pedía transmitir a los señores árbitros el contenido los textos del Decreto No 5.492 del 18 de julio de 2005 y de la Resolución CAMEX No 20 del 5 de julio de 2005.

Más tarde, el mismo día 25 de julio, el Tribunal recibió una comunicación del Coordinador uruguayo del Grupo Mercado Común en respuesta a la Orden Procesal No 4. Por la antedicha comunicación y en virtud del contenido de las notas emanadas del Coordinador brasileño en el Grupo Mercado Común de fechas 19 y 25 de julio de 2005, Uruguay manifiesta que habiendo quedado sin objeto la presente controversia, transmite al Tribunal ésta comunicación a efectos de dar por concluida esta controversia.

En conocimiento de las comunicaciones de Brasil de fechas 19 y 25 de julio de 2005 y de la comunicación de Uruguay de fecha 25 de julio de 2005, el Tribunal, por Orden Procesal No 5 de 25 de julio de 2005, decidió dejar sin efecto la audiencia programada para el día 27 de julio de 2005 y proceder a evaluar las comunicaciones antes mencionadas a efectos de expedirse sobre su contenido.

A tal efecto y previo a las consideraciones sobre la evaluación del contenido de las antedichas comunicaciones el Tribunal se aboca a determinar el derecho aplicable y el objeto de la controversia.

Derecho aplicable

El Artículo 19 del Protocolo de Brasilia establece las fuentes del derecho del MERCOSUR que deberá aplicar todo Tribunal Arbitral en la solución de las controversias que se le sometan.

El artículo 19. 1 establece que, *“El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia...”*.

Así es que, independientemente de la aplicación de la normativa específica del MERCOSUR, el Tribunal está obligado a observar, en la medida que sean de aplicación a la materia en conflicto, las normas y principios de derecho internacional.⁹³

Frente a la falta de contestación por parte de Brasil de la Reclamación formulada por Uruguay en el presente procedimiento arbitral, El Tribunal debe necesariamente proceder a determinar la existencia de una controversia para luego precisar su objeto.

Para cumplir ese cometido, el Tribunal deberá entonces aplicar normas fuera del marco regulatorio expreso del MERCOSUR pero dentro del contexto general de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a toda controversia surgida en el ámbito del MERCOSUR.⁹⁴

En este contexto, el Tribunal confirma la aplicación de criterios emanados del derecho internacional consuetudinario y avalados por la jurisprudencia internacional por los que es posible la identificación de una controversia entre Estados, sobre la base de desacuerdos o puntos de vista opuestos respecto a la existencia de un derecho o de una obligación.⁹⁵

En consecuencia de la aplicación de los principios del derecho internacional para determinar la existencia de una controversia, el Tribunal constata que de las posiciones asumidas por

⁹³ Conforme Laudo Arbitral del MERCOSUR sobre *“Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes de Uruguay”* del 9 de enero de 2002; Ver también, Laudo Arbitral sobre *“Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”* del 29 de septiembre de 2001.

⁹⁴ Conforme al Laudo Arbitral del MERCOSUR sobre *“Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”* del 10 de marzo de 2000.

⁹⁵ Idem ant., conf. Caso de las *“Concesiones Mavrommatis en Palestina”*, PCIJ, Serie A, n. 2, p. 11; Ver también, Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso del *“Camerún Septentrional”*, ICJ Reports 1963, p.27, y el caso sobre la *“Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de la ONU”*, ICJ Reports 1988, parág. 35. y en el caso del *“Timor Oriental”*, ICJ Reports 1995, p. 99. En el caso del *“Africa Sudoccidental”* la CIJ sostuvo que para determinar la existencia de una controversia hay que demostrar que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra, ICJ Reports 1962, p. 328.

Uruguay y por Brasil en la implementación de las distintas etapas del Capítulo V del Protocolo de Brasilia, surgen desacuerdos sobre puntos de derecho, es decir que se genera un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la compatibilidad de normas aplicadas por Brasil con la normativa MERCOSUR.

Objeto de la controversia.

El Tribunal Arbitral a los efectos de determinar el objeto de la presente controversia, se referirá en primer lugar a los alcances del Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia.

El Artículo 28 del Reglamento del Protocolo de Brasilia establece que: *“El objeto de la controversia entre Estados y de los reclamos iniciados a solicitud de los particulares quedará determinado por los escritos de presentación y respuesta, no pudiendo ser ampliado posteriormente”.*

El texto y contexto de este Artículo, interpretado de buena fe y de conformidad con el objeto y fin del tratado que lo contiene, claramente expresa que la Parte Reclamante y la Parte Reclamada determinarán el objeto de la controversia hasta y no más allá de la presentación de los escritos de reclamación y respuesta ante el Tribunal Arbitral Ad-Hoc.⁹⁶

Ante la falta de respuesta de Brasil al Escrito de Reclamación de Uruguay, el Tribunal considera necesario analizar las posiciones asumidas por las partes durante las etapas previas a la instancia arbitral previstas en el Capítulo V del Protocolo de Brasilia para determinar si éstas han definido el objeto de la controversia. En este sentido, el Laudo Arbitral sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo afirmó que *“... Si el objeto de la controversia ha quedado fijado en la etapa de negociaciones diplomáticas, a partir de entonces ya no puede haber modificación del objeto de la litis por las partes involucradas”.*⁹⁷

Como se sostuvo en el Laudo Arbitral MERCOSUR sobre “Prohibición de importación de Neumáticos Remoldeados”, es evidente que todo Tribunal Arbitral dentro del sistema MERCOSUR, deberá cotejar que el objeto de la controversia materia del procedimiento arbitral, se encuentre comprendido y directamente relacionado con las temáticas discutidas en las etapas previas al inicio del procedimiento arbitral. En este contexto en el Laudo Arbitral sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo se expresó que *“... Si admitiéramos en la fase arbitral reclamaciones no alegadas en la fase anterior, estaríamos aceptando que se puede obviar la fase diplomática para ir directamente a la fase arbitral...”.*⁹⁸

Es asimismo evidente que las Partes en el procedimiento arbitral podrán completar y profundizar las argumentaciones en que se basan sus reclamaciones u oposiciones iniciales en ejercicio de sus derechos de defensa.⁹⁹ A su vez el Tribunal arbitral no podrá dejar de considerar aquellas situaciones alegadas por las partes relativas a cambios en los actos jurídicos que se vinculan directamente a la materia objeto de la controversia.¹⁰⁰

⁹⁶ Conforme Laudo Arbitral sobre *“Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”* del 10 de marzo de 2000; y Laudo Arbitral sobre *“Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”*, del 21 de mayo de 2001.

⁹⁷ Laudo Arbitral sobre *“Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo”*, del 27 de octubre de 1999.

⁹⁸ Idem ant.

⁹⁹ Idem ant.

¹⁰⁰ Sobre el particular, en el Laudo Arbitral MERCOSUR relativo a 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*

Para Uruguay el objeto de la controversia está constituido por el Decreto No 3.646 de la República Federativa de Brasil en cuanto establece un impuesto que grava con un 150% a las exportaciones de tabaco y productos derivados del tabaco cuando fueran exportados a Uruguay.¹⁰¹

Uruguay considera que también constituye objeto de la controversia toda medida similar de Brasil de efecto restrictivo y/o discriminatorio relativa a exportaciones a Uruguay de tabaco y productos derivados del tabaco.¹⁰²

El reclamo de Uruguay tiene por finalidad que el Tribunal Ad Hoc haga lugar en un todo a su reclamo *"...declarando la incompatibilidad del Decreto No 3.464 con la normativa y principios vigentes en el MERCOSUR y que, por tanto, la República Federativa de Brasil anule dicho Decreto con respecto a la República Oriental del Uruguay así como toda medida de efecto restrictivo y/o discriminatorio relativas a exportaciones a Uruguay de tabaco y productos derivados del tabaco, con el fin de eliminar las consecuencias negativas que genera, en especial la restricción del comercio y la discriminación mencionadas, absteniéndose asimismo de adoptar en el futuro otras medidas similares a las que se cuestionan en el presente reclamo"*.¹⁰³

En el Petitorio formalizado en el Escrito de Reclamación presentado por Uruguay se solicita al Tribunal Ad Hoc *"...5) Que, en definitiva, se haga lugar en un todo al reclamo presentado por la República Oriental del Uruguay en la forma ya impetrada, declarando la incompatibilidad del Decreto No 3.646 de la República Federativa de Brasil con la normativa y principios vigentes en el MERCOSUR y que, por lo tanto, la República Federativa de Brasil anule dicho Decreto con respecto a la República Oriental del Uruguay así como toda medida de efecto similar y se abstenga de adoptar en el futuro otras medidas que revistan efecto restrictivo y/o discriminatorio similares a las que se cuestionan en el presente reclamo"*.¹⁰⁴

Del Escrito de Reclamación de Uruguay surge con claridad que su reclamo se dirige a lograr: 1) una declaración de incompatibilidad del Decreto brasileño No 3.646 con la normativa MERCOSUR; 2) un pedido de anulación de los efectos de dicho Decreto respecto a Uruguay; 3) un pedido de anulación de toda medida brasileña de efecto similar al que produce ese Decreto; 4) un pedido de que Brasil se abstenga de adoptar en el futuro otras medidas que revistan efectos similares a los que se cuestionan en el presente reclamo.

No habiendo Brasil presentado su Escrito de Respuesta, el Tribunal deberá, de todas maneras, definir cual es el contenido real del objeto de la presente controversia.

En su cometido, el Tribunal deberá tomar en consideración los reclamos presentados por Uruguay en el Escrito de Reclamación a la luz de los alcances jurisdiccionales de las atribuciones de este Tribunal Ad Hoc relativas a la solución de controversias entre Estados Partes del MERCOSUR.

Sobre el particular, cabe destacar que en el Escrito de Reclamación Uruguay centró su reclamo en el Decreto brasileño No 3.646 y que, si bien se refirió en reiteradas oportunidades a "otras medidas de efectos similares", no identificó dichas otras medidas ni alegó en forma particular sobre su incompatibilidad con el sistema del MERCOSUR.

de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco" del 28 de abril de 1999, se sostuvo que, "Una solución contraria llevaría a la posibilidad de que por cambios formales sucesivos en los actos administrativos nunca se pudiera llegar a un pronunciamiento arbitral sobre el fondo."

¹⁰¹ Escrito de Reclamación de Uruguay, página 1.

¹⁰² Idem ant. página 1.

¹⁰³ Idem ant. Página 2.

¹⁰⁴ Idem ant. Página 30.

En consecuencia, el Tribunal encuentra que no conforma el contenido del objeto de la presente controversia, la referencia generalizada a “otras medidas de efectos similares” contenidas en el Escrito de Reclamación presentado por Uruguay.

En cuanto a otros eventuales “actos normativos o medidas similares” genéricamente aludidos pero no especificados en la presentación de Uruguay, El Tribunal entiende que no tienen entidad suficiente para considerarlos como parte autónoma del objeto de la controversia en razón de su grado de abstracción. Sin embargo, aquellas medidas internas directamente relacionadas con la medida cuestionada, conforman el objeto de la presente controversia.

Si bien para determinar el objeto de la controversia es esencial tener en cuenta lo expresado por las partes en sus escritos de reclamación y respuesta, no es menos cierto que esa determinación depende de un análisis objetivo que corresponde al llamado a ejercer la función jurisdiccional de solucionar la controversia. En este sentido la jurisprudencia internacional ha sido coherente al sostener que “*el precisar la existencia de una controversia internacional es una cuestión sujeta a determinación objetiva*”.¹⁰⁵ Esta aseveración cobra mayor trascendencia en aquellos casos en los que la parte demandada no contesta la demanda creándose por lo tanto una situación de indefinición en cuanto a la certeza sobre las coincidencias en las posiciones de las partes respecto a los alcances específicos del conflicto.

En cuanto a sí dentro del objeto de la controversia debe incluirse lo solicitado por Uruguay respecto a la obligación de Brasil de abstenerse de adoptar a futuro otras medidas que revistan efectos restrictivos y/o discriminatorios similares a los que se cuestionan en su Escrito de Reclamación, este Tribunal encuentra que, en principio, toda controversia sometida a un procedimiento arbitral debe referirse a diferencias existentes y no a posibles o eventuales futuras diferencias.

El objeto de la presente controversia no puede por lo tanto asimilarse con una potencial e hipotética diferencia entre Uruguay y Brasil respecto al derecho de una de las partes a adoptar a futuro medidas de efectos similares al Decreto impugnado.

Tampoco puede confundirse la solicitud formulada por Uruguay vinculada a una eventual obligación de no repetición por parte de Brasil, con el objeto de la presente controversia. Para que el contenido de una obligación de no repetición pueda conformar el objeto de una controversia deberá existir un posicionamiento contradictorio entre las partes en cuanto al alcance, el contenido y efectos de esa obligación. En este contexto, la falta de respuesta de Brasil al Escrito de Reclamación de Uruguay no autoriza al Tribunal a presuponer *per se* que Brasil cuestiona o desconoce el alcance, el contenido y los efectos de aquella obligación.

Por estas razones, el Tribunal encuentra que el objeto de la presente controversia se refiere específicamente a la incompatibilidad del Decreto brasileño No 3.646 de 2000, con la normativa MERCOSUR y en consecuencia, con la necesidad de adaptar la legislación brasileña a la normativa MERCOSUR, incluyendo la adecuación de solo aquellas medidas directamente vinculadas con el Decreto impugnado.

Las comunicaciones de las Partes respecto a la terminación de la controversia.

Brasil en su comunicación de fecha 19 de julio de 2005 dirigida al Coordinador Nacional del Grupo Mercado Común de Uruguay le informa a éste que en el día de la fecha fue publicada en el *Diário Oficial da União* el Decreto No 5.492 del 18 de julio de 2005 y que ese Decreto revoca el Decreto No 3.646 del 30 de octubre de 2000. Le informa asimismo que la Resolución CAMEX No 26/2003 que gravaba las exportaciones brasileñas de tabaco e insumos para la fabricación de derivados del tabaco fue revocada el día 13 de julio con la

¹⁰⁵ ICJ Reports 1950, p.65, 74.

publicación en el *Diário Oficial da Uniao* de la Resolución CAMEX No 20/05 del 5 de julio de 2005.

La comunicación de Brasil en su segundo párrafo expresa que en el entendimiento de esa Coordinación Nacional, la revocación de ambas normas tornaron sin objeto la controversia sobre “Medidas discriminatorias y restrictivas al comercio del tabaco y derivados del tabaco” interpuesta por Uruguay por no estar más vigente aquel impuesto a la exportación. Por lo tanto, el Coordinador brasileño le propone al Coordinador Uruguayo la terminación de la controversia.

Con fecha 22 de julio de 2005 la Coordinación brasileña al Grupo Mercado Común envió una comunicación al Secretario de la SAM en la que se adjuntan los textos del Decreto No 5.492 del 18 de julio de 2005 y la Resolución CAMEX No 20 del 5 de julio de 2005. En esa comunicación se solicita al Secretario de la SAM que transmita los referidos textos a los árbitros del Tribunal Arbitral Ad Hoc que entienden de la controversia entre Uruguay y Brasil sobre la aplicación del impuesto de exportación al tabaco y a los productos derivados del tabaco.

Con fecha 25 de julio el Secretario de la SAM transmitió al Tribunal la nota de fecha 22 de julio emanada de la Coordinación brasileña.

El Coordinador uruguayo del Grupo Mercado Común por nota de fecha 25 de julio de 2005 y en cumplimiento de la Orden Procesal No 4, comunica al Tribunal que en conocimiento de las notas emanadas de la Coordinación brasileña del Grupo Mercado Común de fechas 19 de julio y 22 de julio de 2005 manifiesta que la controversia a quedado sin objeto. Asimismo expresa que transmite al Tribunal esta comunicación a efectos de dar por concluida la controversia.

Agrega Uruguay en esa nota que *“La presente comunicación no da lugar a prejuzgamiento o renuncia alguna respecto al derecho de la República Oriental del Uruguay a volver a objetar, impugnar o cuestionar en el futuro eventuales medidas que revistan efecto restrictivo y/o discriminatorio similares a las que se cuestionaron en el presente reclamo.”*

De la evaluación de las comunicaciones antedichas, el Tribunal concluye que la terminación de la controversia se fundamenta en el hecho de que la reclamación de Uruguay fue satisfecha por Brasil a través de la derogación de aquellas normas internas que violentaban reglas y principios del MERCOSUR.

En este sentido, la derogación del Decreto No 3.464 de 2000 y de la Resolución CAMEX No 26 de 2003 constituyen el fiel cumplimiento por parte de Brasil de sus obligaciones emanadas de la normativa MERCOSUR. Las medidas tomadas por Brasil vacían de contenido el objeto de la controversia y por lo tanto la dan por terminada.

En cuanto a la reserva de derechos formulada por Uruguay en su comunicación del 25 de julio de 2005, el Tribunal recuerda que para que exista una controversia debe haber *“un desacuerdo entre las partes respecto a un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes”*.¹⁰⁶ En este contexto, el Tribunal observa que tanto de las comunicaciones de Brasil del 19 y 22 de julio de 2005 como de la comunicación de Uruguay del 25 de julio de 2005 no se constata la subsistencia de diferencia alguna entre las partes relativa a los cuestionamientos planteados en el presente procedimiento arbitral.

¹⁰⁶ Conf. al caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre *“Concesiones Mavrommatis en Palestina”*, PCIJ Serie A, n. 2, p. 11; citado en el Laudo Arbitral MERCOSUR sobre *“Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”*, del 10 de marzo de 2000, conjuntamente con otros precedentes similares de la Corte Internacional de Justicia.

Decisión

Por todo lo expuesto y de acuerdo con el Protocolo de Brasilia, su Reglamento, el Protocolo de Ouro Preto y las Reglas de Procedimiento del Tribunal, este Tribunal Arbitral Ad Hoc en la controversia sobre “medidas discriminatorias y restrictivas al comercio de tabaco y productos derivados del tabaco”, **DECIDE:**

1. Por unanimidad, dar por terminada la controversia al haber la República Federativa de Brasil satisfecho las reclamaciones de la República Oriental de Uruguay consideradas como objeto de la controversia.
2. Por unanimidad, disponer que los costos y costas del proceso sean abonados de la siguiente manera: Cada Estado se hará cargo de los gastos y honorarios ocasionados por las actuaciones del árbitro por el nombrado. La compensación pecuniaria del Presidente y los demás gastos del Tribunal serán abonados en montos iguales por las Partes. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, dentro de los treinta días de la notificación del Laudo;
3. Por unanimidad, disponer que las actuaciones de la presente instancia sean archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

Notifíquese esta decisión a las Partes por intermedio de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR y publíquese.

Roland Herbert
Arbitro

Nadia Araujo
Arbitro

Raúl Emilio Vinuesa
Arbitro Presidente

LAUDOS DEL PROTOCOLO DE OLIVOS (TRIBUNALES *AD HOC*)

LAUDO 1

(TRIBUNALES AC HOC)

LAUDO ARBITRAL

En la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, a los 25 días del mes de octubre de 2005.

Laudo dictado por el Tribunal Arbitral constituido para solucionar la controversia surgida entre la República Oriental del Uruguay (en adelante denominada "Parte Reclamante", "Reclamante" o "Uruguay") y la República Argentina (en adelante denominada "Parte Reclamada", "Reclamada" o "Argentina"), que versa sobre la "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados".

I.-Antecedentes

A.-EL TRIBUNAL ARBITRAL

1. El Tribunal Arbitral, debidamente constituido para juzgar la presente controversia, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Olivos, del 18 de febrero de 2002, constituido por los árbitros, Dr. Hermes Marcelo Huck de la República Federativa del Brasil (Presidente del Tribunal), Dr. José María Gamio de la República Oriental del Uruguay y Dr. Marcelo Antonio Gottifredi de la República Argentina.

2. El Presidente notificado de su designación y el Tribunal constituido el 26 de julio de 2005, fue debidamente instalado el 19 de agosto de 2005, en la sede de la Secretaría Administrativa del Mercosur, en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay. En sesión del día 19 de agosto de 2005, el Tribunal realizó su primera reunión, en la cual fueron adoptadas sus Reglas de Procedimiento. Las Partes fueron invitadas a designar sus respectivos representantes y constituir domicilio en la ciudad de Montevideo, donde funcionó el Tribunal, a presentar por escrito sus argumentos, así como a informar si aceptaban o se oponían a la intervención de terceros Estados Partes del Mercosur en el procedimiento arbitral.

3. La Parte Reclamante, dentro del plazo que le fue concedido, presentó sus argumentos por escrito, habiendo sido comunicados los mismos por el Tribunal a la Parte Reclamada; ésta, igualmente en el plazo que le fue concedido, presentó su contestación por escrito. La contestación de Argentina fue comunicada al Uruguay. Igualmente, en cumplimiento de lo determinado por el Tribunal, las representaciones y los domicilios fueron designados para las notificaciones que corresponden. El Uruguay nombró como sus representantes a los Doctores Hugo Cayrús Maurin, José María Robaina, Myriam Frascini y al Ingeniero José Luis Heijo, habiendo la Argentina indicado como sus representantes al Lic. Adrián Makuc (Titular) y al Ministro Daniel Raimondi (Alternó). Las pruebas documentales presentadas por las Partes fueron aceptadas y comunicadas a la otra Parte y posteriormente incorporadas al Proceso que se tramitó en la Secretaría.

4. Por manifestación escrita, del 30 de agosto de 2005, la Argentina informó no tener objeciones a la participación en el proceso arbitral de terceros Estados Miembros del Mercosur. Por manifestación escrita, del 1 de septiembre de 2005, el Uruguay informó al Tribunal que se oponía a la participación de terceros Estados en el proceso arbitral. Quedó, así, excluida la participación de terceros Estados en el presente arbitraje.

5. Por medio de la Orden Procesal N° 4, de 21 de septiembre de 2005, el Tribunal Arbitral, en los términos de lo dispuesto en el artículo 16 del Protocolo de Olivos, prorrogó el plazo para el pronunciamiento del laudo arbitral por 30 (treinta) días más, contados a partir de 26 de septiembre de 2005.

6. El Tribunal Arbitral convocó a las Partes para la Audiencia a celebrarse en la sede de la Secretaría Administrativa del Mercosur, el día 11 de octubre de 2005, a las 09:30 horas, estableciendo que se indicasen previamente las pruebas que pretendían producir en el curso de tal Audiencia. El representante de Argentina solicitó un aplazamiento de la Audiencia, siendo tal solicitud rechazada por fuerza de la Orden Procesal N° 6, por las razones allí expuestas, y mantenida la realización de la Audiencia para la fecha previamente informada a las Partes.

7. En nota del 6 de octubre de 2005, Uruguay informó que haría prueba pericial durante la Audiencia, por medio de la exposición del Ingeniero Ricardo Leone. En la nota del 6 de octubre de 2005, Argentina informó que presentaría en la Audiencia a los peritos Dr. Jorge Mandelbaum, Lic. Liliana Rehak, Dra. Leila Devia y la Dra. Raquel Turcán. Anexó a su pedido los currícula de los peritos, así como una lista de preguntas que pretendía efectuarles. Argentina posteriormente solicitó que fuesen exhibidos dos videos durante la Audiencia.

8. El día 11 de octubre de 2005, a las 09:30 horas, se realizó la Audiencia designada. Fueron escuchadas las declaraciones de los peritos indicados por ambas partes, habiéndose manifestado primeramente el perito designado por Uruguay y posteriormente los peritos nombrados por Argentina. El perito indicado por Uruguay presentó una serie de consideraciones y de datos sobre la producción y funcionamiento de los neumáticos remoldeados, haciendo acompañar su exposición por una exhibición de slides por el sistema *power point*. Posteriormente, respondió a preguntas formuladas por las Partes, así como por los árbitros. Los peritos nombrados por la Argentina declararon en dos momentos distintos. Primeramente, fueron escuchados el Dr. Jorge Mandelbaum y la Lic. Liliana Rehak, que respondieron a las preguntas previamente formuladas por la Argentina, así como las realizadas por los representantes del Uruguay y por los árbitros. Tales preguntas estuvieron referidas a los aspectos técnicos de fabricación y uso de los neumáticos remoldeados. Seguidamente, fueron escuchados los peritos Dra. Leila Devia y Dra. Raquel Turcán, respondiendo inicialmente a las preguntas previamente formuladas por la Argentina y posteriormente las que les fueran sometidas por los representantes de Uruguay. Tales preguntas versaban sobre aspectos jurídicos de la preservación del medio ambiente, del impacto ambiental causado por la disposición de neumáticos usados, así como sobre medidas técnicas discutidas y adoptadas para la minimización de este problema. El representante de la Argentina, después de la declaración de los peritos, realizó una exhibición de dos videos, siendo uno de ellos relativo a periodismo televisivo producido en México y otro un comercial de televisión. El Tribunal consideró plenamente inteligibles las pruebas presentadas por las Partes en el curso de la Audiencia.

9. Tal como fue dispuesto en el Acta de la Sesión N° 2, relativa a la Audiencia ocurrida en el día 11 de octubre de 2005, acta firmada por los árbitros y por los representantes de las Partes, sin ninguna reserva, las declaraciones de los peritos fueron resumidas por la Secretaría del Mercosur y encaminados a las Partes para que presentasen sus observaciones y sugerencias relativas al texto resumido. El 17 de octubre de 2005, las Partes presentaron sus observaciones y sugerencias al texto resumido de las declaraciones prestadas por los peritos que habían declarado durante la Audiencia. Tanto el resumen de las declaraciones, como las observaciones presentadas por las Partes integran el presente proceso y complementan la citada Acta de Sesión N° 2.

10. Completadas las pruebas, las Partes presentaron sus alegatos orales. En el plazo definido por el Tribunal, las Partes sometieron los respectivos Alegatos Finales, por escrito.

B.- TRAMITE PREVIO

11. El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Olivos, habiendo sido cumplidos todos los términos y condiciones en él establecidos para la solución de conflictos. Anteriormente al inicio del procedimiento arbitral fueron realizadas las gestiones previas destinadas a la solución de la controversia surgida entre las Partes, a saber:

- a) En la LVI Reunión Ordinaria del Grupo Mercado Común (GMC), realizada en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil, el 25 y 26 de noviembre de 2004, Uruguay informó sobre la posibilidad de poner en práctica el mecanismo de solución de controversias, en virtud de la prohibición establecida por la Argentina, a través de la Ley N° 25.626, para la importación de neumáticos remoldeados.
- b) A través de la Nota N° 2388/2004, Uruguay solicitó el inicio de negociaciones directas entre las Partes, en los términos de los artículos 4° y 5° del Protocolo de Olivos, proponiendo la realización de una reunión entre las Partes en la ciudad de Belo Horizonte, donde se realizaría la XXVIII Reunión Extraordinaria del GMC. La Secretaría del Mercosur fue informada de esa propuesta, por medio de la Nota N° 2391/2004, de 06.12.2004, presentada por el Uruguay.
- c) La Argentina, por su Coordinador General del GMC, respondió con la Nota SCREI N° 888/2004, de 10.12.2004, acusando recibo de la nota de Uruguay y proponiendo una reunión bilateral, en fecha alternativa, a ser realizada en la ciudad de Buenos Aires.
- d) La referida reunión entre las Partes fue realizada el día 23 de diciembre de 2004, en la ciudad de Buenos Aires. Las Partes expusieron sus argumentos.
- e) Por manifestaciones recíprocas, las Partes discutieron alternativas para poner fin a la controversia, sin haber logrado llegar a un consenso en cuanto a sus diferencias.
- f) Sin haber llegado a una solución para la controversia, Uruguay, por medio de la Nota N° 130/2005, de 23 de febrero de 2005, comunicó a la Secretaría del Mercosur que pretendía dar inicio al procedimiento arbitral, tal como está previsto en el Capítulo VI y siguientes del Protocolo de Olivos.

12. Los procedimientos del Tribunal Arbitral fueron registrados por la Secretaría Administrativa del Mercosur y se desarrollaron de conformidad con el Protocolo de Olivos y con las Reglas de Procedimiento aprobadas por el Tribunal. Las Partes presentaron sus manifestaciones escritas y orales dentro de la forma y plazos establecidos.

13. En consecuencia de lo antes expuesto, en los términos del Capítulo VI del Protocolo de Olivos y demás legislación aplicable, este Tribunal Arbitral tiene plena capacidad para emitir el presente LAUDO ARBITRAL, para el cumplimiento de las Partes y para que se produzcan todos los términos y efectos del derecho.

C.-ALEGATOS DE LAS PARTES

1. El pedido de Uruguay

14. Uruguay contesta la legitimidad de la decisión de Argentina en sentido de prohibir la importación de neumáticos reconstruidos. Afirma que había normas administrativas que prohibían la importación de neumáticos usados para la Argentina (posición 4012.20.00). Una nota divulgada por la Dirección General de Industria (N° 89/2001), circulada en el SIM (Sistema Informático María) menciona que una anterior prohibición de neumáticos usados previstas en el artículo 38 del Decreto 660/00 también alcanzaba a neumáticos reconstruidos.

Posteriormente, la Ley N° 25.626, de 09.08.2002, extiende para todo el territorio nacional de Argentina la prohibición de importación de neumáticos y cámaras neumáticas recauchutadas (posición 4012.10.00).

15. Alega Uruguay que, anteriormente a tal Ley, la prohibición de importación se restringía a neumáticos usados, pero era libre la importación de neumáticos remoldeados, que se incluyen en la categoría de recauchutados. Así, entre los años de 1997 a 2001, las industrias uruguayas produjeron neumáticos remoldeados que fueron exportados a Argentina, sin ninguna restricción. Por la sanción de la Ley N° 25.626, a partir del primer trimestre de 2001, fueron suspendidas las exportaciones de tales neumáticos remoldeados para la Argentina. Sin embargo, con posterioridad a la vigencia de tal Ley, fueron hechas por la Argentina importaciones de neumáticos recauchutados de otros países, en los que no figuraba el Uruguay. Resalta, además, el pedido inicial que la Nomenclatura Común del Mercosur (NCM) tiene posiciones aduaneras distintas para neumáticos recauchutados (4012.11.00), neumáticos para ómnibus y camiones (4012.12.00), neumáticos de aeronaves (4012.13.00), demás neumáticos (4012.19.00) y para neumáticos usados (4012.20.00).

16. La Ley contestada al extender la prohibición de importación a los neumáticos remoldeados ignoró las efectivas diferencias que existen entre tales neumáticos y los usados. Según la posición uruguaya, los neumáticos remoldeados no generan problemas de seguridad de tránsito o al medio ambiente distintos de los problemas generados por un neumático nuevo.

17. Alega que el uso de neumáticos remoldeados ha sido aconsejado inclusive en los países desarrollados y, luego de describir el proceso de remoldeado, presenta conclusiones del IPT (Instituto de Investigaciones Tecnológicas de la Universidad de São Paulo) en el sentido de que el neumático remoldeado “posee, en principio, las mismas características del neumático nuevo”. Refiere a su vez el pedido inicial a determinados exámenes técnicos que asegurarían la calidad de tales neumáticos.

18. Seguidamente, el pedido inicial de Uruguay comenta el artículo 50 del Tratado de Montevideo, en el cual son enunciadas las hipótesis excepcionales, cuando son autorizadas barreras no-arancelarias a la importación de productos por los Estados suscriptores. Analiza cada una de tales hipótesis, argumentando que en el caso de los neumáticos remoldeados no se puede hablar de protección a la seguridad (art. 50, inciso b), puesto que esos productos son seguros, tanto que la Argentina autoriza su utilización por la flota nacional. Además, tales neumáticos son utilizados mundialmente, inclusive para abastecer aeronaves, donde los requisitos de seguridad son más rigurosos. En lo relativo a la hipótesis de protección a la vida y salud de las personas, animales y vegetales (art. 50, inciso d), afirma que la durabilidad de un neumático remoldeado es idéntica a la de un neumático nuevo, no habiendo – por lo tanto – impacto adicional al medio ambiente. Además existen en la Argentina más de 70 plantas industriales que producen neumáticos reconstruidos, siendo los mismos libremente utilizados por los vehículos argentinos.

19. Después de mencionar que la Decisión del Consejo del Mercado Común 70/00 – sobre Política Automotriz del Mercosur no abarca neumáticos remoldeados, el pedido de Uruguay lista una larga serie de medidas legislativas y administrativas de varios países del mundo, en los cuales se admite el uso de neumáticos remoldeados.

20. La demanda de Uruguay, a continuación, afirma que la prohibición impuesta por la Argentina a la importación de neumáticos remoldeados viola los artículos 1° y 5° del Tratado de Asunción, por inhibir injustificadamente a la libre circulación de bienes en el ámbito del Mercosur. La modificación de las condiciones pre-existentes, una interrupción del flujo comercial entre los países no son admisibles en el sistema del Mercosur, donde las medidas sobre comercio de bienes deben fundarse en acuerdos que creen vínculos jurídicos y no en medidas unilaterales adoptadas por sus miembros. En el mismo sentido, argumenta Uruguay,

la prohibición de importaciones adoptada por la Argentina violaría el Anexo I del Tratado de Asunción, las Decisiones N°s 22/00 y 57/00, relativas al Acceso a Mercados, adoptadas por el Consejo del Mercado Común.

21. La edición de la Ley Argentina igualmente violaría, según Uruguay, varios dispositivos de Derecho Internacional, admitido como derecho aplicable al caso según el Protocolo de Olivos, tales como el *pacta sunt servanda*, el principio de buena fe, consagrado por el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Adicionalmente, además a su argumentación, los principios del Derecho de Integración, tales como los adoptados en el laudo arbitral dictado el 9 de enero de 2002 sobre la controversia análoga a la presente que confrontó a la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos del Brasil.

22. Habiendo sido analizadas las normas y principios del Derecho Internacional, inclusive aquellas adoptadas y practicadas en el marco del GATT y de la OMC, la demanda uruguaya argumenta que, en el caso presente, es aplicable el "principio y norma internacional del estoppel".

23. Finalmente, Uruguay solicita, ante todo lo expuesto, que sea declarada por el Tribunal Arbitral la incompatibilidad de la Ley N° 25.626 de la República Argentina con las normas y principios vigentes en el Mercosur, así como con los principios y disposiciones del Derecho Internacional y que, por lo tanto, la República Argentina derogue la referida Ley, así como anule todas las medidas de efectos similares, absteniéndose de adoptar en el futuro otras medidas que tengan efectos restrictivos y/o discriminatorias semejantes a las cuestionadas en el presente litigio.

2. Contestación de Argentina

24. En su respuesta, la Argentina rechaza la amplitud del objeto del arbitraje definido por Uruguay, pues al solicitar que la decisión del Tribunal alcance otras medidas además de la Ley N° 25.626, estaría incluyendo en el litigio un pedido genérico, inespecífico y con alto grado de abstracción.

25. La contestación de Argentina retoma los antecedentes de la divergencia, mencionando la propuesta de acuerdo hecho a Uruguay y que no obtuvo de este la debida respuesta. Relata las negociaciones bilaterales directas realizadas entre las Partes, así como detalla la referida propuesta de acuerdo sometida al Uruguay, en el sentido de establecer un límite cuantitativo de neumáticos remoldeados a ser importados por la Argentina de Uruguay, límite ese definido por el número de neumáticos usados que el Uruguay importase de la Argentina. Uruguay no concordó con la propuesta de negociación así formulada.

26. Según la argumentación de Argentina, la Ley N° 25.626, caracterizada como una prohibición de carácter no-económico, está amparada en las hipótesis listadas por el artículo 50 del Tratado de Montevideo, receptado por el Anexo I del Tratado de Asunción. La ley argentina no solo resulta acorde con la legislación del Mercosur, sino que significa un paso adelante para alcanzar el bienestar de los pueblos de la región, a través de la protección del medio ambiente y la salud de las personas, animales y vegetales que habitan en su territorio.

27. Argentina alega que la Ley en discusión es una medida de carácter preventivo destinada a evitar el daño potencial que los neumáticos remoldeados, en cuanto a residuos peligrosos por su difícil y onerosa disposición final, puedan causar al medio ambiente, a la salud de las personas, animales y vegetales, comprometiendo el desarrollo de las generaciones presentes y futuras. La contestación de Argentina confirma el reconocimiento y aceptación de las normas que se destinan a promover el libre comercio en el Mercosur, pero argumenta que el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 garantiza el amparo legal a sus pretensiones.

28. Según la Parte Reclamada, la excepción al libre comercio creada por el artículo 50 del Tratado de Montevideo y, más especialmente su inciso d), que menciona de la protección a la vida y a la salud de las personas, animales y vegetales, fue reconocida por Tribunales Arbitrales Ad Hoc, constituidos en el ámbito del Mercosur, en el marco del Protocolo de Brasilia. La contestación de Argentina, en esa línea, comenta la decisión adoptada en el laudo arbitral que dirimió la controversia entre Argentina y Brasil.

29. De esta manera, concluye la Argentina, la Ley N° 25.626 está incluida entre las excepciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo, pues (a) el bien jurídico tutelado es la protección a la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales; (b) el comercio de neumáticos remoldeados entre Argentina y Uruguay fue marginal e insignificante en base de total de exportaciones hechas de Uruguay para la Argentina y (c) no se aplica al caso el principio de la proporcionalidad, pues cuando está en juego la vida, la salud, el nivel de vida de los habitantes del país, así como los recursos naturales existentes, sería imposible implementar una medida de proporcionalidad.

30. A continuación, la Argentina pasa a discutir la existencia de medidas de excepción al libre comercio vigentes en el ámbito multilateral y en la Unión Europea. En esa línea, discute en detalle el artículo XX del GATT 1994, refiriéndose a decisiones adoptadas por la Organización Mundial del Comercio, entendiéndose que, tal como fue exigido en tales decisiones, la Argentina puede comprobar la compatibilidad de la Ley restrictiva adoptada con el objetivo de preservar el medio ambiente, respetados los principios de no discriminación, de la necesidad y de la proporcionalidad, puesto que, como argumenta, no sería posible alcanzar tales objetivos con la adopción de otras medidas.

31. La contestación presentada por Argentina analiza, seguidamente, el artículo 30 del Tratado de Roma, en el cual también son reconocidas excepciones al principio de libre comercio, cuando son dictadas para la preservación de la salud y de la vida de las personas y de los animales, así como para la preservación de los vegetales. Se refiere asimismo a decisiones jurisprudenciales adoptadas con fundamento en el citado artículo Comenta las Decisiones N°s. 22/00 y 57/00 del Consejo de Mercado Común, reconociendo que la primera consagra el compromiso de los Estados Miembros en no adoptar medidas restrictivas al comercio recíproco. Sin embargo, afirma que tal Decisión ratifica la excepción consagrada en el artículo 2º, letra b) del Anexo I al Tratado de Asunción. Analiza los argumentos presentados en el pedido inicial de Uruguay, en relación a tales Decisiones, para refutarlos individualmente.

32. A continuación, la defensa Argentina hace comentarios sobre el Laudo Arbitral emanado de la controversia sobre importación de neumáticos remoldeados que involucró a Uruguay y Brasil, para afirmar que determinadas conclusiones de dicho Laudo son equivocadas y se apartaron substancialmente de la doctrina emanada de todos los Laudos arbitrales que anteriormente se habían pronunciado sobre la materia, en el ámbito del Mercosur. El Laudo Arbitral mencionado no hace ninguna referencia a la excepción prevista en el Tratado de Asunción, que remite al artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980. Argumenta la contestación que dicho Laudo ignoró totalmente el carácter evolutivo de la ciencia, la tecnología, el derecho en general, el derecho ambiental particularmente, la salud etc habiendo concluido que los Estados Partes estarían inhibidos de restringir o prohibir el ingreso a sus territorios de productos que, en determinado momento se comercializaban sin restricciones por desconocimiento de sus propiedades nocivas para la salud humana o perjudiciales al medio ambiente.

33. Afirma la defensa que las excepciones al libre comercio existen tanto en el marco del Mercosur, como también en la Unión Europea y en la Organización Mundial de Salud,

concluyendo que (a) es lícito y posible admitir la aplicación de medidas restrictivas de carácter excepcional; (b) las medidas implementadas deben estar efectivamente destinadas a proteger bienes de naturaleza superior o valores no económicos.

34. La contestación afirma luego que no existe ninguna discriminación en la medida restrictiva adoptada, pues desde marzo de 2001, ningún neumático reconstruido ingresó en el territorio argentino en forma definitiva; la medida no caracteriza una restricción encubierta al comercio bilateral, porque el volumen comercial de tal producto entre los dos países era insignificante; hubo ofertas de la Argentina para resolver amigablemente la controversia, mediante la exportación temporaria de neumáticos usados argentinos para Uruguay, donde serían remoldeados y así retornarían al territorio argentino; el objetivo de la Ley N° 25.626 es mantener controlado el “pasivo ambiental” argentino, y no proteger el recauchutador nacional o restringir el comercio, pues si así no fuese, no se habría propuesto el acuerdo en el cual constaba la reconstrucción de neumáticos en Uruguay.

35. En los puntos siguientes, la defensa presentada por Argentina se refiere largamente al proceso legislativo del que resultó la aprobación de la Ley N° 25.626, indicando que en el debate parlamentario quedó claro que la medida se destinaba a prevenir el ingreso de residuos disfrazados de mercaderías con vida útil comprometida o agotada, así como los impactos ambientales, actuales o latentes resultantes de tales mercaderías, teniendo en cuenta la complejidad de su gestión y los elevados costos involucrados. La defensa igualmente refiere al principio de prevención en Derecho Ambiental, asegurando el carácter de protección ambiental de la Ley contestada. Finalmente, recuerda las preocupaciones con el medio ambiente reveladas en los documentos del Mercosur, particularmente en el Preámbulo del Tratado de Asunción. Asimismo, sobre tales preocupaciones, menciona el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, del 22 de junio de 2001, así como el proyecto de Gestión Ambiental de Residuos y Responsabilidad Post Consumo, todavía en discusión por el Consejo del Mercado Común.

36. Se refiere la defensa al pasivo ambiental y los daños infringidos a la salud de las personas y animales por los neumáticos al final de su vida útil; los riesgos resultantes de la quema de tales productos; sobre los peligros resultantes de almacenaje a cielo abierto, recordando la Directiva del Parlamento Europeo (2000/53/CE) relativa a disposición de vehículos, sus componentes y materiales, al final de su vida útil. Analiza el hecho de que Uruguay importa carcasas de países desarrollados fuera del territorio del Mercosur, concluyendo que tal hecho implica un impacto negativo mediato como consecuencia del corto periodo de reutilización del neumático remoldeado y de la falta de soluciones concretas para su disposición final y efectos sobre el medio ambiente.

37. La contestación Argentina refuta como no aplicable al caso el principio de estoppel, analiza las nomenclaturas aduaneras de productos, indica datos estadísticos sobre el volumen de importaciones argentinas de neumáticos recauchutados o usados, indicando la participación del Uruguay en ese comercio. Menciona también datos estadísticos del Uruguay, indicando el volumen de importación de neumáticos usados por aquel país.

38. La defensa presentada por Argentina procura refutar individualmente los argumentos presentados por Uruguay en su pedido inicial. Concluye su defensa argumentando que la Ley N° 25.626 es compatible con las normas del Mercosur; que tal Ley fue adoptada en cumplimiento al artículo 41 de la Constitución Nacional de Argentina; que la preservación del medio ambiente y de la salud de las personas, animales y vegetales es necesaria para alcanzar los objetivos del Mercosur; que la mencionada Ley tiene fundamento en el principio preventivo en materia ambiental; que los principios de libre comercio y de la protección al medio ambiente integran igualmente las normas del Mercosur; que los neumáticos remoldeados en Uruguay utilizan carcasas importadas de países desarrollados y teniendo vida útil reducida pueden convertir a la región en un “basurero de residuos importados y potencialmente peligrosos”; que varios países de la región, tales como Chile, Perú y Ecuador,

adoptaron normas que prohíben la importación de neumáticos usados y/o recauchutados; que la Argentina mantiene como política la protección del medio ambiente; que el principio de libre comercio es relativizado por el Tratado de Asunción al admitir las excepciones del artículo 50 del Tratado de Montevideo.

39. Por fuerza de raciocinio presentado, Argentina entiende que la Ley atacada es excepcional, tiene carácter de proporcionalidad, no es discriminatoria, se destina a proteger uno de los valores enumerados en el artículo 50 del Tratado de Montevideo, y no se dispone de alternativa menos restrictiva al comercio intra-zona.

40. La Argentina requiere al final de su defensa que se declare la norma cuestionada por el Uruguay como compatible con las prescripciones del Tratado de Asunción y de su Anexo I, así como con las normas dictadas como consecuencia del mismo y con las disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia.

D. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

41. Teniendo presentes los argumentos traídos por las Partes, bien como las pruebas realizadas durante el curso del arbitraje, el Tribunal Arbitral, ponderando los hechos y el derecho traídos a su conocimiento y análisis, basa su decisión, al final dictada, en los argumentos ya analizados, así como, entre otros, en los fundamentos y consideraciones de hecho y de derecho presentados a continuación.

1. Objeto de la Controversia

42. Uruguay define como objeto de la controversia presentada ante el Tribunal a la Ley Nº 25.626 de la República Argentina, promulgada el 8 de agosto de 2002 y publicada en el Boletín Oficial, el día 9 de agosto de 2002, que prohíbe la importación de determinados productos, entre los cuales se encuentran aquellos incluidos en la Nomenclatura Común del Mercosur, individualizados y clasificados en el Sistema Armonizado de Designaciones y Codificación de Mercaderías, bajo el NCM 4012.10.00 neumáticos (cámaras neumáticas) recauchutados (entre los cuales se incluyen los neumáticos remoldeados). Igualmente, Uruguay entiende que se incluye en el objeto de la controversia toda otra medida similar de la República Argentina con efecto restrictivo o discriminatorio relativa a la importación del Uruguay de los referidos productos.

43. Considerando que la definición del objeto del litigio presentada por el Uruguay mantiene características de generalidad, sin especificidad y presenta determinado grado de abstracción, la Argentina refuta tal definición, pretendiendo ver restringido el objeto de la demanda tan solamente a la Ley Nº 25.626, anteriormente mencionada y que se encuentra en vigor desde el día 17 de agosto de 2002.

44. En los términos de lo dispuesto en el artículo 14 del Protocolo de Olivos, el objeto de la controversia es determinado por la presentación del pedido y su respectiva respuesta al Tribunal Arbitral, no admitiéndose alteraciones posteriores. Las alegaciones hechas por las Partes en el pedido y en la contestación deben estar vinculadas a los temas y cuestiones que hayan sido considerados en etapas previas al arbitraje, etapas estas previstas en el propio Protocolo y en el Anexo al Protocolo de Ouro Preto. Queda, por lo tanto, delimitado el objeto de la controversia por la simple verificación de los términos constantes del pedido y la respuesta de las Partes litigantes, así como de las pruebas de lo que fue discutido en las etapas de negociación anteriores al inicio del procedimiento arbitral.

45. Los términos de discusión anteriores al arbitraje pueden ser conocidos por el análisis de los documentos traídos a autos por las Partes, cuando atendieron a lo dispuesto en el Orden Procesal Nº 1, del 23 de agosto de 2005, que determinó que fuesen acercados al proceso, a

la Secretaría del Mercosur, “todos los documentos relativos a la presente controversia, inclusive el intercambio de correspondencia electrónica o epistolar – en poder de cada parte – que se hayan producido durante el proceso de negociación ocurrido previamente a la presentación por la República Oriental del Uruguay del requerimiento para la instalación de este Tribunal Arbitral”.

46. Aún cuando los documentos elaborados por las Partes anteriormente a la instalación del Tribunal Arbitral no sean abundantes, de su examen y lectura, cotejados con los escritos presentados durante la fase arbitral, no es difícil la definición del objeto del litigio.

47. Durante todas las negociaciones y discusiones habidas entre las Partes, quedó claro el embate entre dos principios consagrados por las normas del Mercosur y por el Derecho Internacional. Por un lado, el principio de la libre circulación de mercaderías en el Mercosur, sustentado en la eliminación de barreras no - económicas al comercio entre los Estados Miembros; por el otro lado, las normas que garanticen la preservación del medio ambiente y de la salud de las personas, animales y vegetales de la zona. En esta discusión, el punto focal se concentra en la Ley N° 25.626, editada por la Argentina, el 8 de agosto de 2002, que prohíbe la importación de neumáticos remoldeados, extendiendo a estos la prohibición ya existente para neumáticos usados. Uruguay se manifiesta contra dicha Ley, pues entiende que su contenido es contrario a las normas del Mercosur, en la medida en que restringe injustamente el comercio, interrumpiendo un flujo comercial de neumáticos remoldeados producidos en Uruguay y que estaban siendo exportados a la Argentina.

2. Puntos no controvertidos

48. En el curso del procedimiento arbitral, algunos puntos fueron citados y discutidos por las Partes no siendo controvertidos. En primer lugar, se constató que había un flujo comercial de neumáticos remoldeados exportados de Uruguay para Argentina. Ese flujo, intermitente y de proporciones económicas modestas, perduró por el período comprendido entre 1997 y 2001, es decir, por cerca de cuatro años. Tal flujo comercial fue interrumpido, al final de 2001, como consecuencia de la sanción de la Ley N° 25.626, de 2002, por Argentina, que extendía la prohibición de neumáticos usados a neumáticos remoldeados. Por fuerza de esa norma, la libre circulación de bienes fue afectada, en el ámbito del Mercosur. Quedó comprobada la clara distinción entre los neumáticos remoldeados y los demás neumáticos reconstruidos (recapados o simplemente recauchutados). Las pruebas producidas por ambas partes dejaron claro que los neumáticos remoldeados son razonablemente seguros, no existiendo indicaciones de accidentes producidos específicamente por tales productos. Aunque haya consenso en cuanto a la seguridad de tales neumáticos, pues son libremente utilizados en ambos países, las Partes no acordaron cuanto a la durabilidad de los mismos. Existen en el proceso indicaciones de que un neumático remoldeado puede durar entre 30% y 100% de plazo de vida útil de un neumático nuevo. Es, sin embargo, hecho igualmente incontestable que un neumático para automóvil puede ser remoldeado una única vez. Las Partes no disintieron en cuanto al impacto ambiental que causan los neumáticos ya sean usados e inservibles. Se tornó un hecho indiscutido que no se dispone de tecnología adecuada y económicamente viable para el reciclaje de neumáticos usados e inutilizados. Finalmente, las Partes se declararon adeptas al principio del libre comercio en el Mercosur, y preocupadas con los problemas de medio ambiente y de la salud de las personas, de los animales y de la preservación de los vegetales que ocupan el territorio del Mercosur.

3. Derecho aplicable

49. Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc instituidos en la forma prescrita por el Protocolo de Olivos, en los precisos términos del artículo 34 de ese mismo Protocolo, deben decidir las controversias a ellos sometidas en base al Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, a los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, a las Decisiones del Consejo Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común, a las Directivas

de la Comisión de Comercio del Mercosur y a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia en juzgamiento. El referido artículo, permite a su vez juzgar por equidad, si las Partes involucradas en el arbitraje así lo acordaren.

50. En el presente caso, no hubo acuerdo para que el Tribunal pudiese decidir *ex aequo et bono*, debiendo ser aplicado, por tanto, el derecho tal como fue especificado en el ítem 1 del referido artículo 34 del Protocolo de Olivos, lo que es hecho por el Tribunal. De este modo, la aplicación de normas del orden jurídico Mercosur, así como su interpretación, se realizará teniendo en cuenta, como trasfondo, los principios y disposiciones de Derecho Internacional. Para disipar cualquier duda, desde luego, el Tribunal entiende como derecho aplicable aquel instituido en los documentos firmados en el marco del Mercosur, y en los reglamentos y anexos que integran tratados, protocolos, acuerdos, decisiones, resoluciones y directivas.

4. Los principios jurídicos en conflicto

51. El artículo 1º del Tratado de Asunción establece como primera condición básica para el establecimiento del Mercosur la adopción del principio de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros, restricciones no-arancelarias a la circulación de mercado y de cualquier otra medida de efecto equivalente.

52. Aún cuando mencione otros fundamentos legales igualmente pertinentes, el pedido de Uruguay establece su principal base legal en la violación por Argentina del principio de libre circulación de bienes en el territorio del Mercosur. Así, reside en el referido artículo 1º del Tratado de Asunción, o sea, en la violación de una regla esencial en que debe asentarse el Mercado Común, el planteo de Uruguay, que se pone de relieve en todas sus manifestaciones ante este Tribunal Arbitral.

53. La Argentina, por su lado, en ningún momento contesta tal principio, resaltando su compromiso con las reglas que garantizan la libre circulación de bienes en la zona integrada, libre de restricciones o discriminaciones. Contrapone, sin embargo, al pedido de Uruguay, las excepciones legales y legítimas a la libre circulación de bienes. Menciona Argentina a su favor, entre otros fundamentos, el Preámbulo del Tratado de Asunción, cuando admite que el proceso de integración y desarrollo económico con justicia social pasa también y necesariamente por la preservación del medio ambiente. Busca, a su vez, fundamento en el Anexo I del Tratado, cuando en su artículo 2º, letra b), excluye del concepto de "restricciones al libre comercio" las situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1950. De este artículo 50, Argentina destaca la letra b), relativa a la aplicación de leyes y reglamentos de seguridad, y la letra d), pertinente a la protección de la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales.

54. Por su parte, Uruguay no discute las medidas de protección ambiental, exponiendo el conjunto de normas vigentes internas relativas a tal materia, así como su actuación internacional en el sentido de proteger los valores ambientales. Destaca, no obstante, que el fundamento legal traído por la Argentina es inaplicable al caso de los neumáticos remoldeados.

55. De este modo, el Tribunal se enfrenta con argumentos de las Partes que implican un verdadero frente entre principios estructurales del Mercosur. Habiendo este Tribunal admitido como punto indiscutible la decisión Argentina de prohibir la importación de neumáticos remoldeados para su territorio, así como que tal prohibición afectó determinado flujo de comercio originado en Uruguay, la decisión a ser adoptada llevará en consideración los hechos concretos que caracterizaran el flujo de comercio de neumáticos remoldeados de Uruguay para Argentina, particularmente en el período de 1997 a 2001. Ponderará, asimismo el Tribunal la aplicación de los mencionados principios en confrontación, es decir, el libre comercio y la protección del medio ambiente, definiendo la prevalencia de uno sobre el otro, teniendo

en cuenta los dictámenes del Derecho Internacional y, muy especialmente, las peculiaridades del caso *sub examen*.

5. El derecho y el caso concreto

56. Habiendo las Partes ratificado su convencimiento en cuanto a la legalidad de la aplicación del principio de la libre circulación de bienes en la región, así como admitiendo el hecho de que determinada Ley interna Argentina prohibió la importación de productos que venían siendo exportados por el Uruguay, cabe a este Tribunal definir si la excepción presentada por Argentina, es decir – en términos generales –, si la protección de la salud y la vida de las personas y animales y la preservación del medio ambiente, tiene condiciones jurídicas para oponerse al principio de libre comercio, en determinadas condiciones y/o circunstancias.

57. Además de las normas y principios antes citados, tiene referencia directa con el caso concreto ahora en análisis toda una serie de dispositivos internacionales, levantados por las Partes en el curso de las discusiones. Nótese, en primer lugar, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) que dispone en su artículo XX que los Estados miembros (Argentina y Uruguay son miembros) pueden establecer restricciones a las importaciones por motivos no-económicos siempre que, como establecido en la letra “b”, sean necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. El Tratado de Asunción, como se ha visto, incorporó tal excepción al principio de libre comercio como antes mencionado.

58. El Preámbulo del Tratado de Asunción consagra como uno de los instrumentos del proceso de integración la “preservación del medio ambiente”. Nótese, además, que se entiende como objetivo del Tratado el fin último de la mejoría de las condiciones de vida de los habitantes de la región. Es oportuno recordar que, en los términos del artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la interpretación de un tratado ha de tener en cuenta su contexto, lo cual comprende el texto, el preámbulo y los anexos.

59. El Consejo del Mercado Común, por la Dec. Nº 2/01, en el ámbito del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, revela directa preocupación con el tema de la preservación del medio ambiente cuando menciona la necesidad de mejorar la calidad ambiental de la región a través de un marco jurídico que reglamente las acciones de protección al medio ambiente y la conservación de los recursos naturales de los países miembros del Mercosur. El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente, ya aprobado por Argentina y Uruguay, establece como sus finalidades, entre otras, la promoción de la protección al medio ambiente, la promoción del desarrollo sostenible, el tratamiento prioritario e integral de las causas y fuentes de problemas ambientales, y el fomento a la internalización de los costos ambientales. Es importante señalar que el artículo 3º del Acuerdo Marco, en el cual se incluyen las finalidades aquí mencionadas, revela preocupación con el posible choque de medidas ambientales con el flujo del libre comercio. En efecto, en la letra c), de este artículo 3º, se destaca como su objetivo la “promoción del desarrollo sostenible por medio del apoyo recíproco entre los sectores ambientales y económicos, evitando la adopción de medidas que restrinjan o distorsionen, de manera arbitraria o injustificada, la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito del Mercosur”.

60. Se verifica, por lo tanto, que en el Acuerdo Marco, el legislador ya previó la posibilidad de medidas de carácter ambiental afectando el libre comercio de la región, habiendo recomendado que se evitara la adopción de medidas restrictivas injustificadas o de carácter arbitrario. A *contrario sensu*, es posible que se admita que el mismo legislador consideró legítimas determinadas medidas de protección ambiental que, de forma justificada y no arbitraria, puedan afectar el libre comercio de la región.

61. En el mismo sentido, la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, firmada en 1992, que ostenta como objetivos la protección de la integridad del sistema ambiental y del desarrollo mundial, admite en uno de sus principios (Principio 4) que la protección del medio ambiente debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no puede ser considerada de forma aislada. Vale decir que Estados que representan a casi la totalidad de la población mundial presentes en la Conferencia de Río, conocida como Eco-92, admiten en la Declaración final que el tema de medio ambiente deberá siempre ser analizado en conjunto con otros temas vinculados al desarrollo de los pueblos. Más adelante, la misma Declaración, en su Principio 12, determina que las medidas de política comercial con fines ambientales no deben constituirse en medio de discriminación arbitraria o injustificada, ni en restricción velada al comercio internacional. Tal como en el Acuerdo Marco del Mercosur, la Declaración de Río reconoce el peligro de la utilización de los temas de medio ambiente como forma de protección comercial o de restricción al libre comercio, pero admite el empleo restrictivo de esas medidas, de forma justificada y no arbitraria. Para complementar las referencias a la Declaración de 1992 sobre el medio ambiente, cabe recordar que la misma consagró la aplicación del criterio precautorio, cuando se discuta cuestiones de medio ambiente, admitiendo que cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible al medio ambiente, a falta de certeza científica no debe servir como motivo para la no adopción de las medidas juzgadas necesarias.

62. En materia de derecho, Uruguay trae igualmente a la luz las Decisiones N°s. 22/00 y 57/00 del Consejo del Mercado Común. La Decisión CMC N° 22/00 se inserta en el proceso denominado de "Relanzamiento del Mercosur". Su punto fundamental reside en la reafirmación del principio de la libre circulación de bienes en el territorio regional, como base de la consolidación de un mercado común. El objetivo de la decisión es de "acordar un plan de trabajo para el tratamiento de tales medidas, con miras a la eliminación de las dificultades que las mismas ocasionan en las corrientes entre los Estados Partes". En esa línea, el artículo 1° de la Decisión ratifica la determinación de que ningún Estado Parte puede adoptar cualquier medida restrictiva al comercio recíproco. Hace entretanto, tal artículo, expresa mención a lo previsto en el artículo 2°, letra b) del Anexo I del Tratado de Asunción que, remitiendo al artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, establece determinadas excepciones para la adopción de medidas restrictivas al libre comercio. En el artículo 3°, la Decisión CMC N° 22/00 determina acciones tendientes a eliminar las dificultades generadas en el comercio intra-zona o para eliminar las medidas restrictivas al comercio justificadas por el art. 50 del Tratado de Montevideo. Vale decir que la Decisión, al mismo tiempo que ratifica el principio de un comercio libre y sin restricciones, acepta aquellas fundamentadas en la excepción del art. 50 del Tratado de Montevideo y establece procedimientos para la eliminación de tales medidas restrictivas, a ser adoptadas en el curso del tiempo.

63. Por su parte, la Decisión CMC N° 57/00 tiene por objetivo complementar la anterior Decisión N° 22/00. Queda explícito en su texto que el libre comercio de bienes constituye un elemento esencial para la confirmación del mercado común definido en el Tratado de Asunción. De la misma forma indica la necesidad de asegurar principios fundamentales de protección a la vida y a la seguridad pública, y que las que medidas con esa finalidad no deban generar obstáculos innecesarios al comercio. Se evidencia, así, que el proceso de relanzamiento del Mercosur, corporizado inclusive en las Decisiones del Consejo del Mercosur, antes mencionadas, ratifica su compromiso con el libre comercio entre los Estados Partes, libre de restricciones o barreras no-arancelarias, pero igualmente preserva las excepciones ya previstas en documentos anteriores, proponiendo que tales excepciones sean reducidas en el tiempo.

64. La materia ambiental se transformó en tema prioritario entre las naciones del mundo y, no podría ser diferente entre los miembros del Mercosur. Además de las normas ya analizadas, vale recordar otras tantas que, en el marco regional, tratan directamente del tema, a saber: (a) la CMC/DEC N° 2/94, sobre el Acuerdo de Transporte de Mercaderías Peligrosas; (b) la decisión GMC N° 10/94, que trata de las Directrices Básicas en Política Ambiental; (c) la

CMC/DEC N° 10/00 sobre la Complementación del Plano General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional, en materia de Ilícitos Ambientales; (d) la CMC/DEC N° 19/03, relativa a la Reunión de Ministros del Medio Ambiente, con la finalidad de crear la “Reunión de Ministros de Medio Ambiente”, que tendrá como función proponer al Consejo del Mercado Común medidas destinadas a la coordinación de políticas para promover la gestión ambiental y el desarrollo sustentable en los países del Mercosur, así como acciones de cooperación y articulación en materia de medio ambiente entre los Estados Partes; (e) la CMC/DEC N° 14/04, que aprueba el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur en Materia de Cooperación y Asistencia frente a Emergencias Ambientales.

6. Límites al Derecho de la Integración

65. La disposición política de los países que componen el Mercosur en la búsqueda de la integración regional ha oscilado en curso de los años, desde la firma del Tratado de Asunción. Contingencias y circunstancias específicas dictan los vientos favorables y, por veces, menos favorables a la consolidación y al perfeccionamiento de esa zona comercial integrada. Entretanto, si la temperatura política ha variado, lo mismo no se puede decir de la coherencia y consistencia del sistema legislativo que instrumenta el Mercosur. Los Estados Miembros respetan y hacen respetar las normas vigentes; hay un incesante trabajo de perfeccionamiento de normas y sistemas del proceso de integración; hay una constante preocupación con la solución de eventuales controversias surgidas entre los miembros, siendo el Protocolo de Olivos el mejor testimonio de esa afirmación.

66. Los principios de integración son reiteradamente reconocidos por todos los miembros del Mercosur, habiendo sido inclusive ratificados por diversas manifestaciones de Uruguay y Argentina en varios momentos de este proceso arbitral. Fundada en el libre comercio, sin restricciones o barreras, la sistemática jurídica de la integración igualmente convive con los principios de proporcionalidad, de la limitación de reserva de soberanía, de la razonabilidad y de la previsibilidad comercial. Por cierto, la búsqueda de la integración y la consagración de su fundamento en el libre comercio sólo pueden tener sentido como instrumentos de implementación del bienestar de los seres humanos que viven en la región. Léase bienestar como un concepto amplio, que implica todos los elementos que contribuyen para mejorar la calidad de vida de los hombres. En este cuadro, el libre comercio no puede gozar de una prioridad absoluta, puesto que es instrumento del bienestar humano no un fin en sí mismo. El concepto de un mercado libre de barreras debe ser temperado con otros principios, igualmente consagrados por el Derecho, tales como la eficiencia, la cooperación entre los pueblos, la preservación del medio ambiente, la prevención, la precaución, entre otros.

67. Para comenzar, hay un objetivo común en la formulación de políticas para incrementar la mejor distribución de recursos económicos y naturales disponibles, así como de los recursos adicionales resultantes del desarrollo económico. Se destinan tales políticas a la eliminación de barreras que perjudiquen el flujo comercial y las inversiones realizadas en países en desarrollo; a la transferencia de tecnología, inclusive para el tratamiento de problemas ambientales internos; al desarrollo de la capacidad de los países de crear y perfeccionar tecnologías propias, inclusive de preservación ambiental; a la integración de políticas económicas, ambientales y sociales, entre otras finalidades. En este marco, el principio de eficiencia impone una distribución racional de los recursos y se propone garantizar que los costos involucrados en el proceso de integración efectivamente sirvan para incrementar un régimen de comercio desarrollado y competente.

68. El principio de la cooperación internacional exige que los regímenes comerciales en desarrollo promuevan vínculos más allá de las fronteras, buscando el perfeccionamiento de los sistemas internacionales de cooperación. La cooperación regional debe desempeñar un papel fundamental en el desarrollo de la capacidad de cada país incluido en la región para

administrar sus problemas ambientales. La cooperación y el apoyo recíproco entre políticas económicas y ambientales es esencial para el desarrollo seguro y sustentable de la región. Por su parte, el principio de integridad ambiental consagra que la falta de certeza científica no puede ser utilizada como motivo o justificación para postergar la adopción de medidas y programas tendientes a evitar posibles o potenciales daños al medio ambiente.

69. En consonancia con el principio de integridad ambiental, el principio precautorio determina que el poder público utilice criterios científicos objetivos que conduzcan al equilibrio entre la toma de decisiones para resultados a largo plazo y la satisfacción de necesidades de corto plazo. Debe haber una permanente integración entre la formulación de políticas ambientales y la investigación científica. La ciencia funciona como colaboradora esencial para justificar medidas de protección al medio ambiente y sirve como base para formular el desarrollo de políticas ambientales. Es cierto, entretanto, que el conocimiento científico sobre determinados ecosistemas y las consecuencias de la acción del hombre sobre la naturaleza son todavía incipientes y precarios. No se culpe a la ciencia por tal atraso, pues la efectiva y diseminada preocupación con la defensa y preservación del medio ambiente y de los recursos naturales surge apenas en la segunda mitad del siglo 20. La llamada incerteza científica debe ser ponderada en la discusión de medidas y políticas destinadas al medio ambiente. Es de sentido común que la ciencia no siempre es capaz de ofrecer las pruebas necesarias para comparar – con certeza – los efectos potenciales o futuros que determinada actividad humana pueda causar al medio ambiente. Así, forzoso es admitir la necesidad de incorporación de esa “incerteza científica” como componente de políticas ambientales.

70. El principio de precaución es corolario de la constatación de incerteza científica ante la necesidad incuestionable del implemento de políticas ambientales. La precaución determina que el objetivo de protección al medio ambiente no puede ser perjudicado por la falta de certeza científica. La fragilidad y la vulnerabilidad de la naturaleza son realidades incontestables y los límites humanos de la ciencia no pueden servir de justificativo para postergar la protección del medio ambiente. No siendo la incerteza científica un obstáculo para la toma de medidas de precaución y defensa, se procedió a invertir la carga de la prueba, a fin de que la parte que pretenda implantar una actividad considerada nociva o potencialmente peligrosa al medio ambiente probar que la misma es segura y no constituye un peligro ecológico. En esa línea de conducta, una incerteza científica certificada, por sí sola, puede justificar la adopción de medidas de resguardo al ambiente. Finalmente, la prevención viene consagrada por el moderno derecho internacional y particularmente por las normas del Mercosur, incluidas estas en el Acuerdo Marco de Medio Ambiente. Tal principio consiste en la autorización para la toma de medidas destinadas a evitar y prevenir riesgos potenciales.

7. La prueba producida por las Partes

71. Las Partes sometieron a este Tribunal Arbitral un conjunto probatorio amplio y bien elaborado. Fueron documentos, datos estadísticos, gráficos, consideraciones técnicas, además de presentación y la declaración de peritos hechas en el curso de la Audiencia del día 11 de octubre de 2005. Como ya se tuvo oportunidad de mencionar, varios aspectos fácticos, objeto de las referidas pruebas, se tornaran indiscutidos.

72. No existe divergencia entre las Partes con relación de la distinción existente entre un neumático nuevo, un neumático usado y un neumático remoldeado. Se deja de lado el análisis de otros tipos de reconstrucción de neumáticos, pues la controversia gira exclusivamente en torno de los remoldeados. La prueba traída al proceso indica que el neumático remoldeado es un producto que se utiliza de una carcasa de neumático usado, debidamente inspeccionada y que esté en buen estado, sobre la cual se reconstruye un neumático, abarcando esa reconstrucción la banda de rodaje, los hombros y los laterales del neumático.

73. En cuanto a la seguridad para el usuario de un neumático remoldeado, aún cuando las Partes puedan haber discordado en algunas particularidades del tema, las pruebas indican que tal tipo de producto no trae inseguridad en su uso en el tráfico normal. Se informa que ese proceso de reconstrucción es utilizado en neumático para camión es, especialmente, para aviones, lo que indica la confiabilidad del mismo. Además, la Argentina produce y admite el uso en sus territorios de neumáticos remoldeados, habiendo – según se informó en el proceso – decenas de industrias trabajando en esa fabricación. Así, el hecho de que la Argentina admita el uso en su territorio nacional de productos allí reconstruidos elimina, a los efectos de este proceso, la necesidad de mayor discusión en cuanto a la seguridad del producto.

74. Entretanto, en cuanto al aspecto de durabilidad, no hubo acuerdo entre las Partes. El Uruguay presentó conclusiones técnicas del IPT (Instituto de Investigaciones Tecnológicas, vinculado a la Universidad de São Paulo), que a través de un informativo del 24 de noviembre de 1997 (Nº 7.067), concluye que un neumático reformado “es un neumático remanufacturado a través de un proceso industrial que utiliza la estructura íntegra de los neumáticos usados, luego de una rigurosa inspección. (...) El neumático así obtenido posee, en principio, las mismas características del neumático nuevo, teniendo inclusive que atender a los requisitos exigidos para neumáticos nuevos, de acuerdo con las normas brasileñas. De esa forma, adecuadamente fabricado, el neumático remoldeado tiene la misma durabilidad y sería tan o más seguro que un neumático nuevo, utilizado en las mismas condiciones” (ver Anexo nº 33, del pedido de Uruguay. Subrayado propio).

75. En contrapartida, la Argentina trajo manifestaciones del (Instituto Nacional de Tecnología Industrial INTI), en la cual declara que la duración “de un neumático reconstruido depende de su tamaño y del modo en que fue usado. Lo que está claro es que la probabilidad de falla del mismo es mucho mayor que la de un neumático nuevo por el envejecimiento que tiene la carcasa (neumático usado sobre el que se realiza la reconstrucción). (.....) El rendimiento se estima, con base más práctica que técnica en un 30% de la vida útil de un neumático nuevo, pero depende mucho del estado del neumático usado en el momento de la selección y de la calidad del proceso de reconstrucción”. (ver Anexo 7.1, de la contestación de la Argentina. Subrayado propio).

76. Además de la divergencia presentada por los dos institutos técnicos en lo relativo a la durabilidad de los neumáticos remoldeados, las Partes presentaron ante el Tribunal Arbitral una discusión técnica sobre resistencia a la abrasión de tales productos. Uruguay presentó un Informe de Ensayo sobre el nº 878467/CUE, de responsabilidad de LATU (Laboratorio Tecnológico del Uruguay), relativo a los resultados de un experimento de resistencia a la abrasión de los neumáticos remoldeados en comparación con los nuevos, realizado según la norma DIN 53516. El resultado es expresado por la medida de volumen de goma perdida por los neumáticos utilizados durante las pruebas. En el caso de esa experiencia, el LATU utilizó un neumático nuevo CEAT y un neumático remoldeado RALF, habiendo concluido que, después de estos análisis con ambos, el neumático CEAT (nuevo) perdió 157 mm³ de goma y el neumático RALF (remoldeado) sufrió una pérdida de 145mm³. Por la diferencia poco significativa de desgaste entre ambos productos testados, concluye el LATU que la vida útil de un neumático RALF remoldeado es similar al de un neumático CEAT nuevo. (ver Anexo 27, del pedido del Uruguay).

77. Sobre las pruebas realizadas por el LATU y las respectivas conclusiones, el INTI manifestó, opinando que “la medición del desgaste de la banda de rodamiento de los neumáticos se realiza a través de prolongadas pruebas en flotas de autos, camiones, entre otras, en los que se mide la disminución de la profundidad de la banda de rodamiento (desgaste) a lo largo de miles de kilómetros. (...) El ensayo de abrasión según la norma DIN 53516 no es suficiente por sí mismo para garantizar la equivalencia de los compuestos para banda de rodamiento. En general, con un único ensayo es imposible concluir que dos compuestos de caucho son equivalentes. El ensayo de abrasión antes señalado compara

desgaste por frotamiento en condiciones controladas, pero su correlación con las condiciones de servicio es muy pobre". (ver Anexo 7.1, de la contestación de Argentina).

78. De la misma forma, no fueron conclusivas las declaraciones prestadas por los peritos de ambas Partes en lo que se refiere a la durabilidad de los neumáticos remoldeados. Recuérdesse que, en las declaraciones de los peritos indicados por la Argentina, Dr. Jorge Mandelbaum y Lic. Liliana Rehak, también no consiguieron ser precisos en cuanto al tema. Preguntados sobre la durabilidad del producto referida por el INTI, afirmaron que no se trata de que duren cerca de 25% a 30% de un neumático nuevo, y sí que presenten problemas estructurales antes inclusive que se desgaste la nueva banda. (ver declaración de los peritos Mandelbaum y Rehak).

79. Quedó finalmente, comprobado que un neumático remoldeado es prácticamente tan seguro en su uso como un neumático nuevo. Que un neumático remoldeado tiene durabilidad de entre 30% y 100% de la de un neumático nuevo. Que un neumático remoldeado es más barato que un neumático nuevo. Que un neumático remoldeado no puede ser nuevamente remoldeado.

80. En este punto, son necesarias consideraciones sobre la prueba realizada en lo referente a los daños ambientales producidos por los neumáticos usados, cuando sean transformados en residuos. Las alegaciones traídas al proceso, los documentos juntados por la Argentina y, además las declaraciones de las peritas indicadas, Dra. Leila Devia y Dra. Raquel Turcán, no fueron contestadas en su contenido por el Uruguay. Además, parece indudable que, al final de su vida útil, sean neumáticos nuevos, sean neumáticos remoldeados, tales productos causan o pueden causar daño al medio ambiente y, particularmente a la salud de las personas, de los animales y la preservación de los vegetales. Un neumático, al final de su vida útil, no dispone, aún de un proceso de reciclaje económicamente viable, no obstante los varios estudios que mundialmente son realizados en ese sentido. Un neumático, al fin de su vida útil, se transforma en residuo indeseable y potencialmente peligroso. Los neumáticos inservibles vertidos al aire libre, transformándose en fuente de contaminación y verdaderos criaderos de insectos. Además de esa consecuencia, pueden tales residuos liberan elementos de su composición dañosos a la salud de seres vivos y a la naturaleza, inclusive contaminando a las aguas. Pueden también los neumáticos al fin de su vida útil ser enterrados en rellenos sanitarios, especialmente reservados para tal finalidad. Vertidos en el subsuelo, se estima que tales productos lleven cerca de 500 años para degradarse en la naturaleza. En ese período, los rellenos que reciben neumáticos inservibles pueden, con la liberación del proceso de degradación, contaminar gravemente la superficie freática, alcanzando a las aguas subterráneas, con consecuencias dañosas para el medio ambiente.

81. La posición de Uruguay, durante el curso del proceso, fue – la mayor parte de las veces – no debatir el problema ambiental. El argumento de resistencia del pleito uruguayo, en cuanto a ese tema, fue en ese sentido de que, se trata de neumáticos nuevos, usados y remoldeados, al final de su vida útil se transforman en carcasas inservibles y causan iguales peligros a la salud de las personas y al medio ambiente. No se trata, en este arbitraje, argumentan los pedidos de Uruguay, de discutir la importación de neumáticos usados, y sí neumáticos remoldeados, que serán destinados al uso y no inmediatamente transformados en residuos ambientalmente problemáticos. La pretensión de Uruguay se restringe a obligar a Argentina a seguir importando neumáticos remoldeados producidos en Uruguay, puesto que estos tienen igual durabilidad y seguridad en relación a los neumáticos nuevos, siempre tuvieron libre ingreso en el territorio argentino y no significan un impacto ambiental distinto del que es causado por el neumático nuevo.

8. El estoppel

82. El Uruguay pretende que sea aplicado al caso el principio de estoppel. Afirma que la Ley N° 25.626 suspendió el comportamiento comercial constante de la Argentina, relativo a admitirla importación de neumáticos remoldeados de Uruguay, causando a éste perjuicios de naturaleza económica. Tal comportamiento, en las circunstancias en que se dio, encierra la aplicación del principio. El estoppel ha sido aplicado como forma de dar estabilidad, certeza y continuidad a las obligaciones internacionales, sean ellas – o no – convencionales. El principio reconocido por la jurisprudencia internacional en varias oportunidades, no goza de unanimidad en cuanto al alcance de su concepto, por la doctrina. La propia expresión *estoppel* incluye y admite otras denominaciones equivalentes relativas a sus efectos, aún cuando no siempre en cuanto a su naturaleza. Así no será difícil encontrar para el mismo principio (o muy semejante a él) denominaciones como “doctrina de los actos propios”, “*venire contra factum proprium non valet or non licet*”, “preclusión”, “doctrina de la apariencia”, “*adversus factus suum quis venire non potest*”, entre de otras.

83. Para Ian Browlie¹⁰⁷, el estoppel es un principio general del derecho internacional, fundado en la buena fe y en la consistencia de las relaciones internacionales. Schachter entiende la aplicación del principio cuando una parte que se compromete de buena-fe a adoptar un cierto comportamiento o a reconocer una determinada situación jurídica, se torna impedida por el estoppel de proceder en contradicción con ese compromiso o con esos actos, si las otras partes tienen razonablemente fundado su propio comportamiento en ese compromiso.¹⁰⁸ En esa línea, vale todavía recordar el concepto de estoppel más recientemente propuesto por Francisco Jiménez García, al entender que “el estoppel supone la reprobación de la contradicción. No de cualquier contradicción, sino de aquella que pone en entredicho la coherencia y la consistencia de los Estados en la realización de sus comportamientos y conductas en el marco de una determinada situación o relación jurídica internacional. Mediante ese principio se impide que un Estado reclame para sí la observancia de un derecho de que es titular o el ejercicio de una facultad admitida por el Derecho, si tal pretensión resulta contraria con la conducta anteriormente observada por el mismo respecto al contenido de ese derecho o al ejercicio de las facultades que lo integran o que el Derecho reconoce e incompatible con las legítimas expectativas originadas en el patrimonio jurídico del Estado los Estados que, de buena fe y de forma razonable, han confiado en la veracidad de la conducta primaria y han acomodado sus intereses de conformidad con el nuevo estado de cosas así creado”.¹⁰⁹

84. Aún un tratamiento cuidadoso por la doctrina, el estoppel ha sido aplicado de formas diversas por la jurisprudencia. No es necesario un esfuerzo mayor de investigación para que se encuentre en el repertorio internacional las más variadas interpretaciones y aplicaciones del principio. Desde luego, recuérdese el Laudo Arbitral, dictado el 9 de enero de 2002, sobre la “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) procedentes de Uruguay”, al proclamar que “en el marco de las opiniones doctrinarias citadas por la Reclamante, el Tribunal entiende que la señalada concurrencia de elementos contestes – tráfico comercial, declaraciones oficiales, a más de los concordantes actos concluyentes de órganos del Estado justifican la invocación del principio del estoppel que realiza la Parte Reclamante”. Por otro lado, en el caso *Comunidades Europeas (CEE) – Bananas I*, el Grupo Especial (GATT 1947) concluyó que el estoppel solamente puede resultar del expreso o, en casos excepcionales, implícito, consentimiento de las partes reclamantes.¹¹⁰ Y, todavía, en

¹⁰⁷ Ian Browlie, *Principles of International Public Law*, 5th ed., Oxford University Press, 1998, p. 646.

¹⁰⁸ Oscar Schachter, *Droit International, Bilan et Perspectives*, org. Mohammed Bedjaoui, Tomo 1, Paris, 1991.

¹⁰⁹ Francisco Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional: A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Editorial Dilex, Madrid, 2002, p. 236.

¹¹⁰ *Relatório do Grupo Especial: EEC – Member States’ Import Regimes for Bananas (EEC – Bananas I)*, junho de 1993 – DS32/R.

los casos *Comunidad Europea (CE) – Asbestos y Guatemala – Cemento II*, los Grupos Especiales declararon que el estoppel es relevante cuando la parte confía razonablemente (“reasonably relies”) en las garantías de la otra parte y, así, sufre consecuencias negativas resultantes del cambio de posición de esa otra parte.¹¹¹

85. El estoppel, para su caracterización debe contener, como mínimo, tres elementos esenciales: (a) una situación creada por un Estado, entendida como conducta primaria; (b) una conducta seguida por otro Estado, entendida como conducta secundaria y (3) la imposibilidad por parte del Estado que adoptó la actitud primaria de comportarse o manifestarse en sentido contrario a ella. Se trata de un principio directamente vinculado a la buena fe, puesto que quien afirma o admite algo es, aún más, cuando por una serie de actos, hechos u omisiones consagra la afirmación o admisión, no puede contradecir ese comportamiento. En materia de decisiones relacionadas al comercio, además de los casos referidos en el ítem 86, supra, debe ser mencionado el *Panel Report* de caso Argentina – Derechos Antidumping relativos a Pollos de Brasil (WT/DS241/R), decidido en mayo de 2003, donde se menciona el principio del estoppel y se admite su aplicación en aquellas circunstancias en que (i) una declaración de hecho clara y no ambigua, que (ii) sea voluntaria, incondicional y autorizada es (iii) admitida de buena fe.

86. El estoppel, práctica consagrada en la jurisprudencia como resultantes de buena fe y del *pacta sunt servanda*, encuentra abrigo indirecto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuando en su artículo 45, letra b), considera tener un Estado admitido a validez de un tratado, inclusive en razón de su conducta previa. Vale decir que actos u omisiones del Estado en consonancia con determinado Tratado son suficientes para obligar tal Estado por los términos del mismo.

87. En el caso en juzgamiento, cabe al Tribunal verificar si hubo, por parte de la Argentina, acto propio generador de obligaciones frente a Uruguay, así como analizar si el comercio de neumáticos remoldeados existente entre las Partes habría sido suficiente para configurar una práctica de naturaleza comercial constante y regular, apta para generar en otro Estado una justa expectativa de la existencia de una obligación de naturaleza internacional. Por el lado del segundo Estado, en este caso, el Uruguay, debe el Tribunal igualmente verificar si, habiendo tal práctica comercial constante y regular, fue ella suficiente para, a partir de una justa expectativa, determinar la adopción de postura específica, en consecuencia de los actos practicados por la otra Parte, así como si el cambio de comportamiento comercial de la Argentina habría generado perjuicios a Uruguay. Finalmente, y no menos importante, aún admitiéndose la existencia de requisitos suficientes para configurar la aplicación del principio del estoppel, cabe indagar si tal principio es absoluto y no sufre alguna restricción. Vale decir que cabe examinar si la obligación generada en consecuencia de la conducta de un determinado Estado y que, por fuerza del estoppel, debe ser mantenida, tiene carácter absoluto. O sea, si el Estado practicante de conducta primaria no tiene derecho de suspender tal conducta, si y cuando otros principios, o motivos fundamentales antes desconocidos, muestren la necesidad o conveniencia de alterar o paralizar la conducta original.

¹¹¹ *Relatório do Grupo Especial – European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products (EC-Asbestos)*, WT/DS 135R, modificado pelo Relatório do Órgão de Apelação, WT/DS135/AB/R, para 8.60 e *Relatório do Grupo Especial – Guatemala – Definitive anti dumping measures on Gray Portland Cement from México*, WT/DS156R, pars. 8.23 e 8.24.

E. CONCLUSIONES

88. Ante lo expuesto y analizado, el Tribunal Arbitral, por mayoría de votos de los Señores Árbitros, decide lo cuanto articuladamente a seguir se declara.

89. En cuanto al objeto de la controversia, reportándose lo que fue relatado en el ítem 42 y siguientes, *retro*, el Tribunal decide que, primeramente, se trata de la Ley N° 25.626, promulgada por la Argentina, de fecha de 8 de agosto de 2002, que prohibió la importación de neumáticos remoldeados para su territorio. Sin embargo, lo que aquí se discutió no fueron los aspectos formales de tal mandamiento normativo y sí su contenido, así como el impacto de ese contenido sobre el comercio bilateral de las Partes. Sería poco lógico – y aún ingenuo – admitir que este Tribunal pudiese, por hipótesis, considerar inaplicable a la referida Ley, admitiendo, no obstante, que la Argentina editase otro acto normativo con igual tenor o contenido. La buena fe, para no decir el buen sentido, indican que la discusión entre las Partes, tanto en este Tribunal, como antes de él, siempre se basó en la prohibición de importación de neumáticos remoldeados por la Argentina, prohibición esa instrumentada en referido texto legal.

90. En base a lo expuesto, este Tribunal define el objeto del litigio como siendo la prohibición impuesta por la Argentina a la importación de neumáticos recauchutados (remoldeados) para todo su territorio nacional. La referida prohibición fue establecida por la Ley N° 25.626 de 2002. Sin embargo, además de tal norma, se incluye en el objeto de la controversia cualquier otro texto legislativo o administrativo que tenga o venga a tener, en la práctica, los mismos efectos de la citada Ley.

91. Establecido con claridad el objeto de la controversia, cabe ahora, teniendo en cuenta los hechos narrados y comprobados por las Partes y las normas legales aplicables, juzgar si hubo por parte de Argentina una práctica reprobable y violadora de los principios que rigen las relaciones entre los Estados que componen el Mercosur.

92. El Tribunal ratifica el entendimiento de las Partes en el sentido de que el artículo 1° del Tratado de Asunción, así como todo el cuerpo legislativo que se creó en el Mercosur, consagra como base para el establecimiento de ese mercado regional la adopción y el respeto al principio de la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, suprimiéndose lo derechos aduaneros, restricciones no-arancelarias y cualquier otra medida de efectos equivalentes. Por su parte, el artículo 1° del Anexo I al Tratado de Asunción define restricciones a la libre circulación de bienes, como “cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiante o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco”.

93. En este contexto, el Tribunal entiende que la Ley N° 25.626, al prohibir la importación de neumáticos remoldeados, interrumpió el comercio internacional de tales productos, y particularmente las exportaciones de Uruguay para la Argentina, que se desarrollaban, en cuanto a tales neumáticos, desde el año de 1997.

94. Sin embargo, la libertad de comercio y su preservación como forma de estructurar el Mercosur no puede ser considerada principio absoluto y inderogable, un verdadero *deus ex machina* surgido para solucionar todos los problemas de las relaciones comerciales e inmune a cualquier excepción.

95. Las Partes no discreparon del hecho de que, al final de su vida útil, los neumáticos se transforman en un problema ambiental. Los residuos resultantes de esos neumáticos usados son de difícil disposición, tardan siglos para degradarse, son compuestos por innumerables elementos químicos y pueden provocar serios daños al medio ambiente, al hombre, a los animales, a la naturaleza en general, si abandonados al aire libre. Igualmente, pueden

perjudicar la superficie freática, alcanzando el subsuelo, cuando son dispuestos en rellenos sanitarios. Quedó igualmente exenta de duda la afirmación de que un neumático solamente puede ser remoldeado una única vez y que, en esa condición, presenta niveles de seguridad comparables a un neumático nuevo. En el plazo de vida de un neumático remoldeado reside el punto fundamental de esta cuestión.

96. Aún cuando los laudos de los institutos técnicos de elevada reputación en sus respectivos países (INTI e IPT) diverjan cuanto a la durabilidad de un neumático remoldeado, debe quedarse en el espectro establecido por esos análisis. Vale decir, un neumático remoldeado dura, un mínimo, de 30% de vida de un neumático nuevo y, como máximo, tiene una vida igual a éste. No obstante las Partes no hayan logrado probar de manera convincente la durabilidad de un neumático remoldeado, la admisión de que su vida útil pueda oscilar entre el 30% del INTI y el 100% del IPT, en relación a la vida de un neumático nuevo, es suficiente para fundamentar la decisión de este Tribunal, como más adelante se verá.

97. La reconstrucción de un neumático es una medida saludable y debe ser incentivada, pues reduce (o mejor, retarda) la acumulación de neumáticos usados. Lo que se discute y contesta, no obstante, es la conveniencia de importación de neumáticos remoldeados de otro país o región. Las pruebas traídas por las partes indican, a modo de ejemplo, que un neumático nuevo debe rodar aproximadamente 60.000 kilómetros. Con la posibilidad de su remoldeado, y en la expectativa más optimista revelada por el IPT, tiene un rodaje adicional de 60.000 kilómetros. Al fin del período, el neumático se transforma en residuo ambientalmente problemático.

98. En una simple operación aritmética y, partiendo de la expectativa optimista de que un neumático remoldeado pueda rodar los mismos 60.000 kilómetros que uno nuevo, se concluye que, al final de 120.000 kilómetros, un vehículo de cuatro ruedas que haya usado neumáticos nuevos y en seguida remoldeados, habrá consumido cuatro neumáticos; por otro lado, un vehículo idéntico que hubiera utilizado remoldeados, en el mismo periodo, tendrá utilizado ocho neumáticos. Es obvio que, si la vida útil total de un neumático remoldeado fuera menor de la de un nuevo (pues éste puede ser remoldeado una vez y aquel no), con el ingreso en el mercado nacional de neumáticos remoldeados en el exterior, el pasivo ambiental será incrementado en el tiempo.

99. En este contexto, la importación de neumáticos remoldeados implica para el país importador la aceleración de su pasivo ambiental. La protección del medio ambiente es un principio básico para el Mercosur. Como ya se explicitó anteriormente, el Preámbulo del Tratado de Asunción y la aplicación del artículo 2º, letra b) del Anexo I del Tratado, que incorpora el artículo 50 do Tratado de Montevideo de 1980, son pruebas inequívocas de que el Mercosur nació y debe desarrollarse protegiendo la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales. No habría razón para el ejercicio del libre comercio y el consecuente desarrollo económico y social de los pueblos de los países del Mercosur, si estos pueblos fuesen condenados a vivir en condiciones ambientalmente comprometidas por la acción agresiva del hombre. En el mismo sentido, fueron recordados en esta sentencia el artículo XX del GATT que admite restricciones al comercio internacional por motivos no económicos, en cuanto tales restricciones son impuestas para la protección de la salud y vida de las personas y de los animales y para preservar los vegetales. El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, aprobado en el 2001, establece entre de sus finalidades la protección al medio ambiente. En el mismo sentido está la importante Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, firmada en 1992, determina que el tema del medio ambiente no puede ser considerado de forma aislada, siendo necesaria su aplicación dentro del cuadro mayor de las relaciones internacionales.

100. Reconocida la importancia fundamental de la protección al medio ambiente y adoptados los principios que orientan la aplicación de las normas de Derecho Ambiental, especialmente

los principios de la cooperación entre los pueblos, preventivo y precautorio, como anteriormente fue analizado (ítem 68 y siguientes), el Tribunal entiende que la defensa del medio ambiente, desde que esté fundada en justas razones, puede ser usada como excepción a las normas generales de la integración regional y, particularmente, aquellas que regulan el libre comercio entre los países del Mercosur.

101.Las reiteradas alegaciones de Uruguay de que exporta para Argentina neumáticos remoldeados para ser usados y consumidos y no neumáticos usados para ser lanzados a la basura, aún cuando – en un primer momento – pueda causar impacto, no resiste a un análisis más profundo. De hecho, lo que produce y exporta Uruguay son neumáticos reconstruidos a partir de carcasas generalmente importadas de países desarrollados. El neumático remoldeado no es en sí mismo un producto que pueda causar daño inmediato al medio ambiente. Sin embargo, ese mismo producto reconstruido, con estructura originaria de otras regiones del mundo, tendrá una vida útil sustancialmente menor que la de uno de un neumático nuevo. Vale decir que será transformado en basura más rápidamente y hará que el Estado receptor acumule precozmente residuos dañosos al medio ambiente para los cuales la ciencia y la tecnología todavía no encontraron solución satisfactoria.

102.En el caso presente, siendo incuestionable el daño causado por los residuos de los neumáticos inservibles al medio ambiente y siendo, igualmente, inmune a las dudas que el ingreso en determinado país de neumáticos remoldeados incrementa su pasivo ambiental, cuando se compara tal incremento con el que sería causado por neumáticos nuevos, Argentina tuvo justa razón para aprobarla Ley N° 25.626, del 2002 y, por medio de ella, impedir el ingreso al país de neumáticos usados, recapados o remoldeados.

103.No ve el Tribunal, en el presente caso, posibilidad de aplicación del principio de estoppel. En secuencia en la de lo que fue analizado anteriormente (ítem 82 y siguientes, *retro*), la prevalencia del estoppel en el presente caso dependería de la existencia de un flujo o práctica comercial suficientes para generar la expectativa de que se constituía una obligación internacional. Tal como fue discutido, también cuanto la aplicación de estoppel puede investigarse si tal principio debe prevalecer de forma absoluta, inclusive sobre otros de igual o mayor trascendencia. Para verificar el punto primero, se recurre al Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT 1994, cuando en el primer acuerdo, en su artículo 6, al referirse a “perjuicio grave” determina que para que éste se configure debe ser analizada la corriente comercial “durante un período apropiadamente representativo, suficiente para demostrar tendencias claras en la evolución del mercado”. El artículo 2.2.1 del segundo acuerdo referido determina que para un comercio ser considerado como base para determinar el valor normal de un producto, esa evaluación debe haber tomado como base “un periodo prolongado y en cantidades substanciales”.

104.Compilándose los datos presentados por las Partes al proceso, se verifica que, según lo informado por Uruguay (Anexo 18), fueron exportados, en neumáticos remoldeados, durante el año de 1998, el valor de US\$ 168,740; durante el año 1999, US\$ 215,480; durante el año 2000, US\$ 632,524; durante el año de 2001, el valor de US\$ 225,241 y durante el año 2002, el valor de US\$ 235,842. No está claro en el cuadro presentado por el Uruguay el destino de esas exportaciones. Tales operaciones, según el Uruguay, ocurrieron durante 8 meses en el año 1998; durante 9 meses en el año 1999; durante 11 meses en el año de 2000; durante 3 meses en el año 2001 y durante 4 meses de los primeros ocho meses de 2002, cuando fue promulgada la Ley N° 25.626. Igualmente, al mencionar tales períodos, no se especifica el destino de las exportaciones.

105.Por su parte, Argentina informa en el cuadro estadístico (Contestación presentada, Cuadros de comercio entre las partes y otros) que las importaciones de neumáticos remoldeados del Uruguay fueron las siguientes: en valor de US\$ 28,306 para el año 1977; en valor de US\$ 4,317 en el año 1998; en valor de US\$ 20,450 en el año 1999; en valor de US\$

400,431 en el año 2000 y en valor de US\$ 103,985 en el año 2001, no siendo declarado ningún movimiento para el año de 2002. Mencionan todavía los cuadros presentados por la Argentina que las operaciones con neumáticos remoldeados con el Uruguay ocurrieron durante dos meses en el año 1997, un mes en el año 1998, dos meses en el año de 1999, diez meses en el año de 2000 y tres meses en el año 2001.

106. Aunque usando criterios distintos, a las informaciones presentadas por las Partes permiten al Tribunal esbozar un cuadro realista del efectivo flujo comercial entre las Partes representado por los neumáticos remoldeados en el período comprendido entre 1997 y 2001. Se constata que el comercio de tal producto no fue permanente y estable y, con la excepción del año 2001, no hubo mayor impacto económico. Además se verifica de las estadísticas presentadas por el Uruguay aún después de la vigencia de la ley Argentina y consecuente prohibición de exportar neumáticos remoldeados para la Argentina, hubo gran incremento de exportaciones uruguayas de tales productos para otros destinos. De este modo, de una forma general y comprensiva, no se puede afirmar que la industria uruguaya de neumáticos reconstruidos, como un todo, haya sufrido impacto negativo después la prohibición de importaciones por la Argentina. No se cumple, por tanto, el primer requisito para la aplicación del principio de estoppel, puesto que no se ha comprobado en estos autos un flujo mercantil permanente, ni tampoco cantidades substanciales en las exportaciones. Finalmente, los números presentados indican un crecimiento en el mercado uruguayo de producción de neumáticos remoldeados, como consecuencia del incremento de exportaciones de ese producto, no comprobándose igualmente perjuicios en el sector productivo relevante.

107. En cuanto a la relativización del estoppel ante otros principios jurídicos con el fin de justificar, como en el caso presente, una restricción de carácter no-económico al libre comercio de la región, deben ser recordados los argumentos anteriormente expuestos (ítem 99) que fundamentan el indiscutible compromiso del Mercosur con la preservación de medio ambiente y, muy especialmente, con la protección de la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales. Aún corriendo con el riesgo de pecar por exceso, el Tribunal debe recordar que no obstante la constatación de “incerteza científica”, que puede ser comprobada con varias manifestaciones de las Partes en este proceso, además de las afirmaciones concretas sobre seguridad, durabilidad y forma de disposición de neumáticos, es aplicado al caso los preceptos relacionados a los principios precautorio y preventivo, que permiten la utilización de medidas restrictivas de carácter no económico al comercio internacional y relativamente a determinado producto, aún cortando un flujo comercial anterior permanente y substancial. Concluyendo, el Tribunal entiende no ser aplicable el principio de estoppel en el caso presente, no solo porque los antecedentes comerciales no son significativos, sea por su valor económico absoluto, sea por la falta de permanencia continua de ese comercio, como también por la admisión de que hay (y debe haber) principios superiores que, debidamente comprobados, permiten al Estado imponer restricciones no económicas en su comercio internacional.

108. En apoyo de la legalidad de su reclamación, el Uruguay trae una jurisprudencia creada en el Mercosur por la decisión del Tribunal Arbitral que decidió, el 9 de enero de 2002, el caso denominado “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay”. De hecho, tal caso guarda – en su esencia – gran semejanza con este que se encuentra bajo juzgamiento. También en aquella oportunidad, alegando el mantenimiento de reglas que garantizan el libre comercio en el espacio del Mercosur, Uruguay pretendía ver anulados los efectos de norma brasileña que prohibía la importación por aquel país de neumáticos remoldeados. Tal como en la presente controversia, Uruguay alegaba, entre otros, los argumentos de prioridad de las normas del Mercosur para garantizar el libre comercio, del comportamiento previo del Brasil que admitía la importación de tales productos, para posteriormente prohibirla, y además la aplicación del principio de estoppel.

109. Cesan en este punto las semejanzas entre aquella decisión y lo que se discute en este arbitraje. En aquella oportunidad, el Tribunal Arbitral, por unanimidad, dio la razón al Uruguay, determinando que el Brasil reformulase su legislación interna de forma a readmitir la importación de neumáticos remoldeados. Una lectura cuidadosa del laudo arbitral dictado en enero de 2002 indica que el Tribunal, en aquella oportunidad, se preocupó exclusivamente en verificar si el comportamiento de Brasil implicaba (o no) violación al principio de libre comercio. Se preocupó igualmente el Tribunal en analizar si el flujo comercial del producto existía y era substancial. Se preocupó el Tribunal en comprobar si había por parte del Brasil una práctica comercial injustificadamente interrumpida, afectando el principio de libre comercio que debe estar protegido contra restricciones no económicas. En base en estas preocupaciones, el Tribunal dictó su decisión.

110. No hay, sin embargo, en todo el laudo arbitral cualquier preocupación con la preservación del medio ambiente. No se cuidó el Tribunal de analizar las excepciones al principio de la libre competencia fundadas en la protección de la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales. No se preocupó el Tribunal en analizar los principios de derecho internacional, ni tampoco los específicos de Mercosur, que autorizarían a relativizar las normas comerciales y económicas en nombre de un ambiente más sano para la región. En ningún tópico de aquella decisión arbitral se mencionó, por ejemplo, el artículo 2º del Anexo I al Tratado de Asunción aún el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980, marcos jurídicos de importancia fundamental en el deslinde de este actual arbitraje.

111. Aquí, además de las inherentes discusiones sobre la libertad de comercio y los principios y normas que aseguran el libre comercio en el Mercosur, las Partes y, más particularmente, la Argentina, presentaron datos, hechos y argumentos directamente relacionados con el Derecho Ambiental. Se discutió hasta el agotamiento la durabilidad de los neumáticos remoldeados y – en consecuencia – el tiempo al final del cual serán transformados en residuos peligrosos, tal como todos los neumáticos inservibles. El tema de preservación ambiental fue contrapuesto al de libre comercio. Así, al contrario del caso referido, este Tribunal no puede ignorar la importancia e impacto de los argumentos de naturaleza ambiental. No sólo no ignoró la relevancia de tales aspectos jurídicos, como los consideró suficientes para atemperar y relativizar el principio de la libre circulación de bienes y servicios, admitiéndose como excepción justificada a su plena aplicación. De esta forma, el referido fundamento jurisprudencial, tal como fue propuesto, no es aplicable a este caso.

112. Restan, a su vez, breves y últimas consideraciones sobre dos aspectos levantados por el Uruguay en este procedimiento. Menciona que habría habido una discriminación comercial por parte de la Argentina, pues, ya en la vigencia de la Ley Nº 25.626, habrían ocurrido importaciones de neumáticos remoldeados de otros orígenes. Argentina refutó la alegación, admitiendo el acontecimiento de importaciones temporarias de tales productos en cantidades insignificante y exclusivamente para experimentos y análisis. Adjuntó documentos en ese sentido y la versión presentada no fue contestada. En cuanto a la existencia de innumerables fábricas argentinas dedicadas a la reconstrucción de neumáticos, el argumento no afecta la decisión de este Tribunal al reconocer que neumáticos remoldeados en el propio país reducen la aceleración del pasivo ambiental, en tanto que la importación de tales productos, en particular ante el hecho de su vida útil reducida, incrementan tal pasivo.

F. DECISIÓN

Por todo lo expuesto y por lo demás que de este proceso consta, de conformidad con el Protocolo de Olivos, con las normas y principios jurídicos aplicables a la materia y, en los términos de las Reglas de Procedimiento aprobadas el 19 de agosto de 2005, este Tribunal Arbitral Ad Hoc constituido para conocer y juzgar la controversia involucrando a la República Oriental del Uruguay y la República Argentina sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados” **DECIDE:**

1. Por mayoría de votos de los Señores Árbitros, que la Ley N° 25.626, promulgada por la República Argentina el 8 de agosto de 2002 y publicada en el Boletín Oficial, el 9 de agosto de 2002, es compatible con lo dispuesto en el Tratado de Asunción y su Anexo I, con las normas derivadas de tal Tratado, así como con las disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia.
2. Por unanimidad, determinar, en los términos del artículo 36.1 del Protocolo de Olivos, que los costos y desembolsos de este procedimiento arbitral sean pagados y reembolsados a la Secretaría Administrativa del Mercosur, conforme el caso, de la siguiente manera: (a) cada Parte arcará con los costos y desembolsos del árbitro por ella indicado, así como con los costos y desembolsos de los representantes, asesores y peritos por ella respectivamente nombrados o indicados; (b) los costos y desembolsos incurridos con y por el Presidente del Tribunal serán pagados en partes iguales pelas Partes; (c) las Partes dividirán igualmente entre si todos los costos y desembolsos, inclusive de naturaleza administrativa, incurridos por la Secretaría Administrativa del Mercosur en la organización y conducción de este proceso. Los pagos y reembolsos de costos y desembolsos, en la forma aquí definida, deberán ser efectuados por las Partes correspondientes directamente a la Secretaría Administrativa del Mercosur, dentro del plazo improrrogable de 30 (treinta) días contados a la notificación del Laudo.
3. Por unanimidad autorizar a la Secretaría Administrativa del Mercosur a efectuar, de inmediato, todos los pagos aún pendientes y relativos al presente proceso, en los términos de la decisión adoptada, con recursos disponibles del Fondo Especial, debitándolos a las Partes en las proporciones aquí determinadas.
4. Por unanimidad determinar que los autos y todos los documentos relativos al presente proceso permanezcan archivados en la Secretaría Administrativa del Mercosur.

Por unanimidad declarar que, exceptuándose lo dispuesto en los artículos 28.1 y 17 del Protocolo de Olivos, lo dispuesto en este Laudo es obligatorio para las Partes y tiene efecto inmediato, de conformidad con lo que determinan los artículos 26 y 27 del mismo Protocolo.

Sean las Partes notificadas de esta decisión por intermedio de la Secretaría Administrativa del Mercosur, desde luego por copias y correspondencia electrónica, esta última, si es posible y, en secuencia, con el documento oficial. El presente Laudo Arbitral es redactado en portugués, debiendo la Secretaría Administrativa del Mercosur, para mayor comodidad y facilidad de las Partes, providenciar, en el menor plazo posible, su traducción para el idioma Español. La versión en Portugués del Laudo Arbitral será la única oficial y prevalecerá sobre la traducción en Español, que, por su carácter no-oficial, no será revista o autenticada por los Árbitros.

Publíquese.

Hermes Marcelo Huck
Árbitro Presidente

José María Gamio
Árbitro

Marcelo Antonio Gottifredi
Árbitro

LAUDO 2

(TRIBUNALES *AC HOC*)

LAUDO DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” DE MERCOSUR CONSTITUIDO PARA ENTENDER DE LA CONTROVERSI A PRESENTADA POR LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY A LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE “OMISIÓN DEL ESTADO ARGENTINO EN ADOPTAR MEDIDAS APROPIADAS PARA PREVENIR Y/O HACER CESAR LOS IMPEDIMENTOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DERIVADOS DE LOS CORTES EN TERRITORIO ARGENTINO DE VÍAS DE ACCESO A LOS PUENTES INTERNACIONALES GRAL. SAN MARTÍN Y GRAL. ARTIGAS QUE UNEN LA REPÚBLICA ARGENTINA CON LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY”.

En la Ciudad de Montevideo, a los seis días del mes de septiembre de dos mil seis, el Tribunal Arbitral “Ad Hoc” del MERCOSUR constituido para decidir la controversia entre la REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY y la REPÚBLICA ARGENTINA sobre “Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR integrado por los Árbitros Señores Dr. Luis Martí Mingarro, Dr. José María Gamio y Dr. Enrique Carlos Barreira, nacionales, respectivamente de España, Uruguay y Argentina.

El Tribunal ha estructurado la presente decisión Arbitral en el orden que se indica a continuación:

SUMARIO

I – Resultandos.

- I – A) El Tribunal Arbitral “Ad Hoc” en el momento de su constitución.
- I – B) Incidencias y trámites relativos a la composición e integración del Tribunal Arbitral “Ad Hoc”.
- I – C) Las Partes y su representación en el proceso.
- I – D) Solicitud de suspensión de la tramitación del procedimiento.

I – E) La invitación de presencia en el proceso de los Estados Terceros.

- I – F) Reclamo de la República Oriental del Uruguay.
- I – G) Respuesta de la República Argentina.
- I – H) Proposiciones y producción de la prueba.
- I – I) Alegato Final por escrito de la República Oriental del Uruguay.
- I – J) Alegato Final por escrito de la República Argentina.
- I – k) Plazo para la emisión del presente Laudo.

II – Considerandos.

II – A) El planteo de la Parte Reclamada según el cual habría habido una novación y ampliación del objeto demandado.

II – B) El planteo de la Parte Reclamada según el cual el Reclamo es abstracto por carecer de objeto fáctico.

II – C) La Sede del Tribunal.

II – D) Los hechos que generaron las manifestaciones de los vecinos de la costa argentina que dieran lugar a la controversia.

II – E) Sobre la existencia de incumplimiento por omisión frente a la normativa del MERCOSUR.

II – F) Sobre la referencia a los Derechos Humanos.

II – G) La conducta debida ante las circunstancias existentes.

II – H) La responsabilidad del Estado Federal por las omisiones de los Gobiernos Provinciales.

II – I) La actitud de los vecinos de Gualeguaychú.

II – J) La relevancia de los perjuicios.

- II –K) El pedido de que se condene a la Parte Reclamada a adoptar las medidas apropiadas para prevenir o hacer cesar la posible reiteración futura de hechos similares.
III – Conclusiones.
IV – Decisión.

I – RESULTANDOS

- I-A - **EL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC” EN EL MOMENTO DE SU CONSTITUCIÓN**

1) El 21 de junio de 2006 tuvo lugar la sesión constitutiva del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” a la cual asistieron los tres árbitros y en la cual se levantó Acta de Sesión nº 1 y se adoptaron las Reglas del Procedimiento adoptadas por el Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, en cuyo transcurso los Árbitros Dres. Luis Martí Mingarro y José María Gamio hallaron recíprocamente, en buena y debida forma sus respectivas designaciones como Árbitros de conformidad con el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias y su Reglamento, para entender en la controversia.

2) Comprobaron asimismo, que se encuentran incluidos en la lista de Árbitros establecida de acuerdo con el artículo 11 del Protocolo de Olivos y han firmado la declaración de aceptación requerida a los Árbitros en el artículo 21 del Reglamento del Protocolo de Olivos.

3) Por su parte el Árbitro designado por Argentina Dr. Héctor Masnatta manifestó que, en su opinión, la designación del Dr. Luis Martí Mingarro no reunía los requisitos legales suficientes para ser efectiva, dejando a salvo su estimación personal y científica respecto del mencionado Árbitro.

4) Con las reservas del Dr. Masnatta los restantes dos Árbitros consideraron que el inicio del Procedimiento fue establecido por la Nota N° 423/06 del 04/05/06 de la Coordinación Nacional de Uruguay en el GMC que fue debidamente notificada; que el plazo de procedimiento comenzó el día 10 de junio del corriente año según lo establecido por el artículo 16 del Protocolo de Olivos; que la Presidencia sería ejercida por el Dr. Luis Martí Mingarro, de acuerdo con el artículo 10, numeral 3 inciso ii del Protocolo de Olivos; que la sede del Tribunal se fijaba en la Ciudad de Montevideo, capital de la República Oriental del Uruguay, de conformidad con el artículo 38 del Protocolo de Olivos y que quedaban aprobadas las Reglas de Procedimiento adoptadas por el Tribunal.

5) Asimismo se invitó a las dos Partes a designar sus Respectivos Representantes y a constituir sus respectivos domicilios en la ciudad de Montevideo, a los fines de practicar las notificaciones, invitándose a la Parte Reclamante a someter el escrito de presentación dentro de los 10 días contados desde el siguiente a la notificación y también a ambas Partes a comunicar su posición en relación con la intervención de terceros países en los términos del artículo 14 de las Reglas de Procedimiento.

- I-B - **INCIDENCIAS Y TRÁMITES RELATIVOS A LA COMPOSICIÓN E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL “AD HOC”**

6) El Ministerio de Relaciones de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina había manifestado su disconformidad con el proceso de designación del Tercer Árbitro.

7) La oposición y cuestionamiento de la República Argentina referida a la designación del Tercer Árbitro, Titular y Suplente, dio lugar a la formulación por parte de la representación de ese país, de un Recurso de Revisión presentado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

8) El referido Tribunal Permanente, mediante el Laudo 2/2006 del 6 de julio de 2006, expresó, por mayoría, que no era admisible la substanciación peticionada por la Parte argentina pero que sin embargo, ésta determinación no dejaba a la Parte recurrente en estado de indefensión sino que meramente se declaraba no admisible el recurso de revisión en este estadio procesal, no emitiendo juicio de valor sobre el mérito de las alegaciones sustentadas por la Parte argentina, que bien podían ser nuevamente presentadas como contenido de un eventual recurso de revisión contra el laudo arbitral que en definitiva recayera.

9) El 7 de julio de 2006 el Representante de la República Argentina comunicó a la Secretaría del MERCOSUR que el Arbitro Titular de la República Argentina Dr. Héctor Masnatta había presentado su renuncia y que en su lugar asumiría el Dr. Enrique Carlos Barreira que revestía hasta ese momento el carácter de suplente por ese país.

10) Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Arbitral "*Ad Hoc*" quedó, desde esa fecha, compuesto en la siguiente forma: Dr. Luis Martí Mingarro (Presidente), Dr. José María Gamio (co-Árbitro) y Dr. Enrique Carlos Barreira (co-Árbitro)

- I-C-

LAS PARTES Y SU REPRESENTACIÓN EN EL PROCESO

11) La República Oriental del Uruguay constituyó domicilio en la calle Colonia 1206, segundo piso, Montevideo (Dirección General para Asuntos de Integración y MERCOSUR, Ministerio de Relaciones Exteriores) y designó para actuar, indistintamente, como sus representantes ante este Tribunal y a los efectos del trámite de esta reclamación, a los Doctores Carlos Amorín, Hugo Cayrús Maurín, Myriam Frascini y José María Robaina. Por su parte la República Argentina constituyó domicilio en la Representación Argentina para MERCOSUR y ALADI, sita en Plaza Independencia 759, Piso 6, Montevideo, República Oriental del Uruguay y designó como Representante Titular ante el Tribunal Arbitral al Dr. Juan Vicente Sola y como Representante Alterno a la Dra. Nora Capello.

- I-D -

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

12) En su momento la Representación de la República Argentina solicitó la suspensión de las actuaciones en base a la trascendencia de sus objeciones sobre la constitución del Tribunal, y habida cuenta de la presentación por su parte del recurso de revisión que había formulado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

13) En el momento procesal en que la representación de la República Argentina solicitó la suspensión del procedimiento se daba una circunstancia ciertamente excepcional, cual era la existencia de un recurso de revisión que la representación de ese Estado Parte había formulado ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, el cual fue rechazado "in limine". Por ello, ante el pedido de suspensión, el Tribunal Arbitral "*Ad Hoc*", luego de la sustanciación de los traslados pertinentes a las Partes, expresó que en atención a lo ya resuelto por el Tribunal Permanente de Revisión la causa alegada para la suspensión carecía de vigencia y, consecuentemente, por resolución unánime del 26 de julio de 2006 desestimó la pretensión de suspensión, por haber devenido abstracta.

-I-E-

LA INVITACIÓN DE PRESENCIA EN EL PROCESO DE LOS ESTADOS TERCEROS

14) Conforme a las Reglas de Procedimiento, aprobadas para este proceso arbitral, las Partes que intervienen en la controversia habrían de dar su opinión sobre la posibilidad de invitar a Estados Parte del Tratado MERCOSUR en los que concurra la condición de terceros respecto de la concreta controversia.

15) Sobre este particular el Tribunal Arbitral "*Ad Hoc*" cuidó de brindar a las Partes la oportunidad de pronunciarse al respecto. La República Argentina por medio de su escrito de fecha 01/08/2006 hizo saber al Tribunal que no entendía pertinente la participación de Estados Terceros en un diferendo que consideraba estrictamente bilateral. Por su parte la República Oriental del Uruguay al evacuar este traslado entendió que dado que las Partes ya habían tenido la oportunidad inicial que les brindaba el apartado 5º de la parte dispositiva del Acta N° 1 para manifestarse y que, como nada dijeron, le concernía al Tribunal Arbitral "*Ad Hoc*" adoptar la resolución que entendiera pertinente sobre sí procede o no invitar a Estados Terceros. Consecuentemente por resolución del 8 de agosto de 2006, el Tribunal resolvió declarar que no procede cursar invitación a Estados Miembros del MERCOSUR para que comparezcan en las presentes actuaciones a los efectos y en los términos del Art. 14 de las Reglas de Procedimiento.

- I-F -

RECLAMO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

16) Con fecha 3 de julio de 2006, la Representación de la República Oriental del Uruguay presenta, en tiempo y forma, Escrito de Presentación, en el cual fundamentó su reclamo.

17) El fundamento de la reclamación de la República Oriental del Uruguay lo constituye los cortes, en territorio argentino, de rutas de acceso a puentes internacionales que comunican con Uruguay, dispuestos por movimientos ambientalistas argentinos en protesta por la construcción de plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, limítrofe entre ambos países. Los cortes en la Ruta 136, de acceso al puente internacional Gral. San Martín, comenzaron el 19 de diciembre de 2005 y, con suspensiones, se extendieron hasta el 2 de mayo de 2006. Los Cortes en la Ruta 135, de acceso al puente internacional Gral. Artigas, comenzaron el 30 de diciembre de 2005 y con suspensiones, se extendieron hasta el 18 de abril de 2006

18) También según la Reclamante existieron interrupciones de la circulación, de corta duración, en el puente que une las ciudades de Concordia (Argentina) y Salto (Uruguay), destacando la actora que el 22 de febrero de 2006 se frustró un intento de bloqueo de esa ruta por la intervención de las autoridades argentinas.

19) A tenor del reclamo uruguayo fuera de la situación específica antes mencionada, las autoridades argentinas omitieron tomar las medidas apropiadas para hacer cesar los cortes de ruta pese a que el número de manifestantes era, en general, muy reducido. Ni siquiera se promovió la denuncia penal correspondiente como, en algún momento, el Gobernador de la Provincia de Entre Ríos insinuó. El propio Presidente de la República, según informaciones de prensa, habría manifestado que "no puede pedir (a los manifestantes) lo que no le darán". El Ministro del Interior habría ido más allá al expresar: "nada se les puede decir a los ambientalistas".

20) Según la Representación del Uruguay frente a los cortes de ruta, tanto el gobierno nacional argentino como el provincial de Entre Ríos fluctuaron entre el tímido ejercicio de la disuasión e inaceptables manifestaciones de complacencia.

21) La República Oriental del Uruguay entiende que los referidos cortes de ruta le ocasionaron importantes daños y perjuicios así como también a sectores y agentes económicos de este país, fundamentalmente vinculados a negocios de exportación e importación, turismo y transporte terrestre de pasajeros y mercaderías.

22) Para la Parte Reclamante el Tratado de Asunción, por el cual se decide constituir el Mercosur, establece que el mercado común implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países a través de la eliminación, entre otras, de las restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y “de cualquier otra medida equivalente” (art. 1).

23) Alega Uruguay en su Reclamo que por “restricciones” se entiende, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de “cualquier naturaleza” mediante el cual un Estado Parte impida o “dificulte”, por decisión unilateral, el comercio recíproco (Anexo I al Tratado de Asunción art. 2º lit .b).

24) Señala la representación de la Reclamante que es un valor entendido que a partir del 1º de enero de 2000, el MERCOSUR constituye una zona de libre comercio universal (salvo algunas excepciones) por lo que a partir de dicha fecha todas las restricciones que impidan o dificulten el comercio recíproco constituyen barreras y obstrucciones al comercio, incompatibles con los compromisos asumidos

25) Afirma la República Oriental del Uruguay que la libre circulación de servicios, fue establecida por el Protocolo de Montevideo, vigente entre los Estados Partes, y elimina las medidas que en cualquier forma afecten ese comercio, incluso las dispuestas por autoridades provinciales, municipales o locales y por las instituciones no gubernamentales (art. II).

26) Para Uruguay en el ámbito del referido Protocolo, existen compromisos asumidos por Argentina, entre otros, los relativos a turismo y transporte los cuales han sido afectados por las medidas que dan motivo a esta controversia.

27) Entiende la Reclamante que en materia de libre circulación de personas, los cortes de ruta han desconocido compromisos vigentes entre las Partes en virtud de instrumentos jurídicos internacionales relativos a Derechos Humanos así como también exigibles en la Argentina por sus normas internas.

28) También invocó la Representación de la República Oriental del Uruguay el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT) vigente entre “países del cono sur” del continente – entre otros los Estados Partes- y que fue asumido por instrumentos del Mercosur como medio idóneo para avanzar en la integración en materia de transporte terrestre. La obstrucción a la libre circulación de pasajeros y cargas afectó operaciones de transporte al amparo del Convenio ATIT, no sólo entre los Estados Partes sino también respecto a movimientos de tránsito desde o hacia terceros países Partes de este acuerdo.

29) En su fundamentación, también menciona Uruguay las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que vinculan a las Partes, tales como las relativas a trato de la nación más favorecida, libertad de tránsito, acceso a los mercados -entre otras- las cuales resultaron afectadas por las medidas denunciadas.

30) A pesar que los actos materiales que obstaculizan la libre circulación son realizados por particulares, el incumplimiento lo imputa la República Oriental del Uruguay al Estado Argentino por la omisión en adoptar las medidas adecuadas, razonables y eficaces para evitar dichos actos. El Reglamento del Protocolo de Olivos incluye en la materia que puede ser objeto de una controversia, entre otras, las “omisiones” incompatibles con la normativa del MERCOSUR (art.27).

31) En tal sentido, Uruguay trae al caso el asunto resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comisión c/Francia – Asunto C-265/95) en el cual, frente al bloqueo de rutas en Francia dispuesta por particulares, el órgano judicial estableció la responsabilidad de este Estado por la omisión en restablecer la libre circulación.

32) Así que, según la Reclamante, el incumplimiento continuado de Argentina por omisión frente a los cortes de ruta -dispuestos y luego levantados por voluntad de los particulares- hace suponer que de reiterarse los mismos en el futuro, dicho Estado observará la misma conducta generando, así, un permanente estado de duda e inseguridad.

33) Finalmente solicita la República Oriental del Uruguay que:

a) el Tribunal decida que Argentina ha incumplido sus obligaciones derivadas de los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción, artículos 1º, 2º y 10 par. 2º del Anexo I de dicho Tratado; artículos II, III y IV del Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios así como de principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia; y

b) que la República Argentina, de reiterarse los impedimentos a la libre circulación, debe adoptar las medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar tales impedimentos y garantizar la libre circulación con Uruguay.

- I-G -
RESPUESTA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

34) El 26 de julio de 2006 fue presentado, en tiempo y forma, Escrito de Respuesta de la República Argentina, mediante el cual fundamentaba su oposición y ofrecía su prueba.

35) Afirma la Representación de la República Argentina que Uruguay ha innovado y ampliado el objeto respecto al contenido de la solicitud de negociaciones directas. Mientras que en ésta el objeto eran “impedimentos a la libre circulación”, la demanda refiere a la “omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación”.

36) Además, para Argentina el reclamo carece de objeto en virtud de que, a la fecha de la demanda, los cortes de ruta habían cesado, situación que se mantiene. Es, asimismo, inespecífico y abstracto porque solicita al Estado argentino que, de reiterarse en el futuro esas manifestaciones, adopte medidas sin determinar cuáles serían éstas.

37) En su opinión, la República Argentina formula objeciones a que la ciudad de Montevideo sea sede del Tribunal *Ad Hoc* por cuanto esto supone un menoscabo a la independencia del mismo y le otorga ventajas a uno de los Estados Partes, sobre todo en lo relativo a la producción de prueba.

38) Al referirse la República Argentina a las etapas previas de esta controversia, afirma que la solicitud de Uruguay de mantener negociaciones directas, fue contestada por nota de 3 de marzo de 2006 en la cual se manifestó la disposición del Gobierno Argentino “en mantener un diálogo bilateral franco y exhaustivo”.

39) Por otra parte la Representación Argentina realiza observaciones a la integración del Tribunal *Ad Hoc* fundadas en aspectos de procedimiento.

40) Respecto a los hechos, la Parte Reclamada da cuenta que los cortes de ruta fueron precedidos de una movilización realizada el 30 de abril de 2005, conocida como “*El Abrazo Solidario*” que reunió en las proximidades de la ciudad Argentina de Gualeguaychú, por

cinco horas, a más de 40.000 personas en protesta por la construcción de las plantas de celulosa en territorio uruguayo.

41) Según los alegatos la opinión de la República Argentina a partir del mes de diciembre de 2005 comenzaron los cortes de ruta aunque éstos, contra lo que afirma la Parte reclamante, no se tradujeron en perjuicios ni desde el punto de vista del comercio bilateral ni del turismo en virtud de que ambos rubros, en el período de los cortes, lejos de disminuir, aumentaron a favor de Uruguay.

42) Además, la Representación Argentina entiende que los agentes económicos que utilizaban los puentes, tampoco pueden invocar perjuicios por cuanto los cortes de ruta eran, en general, anunciados con antelación y así podían dirigirse a vías alternativas de comunicación entre los dos países.

43) La Representación de la República Argentina en el proceso arbitral pone de manifiesto que su Gobierno comprendió, sin alentar, las manifestaciones llevadas a cabo por entender que constituyen el ejercicio de un legítimo derecho. Ello no impidió que se realizaran gestiones para que los cortes de ruta fueran dejados sin efecto.

44) Según la República Argentina las circunstancias determinaron una contraposición entre los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión, por un lado, y el derecho a la libre circulación de bienes, por otro. Se debe tener presente que las normas internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en la República Argentina tienen rango constitucional mientras que las normas de integración revisten rango legal.

45) En cuanto a la libre circulación de bienes, la República Argentina expone que cabe recordar que las metas fijadas en el tratado fundacional del Mercosur aún no se encuentran plenamente vigentes.

46) Por otra parte, sigue alegando la República Argentina, cuando el proceso de integración establece la obligación de eliminar las restricciones no arancelarias, éstas refieren a medidas gubernamentales. Con similar alcance son las normas que rigen la Organización Mundial de Comercio así como la Comunidad Económica Europea.

47) La República Argentina, en su opinión entiende que, respecto a la libre circulación de servicios, el Protocolo de Montevideo que la regula, sólo establece compromisos de abstenerse de adoptar medidas gubernamentales que la afecten.

48) La República Argentina recuerda que Uruguay invoca, asimismo, el Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (ATIT) aunque éste no consagra libertad alguna de circulación ya que se trata de un acuerdo administrativo destinado a establecer criterios técnicos para otorgar permisos de circulación internacional de transportes terrestres.

49) Para la República Argentina la libre circulación de personas, que se afirma por Uruguay como lesionada por los cortes de ruta, no está aún operativa en el ámbito del MERCOSUR como, por el contrario, lo está –a vía de ejemplo- en la Comunidad Europea.

50) Tampoco según la respuesta argentina está vigente en este proceso de integración regional el derecho al libre tránsito en cuanto puede afectar a los transportes de bienes desde o hacia terceros países.

51) La Representación de la República Argentina funda su opinión en que los Derechos Humanos pueden justificar una restricción al ejercicio de los derechos consagrados por un tratado de integración. Menciona, en tal sentido, el precedente del caso *Schmidberger*, resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el sentido de otorgar prioridad al derecho a la libre expresión del pensamiento sobre el derecho a la libre

circulación de bienes el cual resultó afectado por el corte de una ruta internacional dispuesto por un movimiento ambientalista (Sentencia del TJCE de 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00).

52) En el campo de los Derechos Humanos, según afirma la República Argentina con especial relevancia cabe reconocer a los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión así como al derecho de protesta entendido, éste, como el medio de exigir el cumplimiento de otros derechos. A ellos cabe agregar el derecho a elegir aquel foro público en el cual la protesta se pueda ejercer con mayor eficacia.

53) Así, afirma la Representación Argentina, aceptada la validez de estas normas, la requerida liberación del puente hubiera supuesto una represión inaceptable para las disposiciones de derecho público argentino.

54) Frente a lo expuesto, según lo alegado por la República Argentina la disuasión ante los cortes de ruta no constituye sino la única alternativa legítima que se presenta a los gobernantes.

55) En la formulación de su alegación sostiene la República Argentina que la policía en el territorio de las provincias corresponde a la policía de las provincias. Imponer la intervención del gobierno federal sobre el territorio de las provincias sólo puede hacerse al costo de la alteración del sistema político democrático en la provincia.

56) En el estado actual del Derecho Internacional según alega la Representación Argentina en materia de responsabilidad por hechos ilícitos, según el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se excluye la responsabilidad del Estado por los hechos de los particulares.

57) Para la República Argentina el Estado sólo será responsable por el comportamiento de una persona o grupo de personas si ellas actúan de hecho por disposición o bajo la dirección o el control del Estado al observar ese comportamiento (art. 8 del Proyecto). Este no es, bajo forma alguna, el presente caso.

58) Manifiesta la representación argentina que toda otra conducta que hubiere observado ese país hubiera implicado el riesgo de provocar reacciones difíciles de controlar y graves alteraciones del orden público.

59) Menciona la República Argentina que la Parte actora afirma que en otras manifestaciones populares, similares a las de este proceso, las autoridades argentinas las disolvieron mediante la fuerza pública. No obstante, tales manifestaciones, a diferencia de la que refiere el presente caso, se trataba de acciones violentas, según responde la República Argentina.

60) También sostiene la República Argentina que la circulación de bienes y personas, entre los dos países, contó siempre con vías alternativas de acceso y, a efectos de facilitar su uso, los servicios de Aduana y Migración argentinos, en esos puntos, fueron reforzados durante las medidas. Con ello se demuestra que no hubo omisión.

61) Tampoco hubo omisión según la Representación Argentina por la acción disuasoria de las autoridades argentinas que, en definitiva, se demostró eficaz al punto que los manifestantes levantaron los cortes de ruta.

62) Por escrito del 27 de julio de 2006, el Representante de la República Argentina efectuó determinadas erratas incurridas en el escrito de Respuesta al reclamo que individualiza.

PROPOSICIONES Y PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA

63) Las Partes formularon proposición de prueba, lo que fue tratado en la Resolución de 28 de julio de 2006 del Tribunal haciendo lugar a la prueba documental, testimonial e informativa ofrecida por ambas Partes, determinando que debían presentar el listado de preguntas a los testigos al menos con tres días de antelación. Admitió las reservas de proponer prueba Informativa por ambas Partes y, de conformidad con el Artículo 17 de las Reglas de Procedimiento, convocó a las Partes a una sesión en la que pudieran presentar brevemente sus exposiciones para fundamentar sus respectivas posiciones. Por último convocó a las Partes a una comparecencia a celebrar los días 9 y 10 de agosto de 2006.

64) El día 9 de agosto de 2006 se dio comienzo a la Audiencia, en cuyo transcurso, la Representación argentina presentó cuestión de previo y especial pronunciamiento basada en las amenazas que alega haber sufrido el testigo por ellos propuesto Don Anibal Oscar Oszust. El Tribunal le recibió testimonio y encargó a la Secretaría del MERCOSUR que diera traslado de esta cuestión a las Representaciones Diplomáticas de la República Argentina y la República Oriental del Uruguay para que dieran curso a las actuaciones que procedieran.

65) Posteriormente de conformidad con la propuesta de las Partes y con el objeto de facilitar, en lo posible, la presencia de los testigos convocados, en compatibilidad con sus cargos y ocupaciones, el Tribunal "Ad Hoc" examinó los testigos en el orden que seguidamente se establece: Aníbal Oscar Oszust, Daniel Sica, Ricardo Echegaray, Alejandro García, Raúl Cuenca, y Jorge Campaña, todos ellos de nacionalidad argentina, correspondientes a la Parte Reclamada. Se inició posteriormente el examen de los siguientes testigos: José Carlos González Huerta, Javier Larrondo, Yanina Corsini, Antonio Carámbula, Benjamín Liberoff, Víctor Sosa Echevarría, Luis Alberto Borsari Brenna, Antonio Serrentino, Pablo Garbarino Lazcano, Leopoldo Cayrús Tarreh y Daniel Sureda Tortosa, todos ellos de nacionalidad uruguaya y solicitados por la Parte Reclamante.

66) La Representación de Uruguay manifestó que el testigo cuya declaración ofreciera, señor José Larramendi, no pudo declarar debido a que tuvo que retirarse del Edificio antes de la Audiencia por enfermedad de un familiar y el testigo Gustavo Teske se vio impedido de concurrir.

67) Ambas Partes formularon las respectivas preguntas a los testigos y el Tribunal interrogó asimismo cuando lo entendió oportuno a los mencionados testigos en el transcurso de la audiencia.

68) En la segunda parte de la reunión que tuvo lugar en la mañana del día 10 de agosto, las Partes hicieron sus exposiciones para fundamentar sus respectivas posiciones, en el orden establecido por el Tribunal Arbitral Ad Hoc. Tanto las declaraciones de los testigos como los alegatos de las Partes fueron grabados en soporte magnetofónico, que se entregó a las Partes y quedó unido a las actuaciones.

69) El Tribunal Arbitral Ad Hoc, expresó "in voce" en este acto su resolución de admitir toda la prueba documental presentada hasta el momento por las Partes, incluido el documento utilizado en la declaración del Dr. Sica. De conformidad con las Partes, que así lo asumen, el Tribunal resolvió que se admitiría como prueba documental e informativa la que se presentara hasta el mismo día de vencimiento del plazo de presentación de los alegatos escritos que finalizaba el día 17 de agosto de 2006.

- II -

ALEGATO FINAL POR ESCRITO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

70) Dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 18 de las Reglas de Procedimiento, ambas Partes presentaron en tiempo y forma sus alegatos finales.

71) La Representación uruguaya solicitó que hiciera lugar al reclamo presentado en la forma ya impetrada y que decidiera:

“a) que la República Argentina ha incumplido sus obligaciones derivadas de los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción; artículos 1º, 2º y 10 párrafo segundo del Anexo I de dicho Tratado; artículos II, III y IV del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios, así como de principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables a la materia, por la omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay; y

b) que la República Argentina, de reiterarse los impedimentos a la libre circulación a los que alude el literal a) precedente u otros de similares características, debe adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar en forma inmediata los impedimentos a la libre circulación, y garantizar la libre circulación con la República Oriental del Uruguay.”

- I-J -

ALEGATO FINAL POR ESCRITO DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA

72) La Representación argentina solicitó que el Tribunal resolviera:

“a) que la presente controversia carece de objeto y las solicitudes de Uruguay se fundan en abstracciones;

b) que el derecho de libertad de expresión, ejercido por los ciudadanos argentinos, constituye un derecho humano fundamental reconocido en todos los ordenamientos constitucionales y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, vinculantes para la Argentina y el Uruguay, y que, además, gozan, en Argentina, de jerarquía constitucional;

c) que no cabe invocar legítimamente una restricción a la libertad de expresión - derecho humano protegido - en desmedro de otro derecho – libertad de circulación de bienes y servicios - que está legalmente protegido pero que no reviste esa calidad de derecho humano;

d) que las manifestaciones en rutas efectuadas en forma intermitente entre el 6 de enero y el 2 de mayo de 2006 constituyen una muestra de la libre expresión ciudadana, que fueron puestas en conocimiento del público con antelación suficiente y no implicaron, en ningún caso, un impedimento total a la libre circulación de bienes y servicios entre ambos países;

e) que el Gobierno argentino no ha adoptado medida alguna que constituya una violación de los principios de libre circulación de bienes y servicios, previstos en los artículos 1 y 5 del Tratado de Asunción, en los artículos I y II, III y IV y Anexos del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios, en el Acuerdo sobre Transporte Terrestre Internacional (ATIT) y en otros principios o disposiciones de derecho internacional aplicables a esta materia;

f) que el Gobierno argentino ha actuado, a nivel nacional, provincial y municipal, con el objetivo de disuadir a sus ciudadanos de utilizar las manifestaciones en rutas como forma de expresión de su protesta y ha arbitrado los medios necesarios para facilitar la libre circulación de bienes y servicios durante la etapa de vigencia de las mismas;

g) que tal actuación resulta razonable atento las circunstancias del caso bajo análisis y las normas constitucionales e internacionales vigentes aplicables al mismo; y

h) que los compromisos asumidos por la Argentina en el contexto en que se desarrolla esta controversia no pueden ser objeto de una

interpretación extensiva que suponga reprimir el ejercicio de un derecho humano en una situación claramente no prevista en los tratados de derechos humanos en vigor para ambos países”.

- I-K -

PLAZO PARA LA EMISIÓN DEL PRESENTE LAUDO

73) El 18 de julio de 2006 el Tribunal Arbitral “Ad Hoc” acordó por unanimidad prorrogar el plazo para la emisión del Laudo en las presentes actuaciones por 30 días, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 21 de las Reglas de Procedimiento, por lo que el plazo se extendió hasta el 7 de septiembre del 2006.

II - CONSIDERANDOS

- II - A -

EL PLANTEO DE LA PARTE RECLAMADA SEGÚN EL CUAL HABRÍA HABIDO UNA NOVACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEMANDADO

74) La Parte Reclamada sostiene que la Reclamante amplió el objeto de su pretensión original pues según la normativa del MERCOSUR en especial el art. 14 párrafo segundo del Protocolo de Olivos, los escritos de demanda y contestación determinan el objeto de la controversia que deben basarse en las cuestiones que fueron consideradas en las etapas previas, añadiendo que en las etapas de negociaciones directas, la controversia se denominaba de un modo (“*impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes*”) y dado que al iniciarse el procedimiento arbitral, dichas manifestaciones habían cesado, Uruguay habría adaptado unilateralmente a la nueva circunstancia denominándola (“*omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación*”) tal como figura en el escrito de Reclamo de Uruguay.

75) El Tribunal considera que la modificación terminológica indicada no pudo perjudicar el derecho de defensa de la Parte Reclamada, pues la convocatoria a las negociaciones directas y la demanda en este proceso, por sus denominaciones, están haciendo referencia a los mismos hechos y si bien en la primera de las denominaciones podría entenderse que se trata de la imputación a actos directos del Gobierno argentino, hay que tener en cuenta que era de público y notorio conocimiento que los cortes eran realizados por particulares, a lo que cabe añadir que en la Nota del 9 de marzo de 2006 (remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay a su par de Argentina, que la Parte Reclamante agregara como Recaudo 5 sin que la Parte Reclamada la haya negado), se reitera el pedido de negociaciones directas, haciendo expresa mención a los cortes de ruta “*realizados por particulares que ocuparon las mismas, afectando la libre circulación de personas, bienes y servicios*” agregando que “*ante esta situación el Estado argentino omitió adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los referidos cortes, a efectos de restablecer la libre circulación entre ambos países*”.

- II - B -

**EL PLANTEO DE LA PARTE RECLAMADA SEGÚN EL CUAL EL RECLAMO ES
ABSTRACTO POR CARECER DE OBJETO FÁCTICO**

76) La Parte Reclamada afirma que el proceso carece de objeto en virtud de que, a la fecha de presentación de la demanda, los cortes de ruta habían cesado antes de la presentación del escrito de Reclamo de la República Oriental del Uruguay, situación que, sostiene, se habría mantenido hasta el momento en que se responde dicho escrito.

77) Al respecto, el Tribunal advierte que no ha habido pronunciamiento expreso de quienes mantuvieron los cortes de ruta en el pasado en el sentido de que no los habrán de reiterar en el futuro; ni tampoco ha habido pronunciamiento de las autoridades de la Parte Reclamada en el sentido que, de producirse tales reiteraciones, habría de seguir una conducta distinta a la observada cuando tales cortes de ruta ocurrieron.

78) El Tribunal no desconoce que se ha sostenido que cuando se solicita que uno de los Estados Partes deje sin efecto determinadas normas legales o reglamentarias, por considerarlas incompatibles con los compromisos asumidos en los en los acuerdos internacionales tendientes a la facilitación del comercio y a la integración económica, y la norma cuestionada es derogada por el Estado Reclamado antes de que el tribunal se constituya o se dicte el pronunciamiento final, el procedimiento culmina por considerarse que la cuestión ha devenido abstracta desde que el soporte normativo del obstáculo al comercio habría desaparecido ⁽¹¹²⁾. No es necesario para ello que la norma cuestionada haya sido puesta en práctica, bastando que haya un peligro de daño que puede tornarse en daño real mediante su activación en cualquier momento. Dicho peligro, como un arma apuntando al corazón del posible afectado, es suficiente para considerar que el mantenimiento de ese estado de cosas es contrario a los compromisos contraídos, debiendo resolverse mediante la desactivación del peligro potencial.

79) A diferencia del supuesto antes señalado, en el caso que se encuentra a conocimiento del Tribunal, la Parte Reclamante no cuestiona la existencia de una "norma", actual o potencialmente lesiva de los compromisos existentes, sino que cuestiona la conducta omisiva del Gobierno de la Parte Reclamada en impedir que parte de su población despliegue "conductas" consideradas incompatibles con la normativa MERCOSUR, pues aquí no hay norma alguna que se cuestione y cuyos efectos nocivos pudieran desactivarse mediante su derogación. Se trata de una situación amenazante de ciertos particulares que habiendo ya realizado actos cuyos efectos la Parte Reclamante considera reñidos con los compromisos asumidos en el ámbito del MERCOSUR, pueden reanudarlos en cualquier momento, con la posibilidad cierta de que, en tal supuesto, el Gobierno argentino continúe manteniendo una conducta permisiva.

80) Al tratarse de vías de hecho que, pese a la queja del Gobierno de la Parte Reclamante - tal como surge de la Prueba documental aportada por Uruguay que no ha sido refutada por la contraparte ⁽¹¹³⁾ -, han sido toleradas por el Gobierno de la Parte Reclamada, cabe pensar que, de reanudarse aquellas vías de hecho, se reitera la conducta permisiva que, en virtud de su repetición adopta el carácter de un "standard" de conducta, para este supuesto, del

¹¹² En el sistema de la O.M.C, ver LUFF, David : "Le droit de L'Organisation Mondiale du Commerce - Analyse Critique", Bruylent, LGDJ, Bruselas, 2004, pag. 794, citando al efecto el informe del grupo especial «Argentina, Medidas que afectan las importaciones de calzado, textiles, vestimentas y otros artículos, WT/DS56/R », 25 de noviembre de 1997, parágrafo 6,12 a 5,15). En igual sentido ver "Guía de las Normas y Usos del GATT - Índice Analítico" Ediciones de la OMC, Ginebra 1995, Volumen 2, paginas 719 y 720) se expresa que en el informe de 1982 del Grupo Especial en el asunto "Estados Unidos, Prohibición de importaciones de atún, procedentes de Canadá" se examinó una prohibición impuesta por los Estados Unidos el 31 de agosto de 1979 que fue levantada durante las actuaciones del grupo especial el 4 de septiembre de 1980.

¹¹³ Recaudos Números 2, 3, 5, 6 y 7 de la Prueba uruguaya que no ha sido desconocida por la representación argentina.

Gobierno argentino. En otras palabras, las conductas reiteradas y sucesivas delimitan un “modelo” o “patrón” de conducta de la Parte Reclamada que es dable esperar se repita en los casos futuros en virtud del principio de congruencia en las conductas asumidas por la administración pública. Esta expectativa, de manera similar (aunque no idéntica) al caso de una norma cuestionable susceptible de ser activada, genera una situación de peligro potencial que el Estado Reclamado no ha tenido interés en desactivar, por lo que cabe considerar que en este caso nos hallamos ante el peligro latente de que se produzcan nuevos hechos similares a los anteriores, lo que descarta que nos hallemos ante una cuestión meramente abstracta.

81) Si bien al tratar los casos de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos, cuya aplicación a casos como el presente en el cual se trata de incumplimientos de tratados de integración ofrece dudas, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (en adelante CDI) ha sostenido que la trasgresión a la norma internacional no necesariamente debe manifestarse en un acto o hecho instantáneo o continuado, sino que puede exteriorizarse también a través de una serie de acciones u omisiones que se prolonguen –aún con interrupciones- a lo largo del tiempo, a los cuales denomina “hecho compuesto” (114), y el caso presente no carece de complejidad, dada la diversidad de protagonistas - grupos, asambleas, poderes públicos – y las intermitencias, reiteraciones y continuidad de las situaciones contempladas.

- II - C -
LA SEDE DEL TRIBUNAL

82) La Parte Reclamada cuestionó la decisión tomada por el Tribunal *Ad Hoc* de establecer su sede en la ciudad de Montevideo, aduciendo que esto suponía un menoscabo a la independencia del Tribunal por tratarse de la ciudad capital de uno de los Estados Partes involucrado en la controversia. Manifestó que se trata de un proceso arbitral que produce estrépito en el foro que podría llevar a una decisión injusta en razón de reunirse en una ciudad donde la cuestión se encuentra en el debate público cotidiano que podría influir negativamente en los Árbitros.

83) El Tribunal eligió la ciudad de Montevideo como sede para la realización de los actos procesales así como para sus deliberaciones en razón de encontrarse allí la Secretaría del MERCOSUR que constituye un importante apoyo administrativo para su labor y de conformidad con las facultades que al efecto le confiere el artículo 38 última parte del Protocolo de Olivos.

84) Dicha elección en forma alguna aparejó menoscabo para la independencia del Tribunal ni otorgó ventaja alguna a la Parte Reclamante como se ha insinuado, habiéndose desarrollado las pruebas testimonial y de informes sin incidentes dignos de mención. Además de ejercer una facultad expresamente contemplada en la normativa vigente, cabe resaltar que éste no es el primer caso en que un Tribunal *Ad Hoc* en el que el país en que se encuentra radicada la Secretaría del MERCOSUR está involucrado como contendiente, pese a lo cual ello no influyó en desigualdades procesales. Si bien puede ser que en este caso la opinión pública se encuentre más motivada a prestar atención que en los anteriores, ello no ha influido en las opiniones y libertad de decisión de ninguno de los Árbitros que integran este Tribunal.

¹¹⁴ El último Relator Especial de la CDI, sobre el proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos ilícitos, al comentar el art. 15, primer párrafo de dicho trabajo afirma que “Las acciones u omisiones deben ser parte de una serie pero la norma no requiere que la serie completa de hechos ilícitos haya sido cometido a los efectos de caer en la categoría de hecho compuesto con tal que un número suficiente de hechos haya ocurrido para constituir el incumplimiento. A la fecha que ocurre el hecho suficiente para constituir el incumplimiento, puede no estar claro que nuevos hechos han de seguir si la serie no está completa” - traducción propia - (CRAWFORD, James, “The International Law Commission’s Articles on State Responsibility”, Cambridge University Press, 2003, pág.143).

- II - D -

LOS HECHOS QUE GENERARON LAS MANIFESTACIONES DE LOS VECINOS DE LA COSTA ARGENTINA QUE DIERAN LUGAR A LA CONTROVERSIA

85) La controversia que hoy se ventila ante este Tribunal “*Ad hoc*” se origina en las manifestaciones efectuadas por las poblaciones de la ribera argentina del río Uruguay, en especial la población de la ciudad de Gualeguaychú, como reacción ante la construcción por dos empresas privadas en Fray Bentos, costa uruguaya del mismo río enfrente de la mencionada ciudad argentina, de dos fábricas de pasta de papel a las cuales ven como un futuro foco de contaminación ambiental que consideran en infracción a las cláusulas del Acuerdo que sobre la administración del río Uruguay tienen celebrado Argentina y Uruguay en el año 1975.

86) La Parte reclamada invoca, la existencia de esas manifestaciones desde el mes de septiembre de 2003 a través de la movilización denominada “Abrazo Solidario”, con la participación de vecinos de poblaciones argentinas y uruguayas que se manifestaron contra la construcción de las plantas procesadoras de pasta de papel en la zona (punto IV- 1, de la Respuesta argentina, no desconocida por la contraparte en sus alegatos).

87) La denominada “Asamblea Ambiental Ciudadana de Gualeguaychú” hizo sendas presentaciones ante el Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay (21 de julio de 2005) y al Presidente Néstor Kirchner, en este caso con pliegos conteniendo 35.484 firmas de pobladores de esa ciudad (prueba documental argentina, Anexo II, 1.2 y Anexo II,1.3, no desconocida por la Parte Reclamante). En ellas denunciaron al Gobierno argentino y al Gobierno uruguayo el incumplimiento del tratado que estableció el Estatuto del Río Uruguay y solicitaron a ambos países la paralización de las construcciones hasta que se efectuara un análisis del impacto ambiental sobre la cuenca a través de una comisión bipartita, de manera que, si de resultas de ello, hubiera discrepancia entre las delegaciones de ambos países sobre ese punto, la cuestión fuera ventilada ante la Corte Internacional de Justicia.

88) El 6 de octubre de 2005 reiteró el pedido al Ministro de Relaciones Exteriores argentino a fin de que se requiriera del Gobierno uruguayo la inmediata paralización de las obras que las empresas seguían construyendo a la vera del río Uruguay, solicitando que ante el rechazo uruguayo Argentina iniciara acciones ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya (Anexo II. 1.4 de la prueba argentina no negada por la contraparte).

89) Mientras tanto, y según se desprende de un informe de la Policía de la Provincia de Entre Ríos, acompañado por la Parte Reclamada (Anexo II.2 de la prueba documental), se produjeron cortes en los tres puentes internacionales que unen Argentina y Uruguay aunque con intensidad muy dispar.

90) En la ruta internacional N° 136 y Provincial N° 42 que une Gualeguaychú con Fray Bentos a través del Puente General San Martín, hubo un primer corte el 8 de julio de 2005 de 10 a 18 horas, sucediéndose luego un corte temporario de cuatro horas el 15 de agosto, reanudándose en el mes de diciembre con dos cortes realizados los días 8 (tres horas), 18 (cinco horas), 23 (10 horas y media) y 30 de diciembre de 2005 (13 horas). En el año 2006 los cortes comenzaron el 30 de enero de 2006 manteniéndose en forma esporádica y temporaria, hasta el 3 de febrero de 2006 en que comenzó un corte de ruta que se prolongó por 46 días hasta el 20 de marzo de ese año y, posteriormente, un corte que se prolongó por 26 días desde el 5 de abril a las 8 horas hasta el 2 de mayo del mismo año a las 16 horas. De tal manera, el Puente que une Gualeguaychú con Fray Bentos estuvo cortado aproximadamente 72 días corridos.

91) En cuanto a la ruta que une a la ciudad de Paysandú con Colón (a través del puente General Artigas), sufrió cortes por 35 días corridos (desde el 16 de febrero hasta el 23 de marzo de 2006), reiterándose luego por el lapso de 8 días (desde el 11 de abril hasta el 19 del mismo mes de 2006).

92) Por último, en el puente internacional ubicado sobre la represa de Salto Grande, se produjeron cortes los días 13 y 14 de enero y 22 de febrero de 2006 por lapsos de una hora, una hora y media, y treinta minutos respectivamente.

93) Los datos antes mencionados relativos a los cortes de los tres puentes internacionales coinciden, con pequeñas diferencias de días, con lo expresado por la representación uruguaya en su alegato (punto IV, página 20).

94) En razón de los cortes sucedidos, la Dirección General de Aduanas argentina por correo electrónico N° 47 del 8 de febrero de 2006 (Prueba documental argentina Anexos II.3 y II.4), instruyó a las aduanas acerca de una operatoria de emergencia a fin de garantizar el normal flujo del comercio internacional, reforzando las dotaciones de personal de las aduanas de Concordia y Colón para hacer frente al incremento de trabajo generado por el desvío de operaciones desde la aduana de Gualeguaychú.

95) De la prueba documental antes mencionada, así como de los testimonios recogidos en la audiencia testimonial, se desprende que los vecinos de Gualeguaychú procuraron llamar la atención, tanto de la República Oriental del Uruguay por su omisión en impedir la continuación de construcciones que ellos consideraban potencialmente dañinas, como de la República Argentina por su falta de reacción categórica ante ese proceder, lo que inclina a este Tribunal a comprender el sentimiento de la alarma y consecuente protesta de los mismos, con independencia de la mayor o menor justificación de sus actuaciones.

96) Debe tenerse en cuenta que el levantamiento de los cortes por los vecinos de Gualeguaychú se produjo dos semanas después del discurso del Presidente de la Nación de Argentina del 19 de abril de 2006, en el cual les manifestó que no compartía los cortes de ruta y en el cual les solicitó que los dejaran sin efecto (Prueba documental argentina Anexo II.6, no negada por la representación uruguaya).

97) Dos días, después del levantamiento de los cortes de ruta, es decir el 4 de mayo de 2006 quedó formalmente registrado el ingreso de la demanda de Argentina contra Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya por la controversia suscitada en relación con el Acuerdo del río Uruguay.

98) Con anterioridad a esto último y ante la situación de los cortes de rutas, el 16 de enero de 2006 el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay había hecho llegar al Embajador argentino en ese país una Nota (Recaudo N° 1 de la prueba documental de Uruguay) respondiendo una Nota del 12 de enero de 2006 del Secretario de Relaciones Exteriores de la República Argentina referida a las autorizaciones concedidas por Uruguay a dos empresas para construir sendas plantas industriales de producción de celulosa sobre la margen izquierda del río Uruguay, así como una autorización para construir y operar una terminal portuaria destinada al uso exclusivo de una de esas plantas industriales, reiterando una nota anterior. En la segunda parte de esa nota el Canciller uruguayo manifestaba su preocupación por los cortes de ruta de acceso en territorio argentino a los pasos fronterizos, que obstaculizaban la libre circulación de personas y bienes en violación a los acuerdos del MERCOSUR, generando daños importantes a ambos países.

99) El 13 de febrero de 2006, el Presidente de Uruguay se dirigió al Presidente argentino solicitando el levantamiento de dichos cortes (Recaudo N° 2 de la prueba documental uruguaya).

100) El 22 de febrero de 2006 el Ministro (interino) de Relaciones Exteriores de Uruguay dirigió una nota a su par argentino expresando que ese país había decidido plantear la controversia correspondiente a la violación de la libre circulación en contravención a la normativa MERCOSUR y disposiciones y principios del derecho internacional, solicitando el inicio de negociaciones directas contempladas en los arts. 4 y 5 del Protocolo de Olivos.

101) El 3 de marzo de 2006 el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina contestó, expresando que la nota uruguaya no establecía que acciones precisas se le imputaban a la República Argentina, ni tampoco se determinaban las normas internacionales que ese país consideraba vulneradas, expresando que la Argentina no impedía la libre circulación a través de esas vías de acceso que unen a ambos países.

- II - E -
**SOBRE LA EXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR OMISIÓN FRENTE A LA
NORMATIVA DEL MERCOSUR**

102) Se ha planteado el interrogante respecto de si, en el ámbito del MERCOSUR, se encuentran plenamente vigente la libre circulación de bienes mencionada en el Tratado de Asunción y sus normas complementarias, así como la libre circulación de servicios referida en el Protocolo de Montevideo. En tal sentido se ha afirmado que las metas del Tratado de Asunción aún no se han alcanzado en su plenitud (Respuesta de la Parte Reclamada a fs. 47).

103) La integración económica puede ser considerada como una “situación” o como un “proceso”. Dado que la integración parte de la existencia de distintos ámbitos espaciales económicos en los cuales la mercadería u otros factores económicos originarios del exterior dejen de ser discriminados, como “situación” la integración consiste en la ausencia de las formas de discriminación entre las economías nacionales, pero como “proceso” consiste en el conjunto de medidas dirigidas a abolir en forma progresiva la discriminación entre las unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones ⁽¹¹⁵⁾ con el objetivo de conformar una nueva unidad económica.

104) Consecuentemente, no se puede negar que como “proceso”, el MERCOSUR se encuentra en permanente desarrollo. No obstante, también es dable señalar que, salvo determinadas excepciones, a partir del 31 de diciembre de 1999, el MERCOSUR constituye una zona de libre comercio ⁽¹¹⁶⁾ y que sin perjuicio de que hay una dinámica referente a compromisos que deben estructurarse, también es cierto que lo andado hasta el momento ha generado vínculos ciertos y en vigencia que implican compromisos exigibles por los Estados Partes.

105) Respecto a la libre circulación de servicios, no se ha puesto en cuestión la vigencia del Protocolo de Montevideo, que rige esta materia, así como tampoco el pleno vigor del mismo en cuanto a los servicios que resultaron afectados por los cortes de ruta (transporte, turismo, etc.) y cuyos efectos son analizados en este proceso. Por otra parte, no se considera del caso determinar la aplicabilidad a la cuestión en proceso del Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (ATIT) en virtud de que su materia está ya alcanzada por el Protocolo de Montevideo, antes mencionado. Por último, tampoco resulta procedente analizar en forma específica, la libre circulación de personas en el ámbito del MERCOSUR en virtud de que, en forma indirecta, tal derecho resulta cubierto por las libertades de circulación antes tratadas.

¹¹⁵ BASALDÚA, Ricardo X, “MERCOSUR y Derecho de la integración”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 23.

¹¹⁶ Así ha sido puesto de manifiesto en el § 85, punto vii del Laudo N° I sobre “Comunicados Nos. 37 y 7” del 28 de abril de 1999 y en el Laudo N° iv sobre “Aplicación de medidas anti-dumping”, § 135 y § 138 del 21 de mayo de 2001.

106) El artículo 1° del Tratado de Asunción luego de expresar que los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, establece que este Mercado Común “...*implica: la libre circulación de bienes, servicios y 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 de cualquier otra medida equivalente*”.

107) El Anexo I, art. 2 literal b) del Tratado de Asunción da una definición de carácter residual de las “restricciones” –como complementarias de los “gravámenes”- incluyendo en las mismas “*cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante el cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco...*”. Cabe preguntarse si la definición citada (“*medida de cualquier naturaleza*”), alcanza a las medidas denunciadas. Estas normas requieren de ciertas precisiones.

108) En primer lugar, el verbo “implicar” mencionado en el encabezamiento del artículo 1° del Tratado de Asunción, que significa “contener” o “llevar dentro de sí”, indica que la libre circulación allí mencionada constituye un objetivo esencial del acuerdo, a punto tal que no se puede concebir un Mercado Común sin ese requisito, a lo que cabe agregar el compromiso asumido en las restantes disposiciones del Tratado que promueven la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias que impedirían o dificultarían esta libre circulación.

109) En segundo lugar, que si bien el corte de rutas no constituiría una restricción no arancelaria en sentido estricto, pues esta última presupone un acto administrativo, no es necesario apelar a esa asimilación para considerarla como una restricción objetiva a la libre circulación, pues la mención que la norma hace de los derechos aduaneros, de las restricciones no arancelarias y de cualquier otra medida equivalente, se hace a un mero título ejemplificativo.

110) En tercer lugar, la circulación de bienes a la que allí se alude es la “económica”, esto es que la mercadería permanezca o sea consumida, utilizada o industrializada en el espacio económico al que se la introduce ⁽¹¹⁷⁾ y si bien es un concepto que excede al de mero tránsito o traslado fronterizo, pues este último tiene un sentido espacial (geográfico o físico) aludiendo a la posibilidad de atravesar determinado espacio económico sin sufrir por ese mero hecho restricciones directas o indirectas, las barreras al tránsito implican barreras al comercio y, por ende a la libre circulación económica.

111) De la prueba producida por las Partes surge que las medidas denunciadas crearon –en el período considerado- dificultades significativas en los intercambios recíprocos, sobre todo a nivel de los agentes económicos, lo que se manifestó en la necesidad de buscar vías alternativas para el paso de frontera, generalmente, con aumento de las distancias a recorrer y el consiguiente incremento de costos. En algunos casos, servicios de transporte debieron ser suspendidos y, en otros, negocios vinculados con la actividad de tránsito por el puente Gral. San Martín, en forma primordial, sufrieron serias dificultades. En otras palabras, que los hechos relatados quebraron la libre circulación que el art. 1° del Tratado de Asunción considera presupuesto básico del compromiso entre los Estados Partes.

112) El Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ha tenido ocasión de conocer en profundidad a través de todo el material probatorio de alta calidad aportado al proceso el conjunto de repercusiones que los cortes de los puentes han producido sobre los flujos económicos mas generales que podrían haber sido afectados, así como la manera en que quedaron perturbadas las conductas de los operadores económicos, de los ciudadanos y de las entidades públicas de uno u otro país que se vieron obligados todos ellos a modificar sus decisiones y estrategias, cambiar sus modos de trabajo, asumir las diferencias en las cargas de actividad

¹¹⁷ BASALDÚA, Ricardo X., obra citada, pág. 113.

administrativa aduanera, redistribuir no solo los itinerarios sino también los medios de transporte utilizados etc.

113) El tiempo de los cortes; la arbitrariedad e imprevisibilidad de los mismos, las alternativas en la presentación y duración de su práctica han sido tan variables y del tal entidad que el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* no puede dejar de valorar como infracción a lo establecido en el artículo 1 del Tratado de Asunción la efectividad de las restricciones resultantes de todo ello para la libertad de circulación de mercancías y servicios.

114) Así que cualesquiera que hayan sido las cifras aportadas, y los balances sectoriales y generales que han sido traídos como prueba ante el Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, lo cierto es que el ejercicio por los vecinos de Gualaguaychú de su derecho de protesta ha sobrepasado en sus efectos los límites del respeto que tanto ellos como los Estados, en este caso el Estado Argentino deben al cumplimiento de la norma que obliga a garantizar la libre circulación de bienes y servicios. Libre circulación que por la intermitencia, insistencia y continuidad de los cortes quedo sin efecto para quienes forzados por aquella situación extraña a la normalidad económica hubieron de cambiar sus decisiones como ciudadanos o como agentes económicos de MERCOSUR. Prestatarios y prestadores de servicios hubieron de revisar sus decisiones merced a un factor exógeno e ilícito, cambiando sus estrategias para prestar servicios turísticos o de transporte o para servirse de ellos; alterando los tiempos y formas de comprar o suministrar mercancías; corrigiendo la composición de los precios y los tiempos de entrega: en definitiva sintiendo alterado el marco de libertad de circulación de mercaderías y servicios que señala el Tratado de MERCOSUR y que para una inmensa cantidad de gente quedo por un tiempo sin efecto, en un volumen económico extraordinariamente significativo y generando una situación gravosa para todos aquellos que tenían que recomponer sus conductas como resultado de los hechos infractores que se estaban produciendo con los cortes en los puentes.

115) Y eso es así en todo caso aunque el balance final de intercambio de flujos económicos no lo explicita ni quizás pueda explicitarlo, teniendo en cuenta que las fluctuaciones fueron dispersas en los sectores, en los tiempos y en los protagonistas afectados; y en todo caso al ser imprevisibles, discontinuas, y no siempre registrables, la difícil medida de su valor en magnitudes monetarias no es un parámetro que alcance a desvirtuar la realidad de la libertad de circulación perturbada y de la infracción que tal cosa comporta.

116) No obstante, en el caso que nos ocupa, la conducta de obstruir la vía de comunicación ha sido desarrollada por particulares y no por el Estado mismo, y en principio, la responsabilidad del Estado no resulta comprometida por los actos de las personas privadas, sino sólo por los actos u omisiones de sus propios agentes (¹¹⁸). No obstante, el Estado puede igualmente ser considerado responsable, ya no por el hecho ajeno, sino por el hecho propio, si omitiera la "*conducta debida*", esto es, por la "*falta de diligencia*" en prevenir o corregir actos de los particulares que puedan causar perjuicio a otro Estado (¹¹⁹). En esta situación, "*...no estamos ante una responsabilidad vicaria o indirecta sino frente a una responsabilidad por hecho propio*" (¹²⁰).

117) No nos hallamos aquí ante una disposición normativa que prescriba en forma específica que en el caso que ciertos particulares obstaculizaran el paso internacional de

¹¹⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, en el "*Manual de Derecho Internacional Público*", editado por Max Sorensen, México, 1985, pág. 530.

¹¹⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en la obra citada en la nota precedente, pág. 530

¹²⁰ PASTOR RIDRUEJO, José A., "*Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*", Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 584. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al afirmar que las vías de hecho para que las personas o países miembros se hagan justicia por sí mismas no se encuentran permitidas y de ninguna manera pueden legitimar la adopción de medidas unilaterales (Sentencia N° 391 de 11 de septiembre de 1998, en *Proceso 2.AI-97*; cf. *Sent. del TJCA de 24 de noviembre de 2000 en Procesos 15-AI-2000 y 16-AI-2000*).

vehículos, el Gobierno del Estado Parte correspondiente está obligado a prevenir o hacer cesar esos impedimentos. No obstante, no toda conducta debida surge diáfana de una prescripción normativa específica.

118) La "conducta debida" se deriva del compromiso que los Estados Partes asumen de mantener la libre circulación entre los Estados del MERCOSUR por ser consustancial con el objetivo perseguido, lo que implica la obligación de aplicar los "medios" para arribar a dicho objetivo aunque no se determinen cuales son las "medidas necesarias" para obtenerlo, lo que deja un amplio margen de posibilidades, entre las cuales el Estado obligado deberá elegir la que considere mas adecuada a las circunstancias.

119) Como vemos, la "conducta debida" surgiría de la interpretación de una pauta general de conducta. La norma presenta una "textura abierta" del lenguaje legal ⁽¹²¹⁾ esto es, una regla formulada en abstracto de una manera muy general, que origina legítimas dudas acerca de las formas específicas de conducta exigidas por ellas. En estos casos se deja librada a la discrecionalidad del obligado el optar por el mejor medio para acceder al fin.

120) Dado que todo conflicto de derecho implica tener que arbitrar entre diferentes valores en pugna, el deber del gobernante que se enfrenta con ese dilema, consistirá en tomar las medidas apropiadas, aplicando el "debido cuidado" en la elección de la que fuere mejor, dadas las circunstancias y teniendo en consideración todos los valores en juego, de manera de perjudicar de la menor manera posible los intereses contrapuestos; esto es, que no implique un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables para lo cual deberán tomarse las precauciones que eviten daño sustancial ⁽¹²²⁾.

121) Si no hay criterio claro de las normas del MERCOSUR respecto de la conducta que en concreto se deba adoptar en las circunstancias que la realidad presenta, cabrá preguntarse si el Gobierno de la Parte Reclamada adoptó algún tipo de medidas para resguardar los compromisos asumidos en el seno de esa organización y, en tal caso, si los medios que se hubieran utilizado fueron adecuados a las circunstancias con el objetivo de obtener el fin propuesto y a la vez respetando los demás intereses en juego.

122) En relación con el planteo de la Parte reclamada que no se le puede exigir que para impedir las manifestaciones reprima a sus propios ciudadanos, el Tribunal considera que la cuestión no pasa por que se exijan al Estado Reclamado resultados sin reparar en los costos (tanto sociales como individuales) que ellos pudieran implicar, pues no se desconoce que se está afectando a ciudadanos de toda una comunidad que sostienen reclamos que, en sí mismos, no pueden ser calificados de injustos ya que, en su visión, se consideran amenazados con un futuro que implicaría una disminución en su calidad de vida; por lo que cabría detenerse y determinar si la Parte Reclamada ha acreditado en estos autos que le era imposible adoptar medidas mas eficaces, lo que no parece que haya sucedido.

123) La Parte Reclamada considera que las medidas que "impiden o dificultan" los intercambios deberían responder a una decisión positiva de un Estado Parte pero, como hemos dicho antes, la responsabilidad del Estado puede resultar comprometida por los actos de las personas privadas, si omite la "conducta debida" tendiente a prevenir que los mismos causen perjuicio a otro Estado, como es el caso de los cortes de rutas sin que el Estado Parte tome las medidas apropiadas para remover la referida actividad de obstrucción ⁽¹²³⁾.

- II - F -

¹²¹ HART, H. L. A., "El concepto de derecho", con traducción al español de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, 1995, pág. 157/159.

¹²² HART, obra citada en la nota precedente, pág. 165.

¹²³ OPPENHEIM, L. "Tratado de Derecho Internacional Público", Ed. Bosch, Barcelona – 1961, T. I Vol.I, ps. 387 y 388.

SOBRE LA REFERENCIA A LOS DERECHOS HUMANOS

124) La Parte demandada ha procurado refutar el cargo según el cual habría incurrido en omisión, en el caso, en virtud de que en reiteradas oportunidades sus autoridades – tanto nacionales como provinciales- trataron de disuadir a los manifestantes respecto a los cortes de rutas. Una acción más enérgica –agrega- no habría sido procedente sino a riesgo de violar Derechos Humanos en vigor cuando no, de provocar graves alteraciones del orden público.

125) Se ha puesto en cuestión la competencia jurisdiccional del Tribunal Arbitral para entender en una materia que involucra aspectos de los Derechos Humanos que, como tales, resultan ajenos a la normativa del MERCOSUR (exposición del representante de la Parte Reclamada en la audiencia de 10 de agosto de 2006).

126) Los integrantes del Tribunal pertenecen a países en los cuales se ha experimentado el avasallamiento de los denominados derechos humanos, que nuclean el plexo normativo que ampara los aspectos más íntimamente ligados con la dignidad del ser humano, por lo que el planteo no deja de ser de alta sensibilidad.

127) La Parte Reclamada invoca la imposibilidad de adoptar, frente a los cortes de rutas, medidas más enérgicas que las de disuasión por cuanto ello importaría tanto como desconocer derechos humanos como los de libertad de expresión, de reunión y de manifestación que revestirían en su derecho interno, rango constitucional, mientras que el derecho de integración sólo reviste rango legal. De tal manera, la Parte Reclamada parece reposar en que el contenido del compromiso internacional depende de las posibilidades jurídicas que le brinda el propio derecho interno argentino en materia de derechos humanos.

128) Aceptar que el cumplimiento de la obligación internacional asumida en el Tratado del MERCOSUR, consistente en mantener la libre circulación, dependa de las posibilidades del propio derecho interno, se contrapone con el principio de que los Estados no pueden eludir sus compromisos internacionales invocando normas de su derecho interno que surge del art. 27 de la Convención sobre el derecho de los Tratados de Viena de 1969.

129) Al respecto cabe tener presente lo que dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 –tratado en vigor entre ambos Estados Partes- en cuanto establece que *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ...”*. A este respecto se ha señalado que el “derecho interno” del artículo 27 incluye, entonces, no sólo a las leyes nacionales que pudieran estar en conflicto con un tratado internacional, sino a la Constitución misma ⁽¹²⁴⁾. La opinión expuesta es sustentada, asimismo, por decisiones jurisdiccionales en el ámbito internacional ⁽¹²⁵⁾.

Para justificar la conducta seguida, la Parte demandada invocó, asimismo, que toda otra acción del Estado –más allá de la disuasión- *“hubiere implicado reacciones difíciles de controlar ... actos violentos por parte de los manifestantes ...”* (Respuesta de la Parte

¹²⁴ BARBOZA, Julio, *“Derecho Internacional Público”*, Ed. Zavallia, Buenos Aires – 2004, p. 76; DE LA GUARDIA, Ernesto, *“Derecho de los Tratados Internacionales”*, Ed. Abaco, Buenos Aires - 1997, pág. 196 nota 11; PODESTA COSTA – RUDA, *“Derecho Internacional Público”*, Ed. TEA, Buenos Aires – 1985, T. II, p. 112, para. 194.

¹²⁵ *“Tratamiento de los nacionales polacos en el territorio de Danzig”*, 1933, PCIJ Series A/B, Nº 44, p. 4; cf. *“S.S. Wimbledon”*, 1923, PCIJ, Series A, Nº 1; *“Comunidades greco-búlgaras”*, 1930, PCIJ, Series B, Nº 17, p. 32; *“Zonas Francas y el Distrito de Gex”*, 1930, PCIJ, Series A Nº 24, p. 12 y Series A/B, Nº 46, p. 96/167; *“Caso de las Pesquerías”*, ICJ Reports, 1951, p. 116 a 137; *“Nottebohm”* – Objeción preliminar, ICJ Reports 1953, p. 111 a 123; *“Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas”* ICJ Reports, 1949, p. 176 a 180; *“Elettronica Sicula” S.p.A. (ELSI)*, ICJ Reports, 1989, pág. 15.

Reclamada, fs. 109). Sobre este punto el Tribunal advierte que dicho planteo se refiere a un supuesto que no encuentra respaldo en la prueba producida en el proceso.

130) La representación argentina sostiene que el gobierno de ese país ha procurado siempre evitar, en el ámbito de su política interna, la aplicación de medidas que pudieran ser interpretadas como atentatorias contra los derechos humanos en tanto represivas de las manifestaciones que incluyen cortes de vías de comunicación, salvo que ellas desembocaran en violencia. En tal sentido es ilustrativo el discurso pronunciado por el Presidente de esa Nación en el acto de la firma de Convenios para la construcción de viviendas en la Provincia de Buenos Aires, celebrado el 19 de abril de 2006 incorporado como prueba documental por la representación argentina (Anexo II.6 no desconocido por la contraparte).

131) De estas palabras se desprende que, pese a cierta actitud crítica, la tolerancia con los cortes parece haber constituido una política del Poder Ejecutivo argentino. A tenor de la contestación del reclamo presentado por Argentina en esta controversia, esa política encuentra su explicación y significado en el respeto al derecho de protesta que esa representación considera un derecho humano amparado por la Constitución Nacional argentina.

132) En materia de acuerdos comerciales de cooperación y facilitación del comercio, el derecho internacional y el derecho interno así como las instituciones legales de uno y otro orden en materia de asuntos económicos (como es el caso del MERCOSUR) están inextricablemente entrelazados y no es posible entender el comportamiento de estos segmentos de derecho aislando unos de otros (¹²⁶).

133) No escapa a este tribunal que en materia de acuerdos multilaterales de facilitación del comercio y con especial referencia al régimen de la OMC, se ha sostenido que cabe apartarse de los compromisos asumidos por acuerdos multilaterales de comercio siempre que fueren invocados principios y valores aceptados por la comunidad internacional (¹²⁷) y que en los casos en los que la armonización de los derechos en juego resulta sumamente dificultosa o imposible, es inevitable que deba optarse por resguardar en la mayor medida los intereses y valores de mayor jerarquía, pues los "bienes jurídicos" no son otra cosa que objetos valiosos susceptibles de clasificarse jerárquicamente prefiriendo los más valiosos respecto de los menos valiosos (¹²⁸). Pero el Tribunal considera que, aun cuando por vía de hipótesis nos halláramos ante ese caso, ello habilitaría algún grado de restricción pero nunca la anulación absoluta del valor que sea considerado menor, en aras de otro que sea juzgado de mayor jerarquía.

134) La restricción del tránsito que, como hemos visto, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren y que sea adoptado en períodos cortos que no entorpezcan ni causen daños graves o continuados, lo que no se ha dado en este caso en el cual los cortes se han dilatado por

¹²⁶ JACKSON, John, *"The World Trading System"*, Second Edition, The MIT Press, USA, Fourth printing, 2000, pág. 26.

¹²⁷ PÉREZ GABILONDO, José Luis, *"Manual sobre solución de controversias en la OMC"*, Buenos Aires, Editorial EDUNTREF, 2004, pág. 30/31.

¹²⁸ RECASSENS SICHES, Luis (*"Filosofía del Derecho"*, México, Editorial Porrúa, 2003, Capítulo Segundo, N° 8, pág. 63) expresa: *"Los valores presentan el espectáculo de guardar entre sí relaciones de rango o jerarquía.. Hay especies de valores que valen más que otras clases - por ejemplo, los valores éticos valen más que los utilitarios - y además, dentro de cada familia de valores, también ocurre que unos valen más que otros, por ejemplo, vale más la pureza que la decencia, vale más la sublimidad que la gracia"*. En relación con la jerarquía de los valores, también GARCÍA MORENTE, Manuel *"Lecciones Preliminares de Filosofía"*, Editorial Losada, 1963, pág. 380; FRONDIZI, Risieri, *"¿Que son los valores?"*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958, Capítulo IV, § 6, pág. 94 y siguientes.

espacio de más de tres meses en plena temporada estival de vacaciones en que el turismo de ambos países sufren mas gravemente sus consecuencias.

135) El Artículo 75 inc. 22, segundo párrafo (parte pertinente), de la Constitución de la Nación Argentina especifica que las declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos que han sido firmados y aceptados por la República Argentina y que allí se indican tienen *jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*.

136) En relación con la afirmación de que estos instrumentos no derogan los derechos y garantías enumerados en la parte dogmática de la Ley Fundamental, se ha especificado que ha existido por parte de la Asamblea Constituyente un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna de la primera parte de la Constitución, por lo cual la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir ⁽¹²⁹⁾.

137) Ello supone, entonces, que los derechos legislados por tales tratados internacionales, junto a los demás enumerados por la Constitución Argentina (art. 14 y concordantes), no serían entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (arg. art. 33 Constitución de la Nación Argentina) y que son gozados por los habitantes de la Nación *"conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"*, aunque tales leyes reglamentarias no pueden alterarlos (arg. art. 28 Constitución de la Nación Argentina). Esto es, *"la interpretación valorativa de la Constitución en orden a los derechos humanos contenidos en ella debe dar por supuesto que: a) esos derechos son, ontológicamente, limitados, porque son derechos "del hombre en sociedad"...b) esos derechos son relativos y, por ende, admiten limitaciones razonables a tenor de lo que en ese punto habilita la Constitución. Habrá de tenerse en cuenta al interpretar tales limitaciones que ellas no pueden exceder el margen de lo razonable, es decir, no pueden destruir o alterar el derecho limitado"* ⁽¹³⁰⁾.

138) En sentido concordante, los propios tratados internacionales generales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional reconocen la relatividad de los derechos subjetivos de cada uno, ante los derechos subjetivos de los demás, y la posibilidad de su limitación por razones de bienestar general. Así, el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Bogotá, 1948) especifica que *"el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos"* y que *"los derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre"*. Por ello se expresa en el art. XXVIII de tal Declaración que *"los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático"*. Por su parte, el art. 29.2. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, especifica que *"en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática"*. Finalmente, el art. 32.2. del Pacto de San José de Costa Rica, expresa que *"los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"*.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en autos *"Chocobar, Sixto"* del año 1996, (Fallos 319:3241).

¹³⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., *"Teoría General de los Derechos Humanos"*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006, pág. 407

139) De ello cabe concluir que, ni aún en el derecho argentino el derecho a la protesta es absoluto y debe limitarse cuando afecta el derecho de los demás tal como lo expresa el art. 29 apartado 2 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de 1948, el art. 32 apartado 2 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica), del 22 de enero de 1969 ⁽¹³¹⁾ y, en especial respecto de la libertad de expresión, el art. 19 apartados 2 y 3 y artículo 21 del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de 1966, que son parte integrante de la Constitución de la Nación Argentina desde 1994 al haber sido incorporados en su art. 75 inciso 22.

- II- G -

LA CONDUCTA DEBIDA ANTE LAS CIRCUNSTANCIAS EXISTENTES

140) El problema de juzgar cuestiones en las cuales están íntimamente entrelazadas instituciones del derecho nacional enraizadas con garantías constitucionales como lo son los derechos humanos y compromisos asumidos en pactos internacionales de capital importancia como lo es del de la integración económica de América del Sur radica en que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1º, apartado 1 del Protocolo de Olivos, el Tribunal Arbitral "Ad Hoc" debe limitar su examen a la interpretación, aplicación y cumplimiento de la normativa del MERCOSUR, corriendo el riesgo de exceder su competencia jurisdiccional si interpreta las leyes nacionales de uno de los Estados Partes, en especial los derechos constitucionales de que gozan los ciudadanos y el poder del Estado para manejar su política interna. Se trata de un ámbito de discrecionalidad, relacionado con las políticas que internamente se fija el Gobierno argentino, propios de su soberanía política y que el principio de no intervención resguarda de toda intromisión de un Estado extranjero.

141) En el caso que nos ocupa los obligados deberían hallarse ante la necesidad de adoptar medidas que dependen del derecho interno y en las cuales hay un importante uso de la discrecionalidad, que indican que la razonabilidad y la buena fe son elementos independientes del posible incumplimiento incurrido, pues la violación de una norma por un Estado Parte no necesariamente significa que éste haya actuado de mala fe ⁽¹³²⁾.

142) La buena fe debe presumirse y de la prueba acompañada no se desprende que Argentina haya promovido o alentado la actitud asumida por los vecinos. Más bien, la actitud de ellos fue la de llamar la atención del Gobierno argentino sobre el problema. No surge por lo tanto que haya existido en las autoridades argentinas la intención de impedir la libre circulación y burlar el compromiso del art. 1º del Tratado de Asunción, ya que la política de tolerancia adoptada por el gobierno argentino en relación con las manifestaciones de los vecinos de Gualaguaychú, parece no diferir de la adoptada en relación con los demás conflictos que hubo en las ciudades o rutas del interior de Argentina. Ello hace concluir a este tribunal que no ha habido en el Gobierno argentino intencionalidad discriminatoria para perjudicar el tráfico comercial con Uruguay.

143) Por otra parte, si bien los cortes de ruta producidos por la población y la actitud permisiva del Gobierno argentino produjeron innegables inconvenientes, los mismos afectaron tanto al comercio uruguayo como al argentino, ya que los manifestantes que protagonizaron los cortes de ruta no hicieron diferencias de tratamiento entre la mercadería

¹³¹ Allí se expresa: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

¹³² Cuarto Laudo del tribunal "ad hoc" del MERCOSUR sobre dumping de pollos (21/05/01) en donde el Tribunal dijo que la violación de una norma por un Estado Parte no significa necesariamente que haya actuado de mala fe. Con posterioridad, este criterio fue consagrado en la decisión del Órgano de Apelación de la OMC que entendió en "United States – Continued dumping and Subsidy FOCET Act of 2000 [US-Offset Act (Byrd Amendment)]", WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptada el 27 de enero de 2003, párrafo 297.

de origen uruguayo o de origen argentino ni tampoco entre las importaciones o las exportaciones de uno u otro país.

144) Así las cosas, este Tribunal considera que el Gobierno argentino pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad al ser tolerante con las manifestaciones de los vecinos que cortaron las rutas en cuestión, por considerar que violentar la actividad de los mismos podía implicar cercenarles derechos fundamentales y porque esos reclamos eran juzgados atendibles en razón de la creencia (cierta o errónea, aun no lo sabemos pues ello dependerá de las conclusiones a que se arribe con el tiempo) de que las obras cuestionadas en el territorio uruguayo generarán en el territorio argentino una repercusión negativa para su calidad de vida y para el futuro económico de la zona.

145) No obstante, en el singular caso que nos ocupa, los hechos han tenido efectos que trascienden las fronteras y afectan la libre circulación entre los Estados Partes del MERCOSUR; esto es, un bien jurídico que Argentina se ha comprometido a respetar.

146) Sin embargo y pese a la “buena fe” que pudiera haber inspirado el punto de vista de la Parte Reclamada, la elección de la “conducta debida” no depende del propósito de la parte, por bien intencionado que el mismofuera, sino de la efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido, cumpliendo con los compromisos asumidos internacionalmente.

147) Como ya se ha expresado precedentemente, la base de la responsabilidad del Estado por los hechos antijurídicos de los particulares que residen en el territorio sometido a su jurisdicción no radica en una presunta complicidad con ellos, sino solamente en el hecho de que el Estado ha dejado de cumplir con sus obligaciones internacionales de impedir que dicho acto lesivo se pueda producir ⁽¹³³⁾.

148) Los Estados, desde que son reconocidos como tales por el derecho internacional público, tienen el monopolio de la coacción para hacer cumplir, con la persuasión que ese poder implica, los deberes que prescriben tanto sus ordenamientos jurídicos internos como los que surgen de los tratados internacionales que celebran y que el manejo de ese poder puede ser ejercido sin necesidad de incurrir en represiones cruentas, bastando con ser categórico en el respeto de determinados cronogramas de las manifestaciones de protesta, la delimitación de los espacios físicos afectados a ese fin, con el objeto de equilibrar los intereses contrapuestos en juego para hacerlos compatibles con el compromiso internacional asumido por los países en uno de los más importantes emprendimientos de grandeza que se han dado en construir los países de América del Sur y que este Tribunal tiene la misión de defender.

149) En ese contexto, no parece compatible con el sistema del MERCOSUR que una interrupción del tráfico en el puente fluvial por el cual pasa el mayor tráfico terrestre en el comercio entre Argentina y Uruguay tenga una duración que superó los dos meses sin solución de continuidad y que, luego de un cese de dos semanas, volvió a interrumpirse otra vez, por más de un mes, sin que la actitud del Gobierno argentino ante esta reiteración haya tomado medidas que impidieran la repetición de esos hechos.

150) El Tribunal considera que no son asimilables a este caso ninguno de los precedentes de la Corte de Justicia Europea invocados en el Reclamo y en la Respuesta. No sólo por la diferencia cualitativa que tiene el derecho comunitario europeo, de claro carácter supranacional respecto del derecho del MERCOSUR que es índole interestatal y por el hecho de que la normativa aplicable es diferente de la que rige en nuestro caso, sino también por razón de la peculiaridad de los casos.

¹³³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, en la obra colectiva *“Manual de Derecho Internacional Público”*, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.14, pág. 530.

151) En el caso de la sentencia del 9 de diciembre de 1997 recaída en el caso “Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa s/ libre circulación de las mercaderías” (Asunto C-265/95) se trataba de la obstrucción de particulares a la circulación de vehículos por el territorio francés provenientes de otro país de la Comunidad, pero en el mismo el móvil que guiaba a los particulares que protagonizaron el hecho era netamente discriminatorio contra el ingreso de la mercadería de otro de los países. A ello debe añadirse que se produjeron hechos de violencia sobre los conductores y la carga, que no han existido en el caso que nos ocupa.

152) El caso de la sentencia del 12 de junio de 2003 recaída en el caso “Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzugue contra la República de Austria” (Asunto C-112/00), se trataba de un corte, en Austria, de la ruta que une el tráfico entre Alemania e Italia. Pero a diferencia del caso en análisis, se trataba de una demanda de daños y perjuicios entablada directamente por el particular y no un reclamo declarativo de incumplimiento de un Estado contra otro Estado, a lo que cabe añadir que el período de interrupción del tráfico fue de tan sólo 28 horas y no de tres meses como el que nos ocupa, se produjo en una sola oportunidad y se trató de cortes previamente anunciados y autorizados por la autoridad con hora de inicio y de culminación.

153) Cada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independiente y libremente su forma de Estado y de Gobierno, su organización interior y el comportamiento de sus miembros, su política interior y exterior ⁽¹³⁴⁾, y los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir con sus compromisos internacionales. La contrapartida de ese derecho es el deber de la “diligencia debida” en la prevención de los hechos de esos individuos ⁽¹³⁵⁾ que es impuesta por el derecho internacional, exigiendo determinados resultados ⁽¹³⁶⁾ con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos, sin obligar a alcanzarlos de una específica manera o a través de un cierto órgano. En este sentido cabe puntualizar que cada Estado conserva su libertad para elegir los medios de ejecución que considere convenientes, de acuerdo con sus tradiciones y con los principios fundamentales de su organización política ⁽¹³⁷⁾.

154) El Tribunal más que juzgar si un Gobierno pudo haber tenido razones atendibles para considerar que actuaba razonablemente bien, debe considerar hasta que punto fue acertada la conducta efectivamente llevada a cabo en relación a todos los valores en juego, entre los cuales no sólo deben tenerse en cuenta los derechos y legítimas afecciones de los ciudadanos de las fronteras amenazadas, sino también las restricciones que la actitud de ellos generó en los derechos y libertades de los operadores económicos que sustentan su

¹³⁴ VERDROSS, Alfred, *“Derecho Internacional Público”*, Madrid, Aguilar, 1969, traducción de Antonio Truyol y Serra, Capítulo X-II-A, pág. 135. En igual sentido OPPENHEIM, L. *“Tratado de Derecho Internacional Público”*, Barcelona, Editorial Bosch, traducción al español de López Olivan y Castro Rial, 1961. Tomo I, Volumen 1 (Paz), § 124, págs. 305/306; ROUSSEAU, Charles *“Derecho Internacional Público”*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1960, traducción de Fernando Gimenez Artigues, § 96-b, pág. 87; NKAMBO MUGERWA, Meter James, en la obra colectiva *“Manual de Derecho Internacional Público”*, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, § 5.03, pág. 264.

¹³⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, en la obra colectiva *“Manual de derecho Internacional Público”*, coordinada y editada por Max Sorensen, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, § 9.14, pág. 531; ROUSSEAU, Charles, *“Derecho Internacional Público”*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1960, traducción de Fernando Gimenez Artigues, § 471, pág. 368; OPPENHEIM, L., *“Tratado de Derecho Internacional Público”*, Barcelona, Editorial Bosch, traducción al español de López Olivan y Castro Rial, 1961. Tomo I, Volumen 2 (Paz), § 164, pág. 387.

¹³⁶ VERDROSS, Alfred *“Derecho Internacional Público”*, Madrid, Aguilar, 1969, traducción de Antonio Truyol y Serra, Capítulo VIII-B, pág. 75.

¹³⁷ REUTER, Paul, *“Introducción al Derecho de los Tratados”*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1999, §45, pág. 35.

actividad vital en la confianza de un orden público efectivo que garantice la eficacia de los compromisos asumidos por todos los Estados Partes del MERCOSUR.

155) Por otro lado el intérprete no debe manejar las normas jurídicas en un estado de indiferencia por los resultados. Legitimar los cortes de ruta implicaría, por una parte, despojar al Tratado de Asunción de una parte esencial de su razón de ser y, por la otra, alentar la reiteración de estos hechos por cuestiones que no siempre tendrán la relevancia de la presente, creando un estado de imprevisibilidad que desembocará en inseguridad jurídica y sentando un precedente contraproducente de cara al desarrollo futuro del MERCOSUR.

- II - H -

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FEDERAL POR LAS OMISIONES DE LOS GOBIERNOS PROVINCIALES

156) La Parte Reclamada también ha expresado que *“la policía de seguridad, en el territorio de las provincias, corresponde a las provincias”*, razón por la cual no correspondería exigirle al Estado Federal lo que no está en el ámbito de sus competencias (respuesta, fs. 99). Sin embargo, por aplicación de los principios generales del derecho internacional específicamente mencionados en el protocolo de Olivos como base normativa de los tribunales “Ad Hoc” a los fines de dictar sus pronunciamientos, debe considerarse hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado (¹³⁸).

- II - I -

LA ACTITUD DE LOS VECINOS DE GUALEGUAYCHÚ

157) Como hemos visto, el hecho de que en la costa uruguaya no cesaran las construcciones que la población de la costa argentina considera agresivas del medio ambiente y que ello no fuera impedido por el Gobierno uruguayo, motivó una actitud de protesta por parte de los vecinos de la ribera argentina que, con el tiempo derivaron en los cortes de ruta reseñados precedentemente y que motivaran la controversia que se ventila ahora en este tribunal. La amenaza de un daño que dicha población percibe como cierto e inminente y la inicial falta de atención que atribuían a de ambos gobiernos ante sus peticiones, hace comprensible que en forma organizada, dicha población adoptara actitudes ostensibles en aras de divulgar, a través de manifestaciones de alto impacto en los medios de comunicación masiva, los argumentos en defensa de sus legítimos derechos.

158) No obstante, dichas manifestaciones fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, tal como hemos visto precedentemente. Ello implicó una restricción fáctica al intercambio comercial de

¹³⁸ La Comisión de Reclamaciones entre Francia y Méjico afirmó que la responsabilidad internacional *“... no puede ser denegada, ni aún en los casos en los cuales la Constitución Federal niega al gobierno central el derecho de control sobre sus Estados miembros o el derecho de requerirles conformarse en su conducta con las normas de derecho internacional”* (Asunto Pellat, UNRRIA, 1929, vol. V, ps. 534 a 536). También se ha expresado que *“el Estado Federal no se puede refugiar en su Constitución, que organiza la autonomía de sus elementos componentes, para librarse de su responsabilidad internacional ...”*: QUOC DINH – DAILLIER – PELLET, *“Droit International Public”*, Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992, p. 727. En igual sentido, el documento elaborado por la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados; art. 4 parágrafo 1.

Argentina y otros países que comercian con Uruguay a través del paso de mayor importancia entre ambos países.

159) Los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera en la costa argentina no pueden, pese a ello, ser justificables en la medida en que, tal como lo expresaran los tribunales "ad hoc" del MERCOSUR en el Laudo VIII sobre la aplicación de impuesto IMESI a la comercialización de cigarrillos y en el Laudo IX sobre subvenciones a la Lana, en el derecho del MERCOSUR ante el presunto incumplimiento de los compromisos de uno de los Estados Partes no se justifica el incumplimiento de los compromisos por parte del otro.

160) En una sociedad civilizada los conflictos deben encauzarse a través de medios pacíficos para su solución y no a través de vías de hecho. Así es como sucedió, aunque con un desfase temporal que generó los desbordes de los vecinos de la costa argentina, al canalizarse ese conflicto a través de las vías institucionales correspondientes mediante la demanda entablada por la República Argentina contra la República Oriental del Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya por la invocada violación al Estatuto del río Uruguay.

161) Dicho conflicto reconoce una normativa que reviste carácter bilateral cuyo objeto excede a la materia de integración económica propiamente dicha, razón por la cual se ventila ante otra jurisdicción. El que tenemos entre manos, en cambio se refiere a la interrupción del tránsito por los puentes sobre el río Uruguay con las consecuente barrera de hecho a la libre circulación económica que compromete el cumplimiento de los objetivos asumidos en el ámbito del Tratado del MERCOSUR y, en segundo lugar, genera distorsiones en el comercio de Uruguay no solamente con Argentina sino también con otros países miembros y no miembros del MERCOSUR con los cuales dicho país comercia a través del tránsito terrestre por territorio aduanero argentino, razones ambas por las cuales la jurisdicción aplicable es la de este tribunal.

- II - J -

LA RELEVANCIA DE LOS PERJUICIOS

162) La Parte Reclamante ha expresado que no pretende un reclamo resarcitorio en estas actuaciones, sin perjuicio de hacer reserva de plantearlo ante el ámbito jurisdiccional pertinente, pese a lo cual, gran parte de la prueba producida en estas actuaciones se refirió a los perjuicios ocasionados por los cortes de ruta.

163) El [sistema de solución de controversias del MERCOSUR](#), que se [ha](#) inspirado en los regímenes imperantes en [el](#) Tratado de Libre Comercio de América del Norte ([TLCAN](#) o [NAFTA](#) en sus siglas de idioma inglés) y en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, [privilegia la remoción de las barreras comerciales al comercio mas que a la imposición de una segunda barrera al comercio consistente en retorsiones](#)⁽¹³⁹⁾.

164) De tal manera la [obligación de reparar](#) debe ser [interpretada en un sentido prospectivo, pues se procura remover la inconsistencia de la medida ilegal y limitar el daño hacia el futuro](#) ⁽¹⁴⁰⁾, [a punto que sólo se prevén compensaciones en el caso en que la decisión recaída en la](#)

¹³⁹ [LOWENFELD, Andreas "Internacional Economic Law", Oxford University Press, 2003, pág. 156, citando a John Jackson](#); [ALONSO GARCÍA, Ricardo, "Tratado de Libre Comercio, MERCOSUR y Comunidad Europea - Solución de Controversias e interpretación uniforme", Mc Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 63, citando a BLOCH, R. en "Aportes para la resolución de conflictos en el MERCOSUR", Revista Comercio Exterior, 1995, pág. 25.](#)

¹⁴⁰ Ello se advierte con claridad [en los arts. 19.1 y 22 del Entendimiento de Solución de Diferencias de Marrakech de 1994.](#)

solución de controversias no es acatada dentro de un plazo prudencial ⁽¹⁴¹⁾, tal como se desprende, en el caso del MERCOSUR, del art. 31 del Protocolo de Olivos.

165) La comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho. Las normas del MERCOSUR no obligan a una parte incumplidora a reparar el eventual daño causado por su medida ilícita ⁽¹⁴²⁾.

166) Consecuentemente la prueba referida a los daños generados como consecuencia de los cortes de ruta deben ser considerados como la medida de la existencia de la infracción misma que se denuncia, así como de la demostración de un interés jurídicamente protegido que legitima activamente a la Parte Reclamante ante estos estrados. De lo contrario la violación podría ser inocua y una contienda de estas características en ese escenario transgrediría el principio de que se requiere interés para impulsar las acciones.

- I - K -

EL PEDIDO DE QUE SE CONDENE A LA PARTE RECLAMADA A ADOPTAR LAS MEDIDAS APROPIADAS PARA PREVENIR O HACER CESAR LA POSIBLE REITERACIÓN FUTURA DE HECHOS SIMILARES

167) La Parte Reclamante sostiene que las acciones de los particulares y la inacción argentina son incompatibles con los compromisos asumidos por Argentina en el seno del MERCOSUR y solicita que la Reclamada ofrezca garantías adecuadas de no repetición de las circunstancias pasadas.

168) La determinación de una conducta futura a la cual debería someterse uno de los Estados contendientes implicaría que el Tribunal se arrogara facultades legiferantes y tropieza con inconveniente que en tal caso dicha obligación vincularía a una sola de las partes y no a los restantes miembros del MERCOSUR, lo que atentaría contra el principio de igualdad y reciprocidad que impera en el Tratado de Asunción.

169) Sin perjuicio de lo expresado precedentemente y en relación con el pedido de garantías futuras, el establecimiento de reglas claras a las cuales deben atenerse los países a partir del pronunciamiento que recae en esas actuaciones, y de las cuales han carecido hasta el momento ya que este tipo de circunstancias no se encuentran reglamentados en el ámbito del MERCOSUR, determinarán con claridad los límites entre lo permitido y lo prohibido, por lo que no cabe esperar la reiteración de este tipo de conflictos.

III – CONCLUSIONES

170) La modificación terminológica realizada por la Parte Reclamante, consistente en haber sustituido la denominación formulada al comienzo de la etapa de negociaciones de *“impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes”*, por la de *“omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación”*, utilizada poco antes de iniciarse el procedimiento arbitral careció de virtualidad para afectar el derecho de defensa de la Parte Reclamada.

¹⁴¹ PEREZ GABILONDO, José Luis, "Manual sobre Solución de Controversias en la OMC", Buenos Aires, 2004, págs. 232 y 233.

¹⁴² LUFF, David, "Le droit de L'Organisation Mondiale du Commerce - Analyse Critique", Bruylent, LGDJ, Bruselas, 2004, pág. 925.

171) La decisión del Tribunal de establecer su sede en la ciudad de Montevideo, además de basarse en el legítimo ejercicio de una facultad expresamente conferida por el artículo 38 última parte del Protocolo de Olivos, se fundó en la razón práctica del apoyo administrativo que en ese lugar le brinda la Secretaría del MERCOSUR. Cabe recordar que es una decisión que se ha venido reiterando en sucesivas integraciones de los Tribunales “Ad Hoc” de MERCOSUR en el pasado, cualesquiera que fueran las partes en conflicto y que, desde luego, no ha aparejado menoscabo para la independencia del Tribunal ni de ninguno de sus miembros, ni tampoco ha otorgado ventaja alguna a la Parte Reclamante.

172) El Tribunal Arbitral “Ad Hoc” ha de descartar que nos hallemos ante una cuestión abstracta. Si bien los cortes de ruta protagonizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay habían cesado ya al momento del primer escrito de la Parte Reclamante, lo cierto es que no se puede considerar abandonada la actitud permisiva exteriorizada por la Parte Reclamada, pese al pedido de la Parte Reclamante para que hiciera restablecer las vías de comunicación. El carácter repetido y continuado de la actitud de condescendencia de la Parte Reclamada conforma un “*standard*” de comportamiento ante el problema, que deja abierta la expectativa de que pudiera repetirse en el futuro si se dieran las mismas o parecidas circunstancias.

173) Este Tribunal “Ad Hoc” pone de manifiesto su comprensión en cuanto al sentimiento de alarma y consecuente protesta de los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay. Ellos procuraron llamar la atención sobre unas construcciones potencialmente dañinas, y no alcanzaron reacciones categóricas de ninguno de los Gobiernos, argentino y uruguayo, a los que se dirigieron. No le es posible a este tribunal entrar a considerar la solución que el derecho deba dar a las mencionadas preocupaciones y aspiraciones.

174) No obstante, las manifestaciones basadas en los comprensibles sentimientos de la población que se manifestaba de esa manera, fueron perdiendo su legitimidad originaria en la medida en que a través de las vías de hecho adoptadas, fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas que se vieron finalmente imposibilitadas de transitar y ejercer el comercio a través de las rutas internacionales en virtud del corte de las mismas, sin previsibilidad ni límite temporal preciso, por períodos desproporcionadamente extensos y durante la época de mayor intercambio comercial y turístico entre ambos países, pues en una sociedad civilizada los conflictos deben encauzarse a través de medios pacíficos para su solución y no a través de vías de hecho.

175) Sin perjuicio que la conducta de obstruir las vías de comunicación fue desplegada por particulares, la Parte Reclamada no deja por ello de ser responsable por hecho propio en la medida en que ha omitido su deber de adoptar las medidas apropiadas para prevenir o corregir los actos de los particulares sometidos a su jurisdicción que causaren perjuicio a otro Estado Miembro del MERCOSUR en transgresión a las normas de su tratado constitutivo.

176) La “conducta debida” por la Parte Reclamada ante estos hechos, surge del compromiso de asegurar y mantener la libre circulación en el ámbito del MERCOSUR, lo que implica la obligación de aplicar los medios necesarios para el logro de dicho objetivo.

177) Aceptar que el cumplimiento de la obligación internacional asumida en el Tratado del MERCOSUR, consistente en mantener la libre circulación, dependa de las posibilidades del propio derecho interno, se contrapone con el principio de que los Estados no pueden eludir sus compromisos internacionales invocando normas de su derecho interno que surge del art. 27 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, reglas que de conformidad con lo dispuesto en el art. 34 del Protocolo de Olivos, es derecho aplicable por los tribunales arbitrales del MERCOSUR.

178) La política de tolerancia del Gobierno de la Parte Reclamada en relación con los cortes de ruta protagonizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay cuyas

consecuencias son objeto de esta controversia, encontraría su explicación y significado, según lo expresa la Parte Reclamada en su escrito de respuesta, en los derechos humanos, especialmente los de expresión y reunión, amparados por la Constitución Argentina, la cual incorpora en su articulado diversos Tratados Internacionales que los consagran. No obstante, tanto la Constitución de la Nación Argentina como los propios Tratados Internacionales invocados reconocen que esos derechos no son absolutos y que su ejercicio es susceptible de limitaciones en cuanto afectare los derechos subjetivos de los demás, pues el mismo no puede exceder el margen de lo razonable, destruyendo o alterando el derecho de otros integrantes de la sociedad.

179) La restricción del tránsito que, en este caso, desemboca en una restricción a la libre circulación económica en los espacios integrados, puede llegar a ser tolerada siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causaren, de manera que no impliquen un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables; lo que no ha sucedido en este caso, ya que los cortes, además de repetirse en diversas formas e intensidades, se han dilatado por espacio de más de tres meses en un período del año de máxima actividad comercial y turística.

180) Este tribunal concluye que no ha habido en el Gobierno argentino intencionalidad discriminatoria para perjudicar el tráfico comercial con Uruguay. La buena fe debe presumirse y de la prueba acompañada no se desprende que el Gobierno de la Parte Reclamada haya promovido o alentado la actitud asumida por los vecinos.

181) El Gobierno de la Parte Reclamada pudo haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad al ser tolerante con las manifestaciones de los vecinos que cortaron las rutas en cuestión, por considerar que violentar la actividad de los mismos podía implicar cercenarles derechos fundamentales y porque esos reclamos eran juzgados atendibles en razón de la creencia (cierta o errónea) de que las obras cuestionadas en el territorio uruguayo generarán en la ciudadanía asentada en el territorio argentino una repercusión negativa para su calidad de vida y para el futuro económico de la zona.

182) Pese a la "buena fe" que pudiera haber inspirado el punto de vista de la Parte Reclamada, la elección de la "conducta debida" no depende del propósito de la parte, por bien intencionado que el mismo fuera, sino de la efectividad de las medidas adoptadas para obtener el resultado requerido, cumpliendo con los compromisos asumidos internacionalmente.

183) Los cortes de ruta producidos por la población y la actitud permisiva del Gobierno argentino produjeron innegables inconvenientes que afectaron tanto al comercio uruguayo como al argentino, ya que los manifestantes que protagonizaron los cortes de ruta no hicieron diferencias de tratamiento entre la mercadería de origen uruguayo o de origen argentino ni tampoco entre las importaciones o las exportaciones de uno u otro país.

184) El Tribunal Arbitral "*Ad Hoc*" en las etapas probatorias ha tenido ocasión de conocer las repercusiones que los cortes de los puentes han producido sobre los flujos económicos mas generales que podrían haber sido afectados, así como la manera en que quedaron perturbadas las conductas de los operadores económicos, de los ciudadanos y de las entidades públicas de uno u otro país que se vieron obligados a modificar sus decisiones y estrategias, cambiar sus modos de trabajo, asumir las diferencias en las cargas de actividad administrativa aduanera y redistribuir, no sólo los itinerarios sino también los medios de transporte utilizados, con los correspondientes sobrecostos.

185) Cada Estado soberano tiene pleno autogobierno, regula independiente y libremente su forma de Estado y de Gobierno, su organización interior y el comportamiento de sus miembros, su política interior y exterior, y los demás Estados no pueden inmiscuirse en las medidas concretas que aquél adopte en el orden interno para cumplir con sus compromisos

internacionales. La contrapartida de ese derecho es el deber de la “diligencia debida” en la prevención de los hechos de los particulares sujetos a su jurisdicción, que es impuesta por el derecho internacional exigiendo determinados resultados con prescindencia de indicar los medios que deba utilizar para obtenerlos.

186) El intérprete no debe manejar las normas jurídicas en un estado de indiferencia por los resultados. Legitimar cortes de ruta como los que aquí se han puesto de manifiesto, implicaría despojar al Tratado de Asunción de una parte esencial de su razón de ser y alentar la reiteración de estos hechos por cuestiones que no siempre tendrán la relevancia de la presente, creando un estado de imprevisibilidad que desembocará en inseguridad jurídica y sentando un precedente contraproducente para el desarrollo futuro del MERCOSUR.

187) Debe considerarse hecho del Estado, el comportamiento de todo órgano del Estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado, por lo que el Estado Federal de la Parte Reclamada responde aun por las acciones u omisiones de los Gobiernos Provinciales que pudieran implicar incumplimientos de las obligaciones internacionales asumidas por ese país.

188) El [sistema de solución de controversias del MERCOSUR](#), privilegia [la remoción de las barreras comerciales al comercio más que a la imposición de una segunda barrera al comercio](#) por vía de [retorsiones](#). De tal manera, la [obligación de reparar](#) debe ser [interpretada en un sentido prospectivo](#), [procurando remover](#) los obstáculos y las dificultades y superar los fracasos ocasionales, como es el presente, limitando el daño hacia el futuro. Por eso sólo se [prevén compensaciones en el caso en que la decisión recaída en la solución de controversias no es acatada dentro de un plazo prudencial](#).

189) [La comprobación de que una medida nacional ha violado el derecho del MERCOSUR no entraña más que una obligación de adecuarse a ese derecho](#). Las normas del MERCOSUR [no obligan a una parte incumplidora a reparar el eventual daño causado por su medida ilícita](#).

190) La prueba referida a los daños generados como consecuencia de los cortes de ruta deben ser considerados, en el presente supuesto, como la medida de la existencia de la infracción misma que se denuncia, así como de la demostración de un interés jurídicamente protegido que legitima activamente a la Parte Reclamante ante estos estrados.

191) Ante las petición de que el Tribunal arbitral “*Ad Hoc*” proceda a determinar una conducta futura a la que debería someterse la Parte Reclamada, el tribunal entiendo improcedente arrogarse facultades legiferantes con vista a regular las conductas futuras de los Estados Partes; con el inconveniente insuperable de que, en tal caso, una obligación así creada vincularía a una sola de las Partes y no a los restantes miembros del MERCOSUR, lo que atentaría contra el principio de igualdad y reciprocidad que impera en el Tratado de Asunción.

192) El establecimiento de reglas claras a las cuales deben atenerse los países a partir del pronunciamiento que recae en esas actuaciones, determinará con nitidez los límites entre lo permitido y lo prohibido, por lo que no cabe esperar la reiteración de este tipo de conflictos.

193) El Tribunal Arbitral no ha encontrado mérito para modificar el sistema de atribución de costas establecido en el art. 36, primer párrafo, del Protocolo de Olivos, destacando que ambas Partes han defendido con vigor y lealtad sus respectivas posiciones procesales.

IV – DECISIÓN

Por todo lo expuesto y de conformidad con el Protocolo de Olivos, su reglamentación y las normas y principios aplicables, este Tribunal “*Ad Hoc*” constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay sobre “omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay”, y de acuerdo con los fundamentos que constan en los considerandos precedentes, el Tribunal por unanimidad DECIDE:

PRIMERO: Que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada.

SEGUNDO: Que, acogiendo parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, declara que la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, realizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay y que han sido reseñados en los párrafos 90, 91 y 92 de los considerandos de este laudo, no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países.

TERCERO: Que, desestimando parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, se declara que, en atención a las circunstancias del caso, no resulta procedente en derecho que este Tribunal “*Ad Hoc*” adopte o promueva determinaciones sobre conductas futuras de la Parte Reclamada.

CUARTO: Conforme a lo establecido en el párrafo 193 de los fundamentos de este laudo, no se hace salvedad alguna en cuanto a la imposición de costas, por lo que se estará a este respecto a cuanto prescribe el art. 36, primer párrafo, del Protocolo de Olivos. Los pagos correspondientes deberán ser realizados por las Partes a través de la Secretaría del MERCOSUR dentro del plazo improrrogable de treinta (30) días contados desde la notificación.

QUINTO: Las actuaciones de la presente instancia arbitral serán archivadas en la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.

Dr. Luis MARTÍ MINGARRO
Árbitro Presidente

Dr. Enrique C. BARREIRA
Árbitro

Dr. José María GAMIO
Árbitro

LAUDOS DEL PROTOCOLO DE OLIVOS (TPR)

LAUDO I

(TPR)

LAUDO N° 1/2005

LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISION CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN EL RECURSO DE REVISION PRESENTADO POR LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY CONTRA EL LAUDO ARBITRAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DE FECHA 25 DE OCTUBRE DE 2005 EN LA CONTROVERSIA “PROHIBICION DE IMPORTACION DE NEUMATICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY”

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay a los veinte días del mes de diciembre de 2005,

I. VISTO:

Para laudo el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay (parte recurrente, en adelante “Uruguay”) contra el Laudo Arbitral de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia entre la misma y la República Argentina (parte recurrida, en adelante “Argentina”), sobre “PROHIBICION DE IMPORTACION DE NEUMATICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY”, y

II. RESULTANDO:

Que, el Tribunal Permanente de Revisión (en adelante “TPR”), se encuentra integrado conforme al Protocolo de Olivos por los Árbitros Dr. Nicolás Eduardo Becerra de la Argentina y Dr. Ricardo Olivera del Uruguay, presidiendo el Dr. Wilfrido Fernández de la República del Paraguay. Se deja constancia que el Dr. Ricardo Olivera integra este TPR ante la excusación del Árbitro Titular del Uruguay Dr. Roberto Puceiro.

Que, el recurso de revisión fue presentado en fecha 9 de noviembre de 2005 por el Uruguay, habiendo sido el mismo contestado por la Argentina en fecha 9 de diciembre de 2005. Por providencia de fecha 9 de diciembre de 2005, se corrió traslado de la presente controversia, sin darle calidad de parte, a la República Federativa del Brasil y la República del Paraguay. Asimismo, por tal providencia se llamó a audiencia oral a las partes, la cual se llevó a cabo el 19 de diciembre. Con posterioridad a la misma, el TPR se abocó de inmediato a la elaboración del laudo arbitral.

Que, se deja asimismo constancia de que las representaciones quedaron debidamente acreditadas y los domicilios constituidos en la estación procesal oportuna. El Uruguay designó como sus representantes a los Señores Doctores Hugo Cayrús Maurin, José María Robaina, Myriam Fraschini y el Ing. José Luis Heijo; y la Argentina a los Sres. Lic. Adrian Makuc, Ministro Daniel Raimondi y Ministro Héctor Daniel Dellepiane.

Que, las Reglas de Procedimiento del TPR aprobadas por el Consejo del Mercado Común por Decisión 30/05 de fecha 8 de diciembre de 2005, fueron debidamente notificadas a las partes por la referida providencia de fecha 9 de diciembre de 2005. Las actuaciones del TPR que preceden a este laudo arbitral se encuentran debidamente agregadas a estos autos, y

III. CONSIDERANDO:

A. ALCANCE DEL RECURSO – CUESTIONES DE DERECHO

1. El Art. 17 del Protocolo de Olivos en su Numeral 2, establece expresamente que el recurso de revisión estará limitado a cuestiones de derecho y a las

interpretaciones jurídicas del Tribunal Arbitral Ad Hoc. Es bueno resaltar en esta primera actuación del TPR que la distinción histórica entre cuestiones de derecho y de hecho está entroncada en el recurso de casación, una creación francesa. En un primer momento este recurso fue estructurado para cumplir con una función concreta, hoy ya no justificable: el control de los jueces bajo el tamiz del ius constitutionis, procurándose así evitar que éstos emitieran sentencias contrarias a los textos legales. No importaba para nada la defensa de los derechos de las partes. Siempre históricamente, el último objetivo era conservar la potestad del rey y ulteriormente la prevalencia de la asamblea legislativa.

2. Posteriormente le fue atribuido al recurso de casación el objetivo de unificar la jurisprudencia, y entonces quedó de esta manera estructurada aquella función de naturaleza extraprocesal: la vigencia uniforme del derecho objetivo. Con posterioridad, siendo el derecho evolutivo, la casación se extendió a los vicios in procedendo. Con este alcance, el recurso de casación llegó de Europa a nuestra región. Así por ejemplo a la Argentina con la sanción del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

3. Surge luego ya en el siglo XX la preocupación de que los recursos debían estar orientados por sobre todo a proteger el derecho de las partes y así se crearon innovativamente ventanas jurídicas para abrir el recurso de casación a cuestiones tradicionalmente consideradas como cuestiones de hecho. Por todo ello, resulta correcta la aseveración de la República Argentina a fs. 7 de su presentación al TPR alegando que en este caso la labor del TPR debe ceñirse a la interpretación y aplicación del principio de libre comercio, sus excepciones plasmadas en el Art. 50 del Tratado de Montevideo y su aplicabilidad al caso concreto. Igualmente es correcta la postura argentina a fs. 5 y 6 de incluir en el recurso de revisión precisamente graves cuestiones calificadas como "errores monumentales", no enmarcados en el original concepto de cuestiones de derecho arriba reseñado. Igualmente a fs. 33 de la contestación argentina, tal representación reconoce expresamente que en caso de arbitrariedad, irrazonabilidad en el análisis y valoración de alguna prueba, también sería competencia jurisdiccional del TPR analizarlas (es claro que la postura argentina es de que ello en este caso no sucede). Este TPR agregaría a esta última caracterización el concepto de que tal arbitrariedad o irrazonabilidad debe ser manifiesta. Es con dicho alcance histórico hasta la fecha logrado en relación al contenido de cuestiones de derecho, que deben entenderse las facultades del TPR en cuanto a su alcance jurisdiccional en recursos de revisión. Sostener lo contrario sería todo un anacronismo, más todavía dentro de un esquema de solución de controversias en un proceso de integración que se tilde de institucional y serio en el siglo XXI.¹⁴³

4. Finalmente, sobre el punto se consigna expresamente que tanto en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) como en el Tribunal de la Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA) se rechaza expresamente la consideración de cuestiones netamente jurídicas, cuando por ejemplo en cuestiones prejudiciales las presentaciones pertinentes no vienen precedidas de un informe claro y concreto de los hechos en cuestión. Entes como el TPR, el TJCE y el TJCA obviamente no están estructurados de manera alguna para realizar meras disquisiciones jurídicas, teóricas y en abstracto. Por ello y en forma muy concreta, citamos solo una consideración del TJCA en el contexto de cuestiones prejudiciales que literalmente expresa: "En efecto, la función del Tribunal Comunitario en estos casos, es la de interpretar la norma jurídica desde el punto de vista jurídico, es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la aplicar la norma a los hechos, tarea que es exclusiva del juez nacional dentro de la esfera de

¹⁴³ Una excelente reseña de la mencionada evolución histórica del recurso de casación vinculado a cuestiones de derecho y de hecho se puede leer en el excelente trabajo del Dr. Esteban Righi de fecha 9 de agosto de 2005, presentado a la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en la causa caratulada "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa-causa n° 1681 – S.C. 1757; L.XL".-

su competencia. No obstante el Tribunal de Justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos, cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada”.¹⁴⁴

B. OBJETO DE LA CONTROVERSIA

5. El Protocolo de Olivos en su Art. 14.1 establece expresamente que el objeto de la controversia queda determinado por los escritos de presentación y de respuesta ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc, no pudiendo ser ampliado posteriormente. Por ello está correctamente definido en el ítem 90 del laudo en revisión que el objeto de la controversia en este caso está dado por la Ley argentina N° 25626 de fecha 8 de agosto de 2002. A su vez está incorrectamente definido que el objeto de la controversia también abarca todo otro texto legislativo o administrativo que la Argentina tenga o venga a tener con los mismos efectos de la citada ley. Comprendemos la preocupación uruguaya en cuanto a tal punto, pero la tesis argentina de que ensanchar con semejante alcance la controversia viola y atenta contra los principios de especificidad y no abstracción que debe primar en toda pretensión litigiosa es correcta. Este Tribunal es consciente de que en el seno del TJCA y el TJCE han acaecido varios casos en los cuales, una vez introducida la demanda por incumplimiento ante el Tribunal Comunitario, el Estado Miembro demandado deroga la norma infractora y dicta otra en la cual reedita con alguna modificación secundaria, el texto cuya licitud fuera demandada. Por ello el TJCA ha optado por la tesis del incumplimiento continuado, destacando que el objeto de la persecución comunitaria es la conducta infractora con independencia de las formas y textos normativos en que se recoja. En consecuencia en la Comunidad Andina se ha declarado el incumplimiento de la parte demandada, aunque la conducta infractora aparezca para la fecha de la sentencia, recogida en un texto normativo distinto al señalado en la demanda. Es por ello que en las sentencias definitivas del TJCA no es inusual el leer un párrafo que esencialmente establezca lo siguiente: el Estado Miembro queda obligado a la ejecución de la presente sentencia en un plazo no mayor de noventa días a su notificación y le esta prohibido adoptar o emplear medida alguna que sea contraria a su pronunciamiento o que obstaculice su aplicación. Este TPR incorpora como precepto jurisprudencial tal concepción con el alcance mencionado y con todas sus consecuencias.

C. CUESTIONES DE DERECHO EN REVISIÓN

C.1. EL PRINCIPIO DE LIBRE COMERCIO EN EL MERCOSUR

6. El principio de libre comercio en el Mercosur en realidad no es una cuestión jurídica controvertida. Ambas Partes así como el laudo en revisión en realidad concuerdan de que tal principio está claramente establecido dentro de la normativa mercosureña, la cual tiene como base de partida el Tratado de Asunción. Ello está correctamente establecido entre otros ítems, en el Numeral 56 primera parte del laudo en revisión.

C.2. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL LIBRE COMERCIO

7. Al tratar el punto, el laudo arbitral en revisión estipula de que obviamente el principio del libre comercio tiene excepciones posibles. El laudo arbitral en revisión en el Numeral 53 ya hace alusión a la correcta posición argentina de argumentar su excepción en el Art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (en adelante TM) (nótese que en la versión del laudo que tenemos a la vista se consigna equivocadamente el año de 1950, cuando que en realidad el TM es de 1980). Siempre correctamente el laudo hace alusión en tal Numeral de

¹⁴⁴ Nota informativa sobre el planteamiento de la solicitud de interpretación prejudicial por los órganos judiciales nacionales elaborada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – Sentencia del 3 de septiembre de 1999 en el proceso 30-IP-99, caso “DENIM”.

que el Anexo 1 del Tratado de Asunción, específicamente en cuanto a su Art. 2b, incorpora como excepciones al libre comercio las hipótesis previstas en el referido Art. 50 del TM haciendo alusión expresa de los ítems b y d. Para mejor ilustración se transcribe como nota de pie el texto íntegro de tal Artículo.¹⁴⁵

8. Debido a la conclusión fáctica con respecto a la cuestión de seguridad a que arriba el laudo arbitral en revisión en el Numeral 48, obviamente la viabilidad de tal excepción queda descartada en este caso, restando solo la eventual viabilidad de la excepción prevista en el ítem d, la cual se puede resumir globalmente en un concepto de excepción medio-ambiental (se incluye así el concepto de vida y salud en la misma, al efecto de su mero análisis en este laudo). Así aludiremos a tal excepción a partir de este momento.

C.3. CRITERIOS DE RIGOR PARA EL ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DE LAS EXCEPCIONES AL LIBRE COMERCIO.

9. Este TPR nota a primera vista de que en realidad en un esquema de integración no es que haya dos principios en conflicto o confrontación como equivocadamente en nuestra opinión sostiene el laudo en revisión en su Numeral 55. Existe un solo principio (el libre comercio), al cual se le pueden anteponer ciertas excepciones (como por ejemplo la excepción medio-ambiental aludida). Asimismo, este TPR no concuerda en cuanto a lo sostenido por el laudo en revisión en su última parte del Numeral 55 donde estipula que el Tribunal ponderará la aplicación de los mencionados principios en confrontación (libre comercio y protección de medio-ambiente) definiendo la prevalencia de uno sobre otro, teniendo en cuenta los dictámenes del derecho internacional. Este TPR entiende que la cuestión debatida en autos es la viabilidad o no de la excepción medio-ambiental a tenor de la normativa mercosureña y no a tenor del derecho internacional. Al hacer esta aseveración el TPR es conciente de que no obstante de que los principios y disposiciones del derecho internacional están incluidos en el Protocolo de Olivos como uno de los referentes jurídicos a ser aplicados (Art. 34), su aplicación siempre debe ser solo en forma subsidiaria (o en el mejor de los casos complementaria) y solo cuando fueren aplicables al caso. Nunca de manera directa y primera, como desde luego corresponde en un derecho de integración (que ya lo tiene el Mercosur) y en un derecho comunitario al cual se aspira (que todavía no lo tiene el Mercosur) por la ausencia de la tan anhelada supranacionalidad. En suma, el derecho de integración tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho. El no considerar ello contribuirá siempre de manera negativa al desarrollo de la institucionalidad y normativa mercosureña. Al respecto dice Alejandro Daniel Perotti “recurrir a elementos que se ubican fuera del ordenamiento de la integración lleva el pecado original de desconocer su autonomía en relación al derecho nacional y al derecho internacional”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Art. 50 del TM de 1980 establece que “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 de 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
- a)g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear”.

¹⁴⁶ Perotti, Alejandro Daniel, Tercer Laudo del Mercosur. Una buena excusa para hablar de Salvaguardias y Derecho Regional, RDM, 2000-5, Pag. 234. Otras excelentes referencias se pueden encontrar en “Sexto Laudo del Mercosur – Una alternativa de solución conforme al Derecho Comunitario” de autoría de los alumnos de Derecho Ignacio Bustingorri, Alejandro Barrientos, Santiago María Castro Videla y Eduardo Federico Landera, bajo la coordinación de Alejandro Daniel Perotti.

10. En cuanto a la invocación de la excepción en concreto, en primer término en derecho de integración así como en derecho comunitario, quien invoca una excepción al libre comercio debe probarla. Normativamente, no existe en el Mercosur un cuerpo legal que establezca clara y concretamente los criterios de rigor a ser analizados para la invocación de tales excepciones, las cuales siempre deben ser interpretadas con criterio restrictivo. No compartimos al respecto la denominación de presupuestos habilitantes que les otorga la representación uruguaya. El laudo arbitral en revisión no contiene lamentablemente ninguna aseveración en tal sentido, y mucho menos cumple su rol institucional que consiste claramente en tales circunstancias, ante un vacío normativo, en establecer un criterio jurisprudencial claro y conciso de tales criterios de rigor para luego aplicarlos al caso concreto. Históricamente en realidad tanto en la hoy Unión Europea como en la Comunidad Andina fueron los tribunales comunitarios los que primero desarrollaron tal concepto jurisprudencialmente. He ahí un craso error jurídico del laudo en revisión. La representación argentina en su contestación, a fs. 11, correctamente a nuestro entender, sostiene que un Tribunal del Mercosur no puede aplicar normativa ajena al Mercosur para resolver una controversia en este ámbito y a fs. 12 reconoce expresamente de que en el Mercosur no existe normativa que condicione la utilización de la excepción consagrada en el Art. 50 del TM.

11. Lo único que encontramos en el laudo al respecto es el último párrafo del Numeral 56, donde menciona que las excepciones al principio de libre comercio como las de salud, vida, personas, animales y la preservación del medio-ambiente tienen condiciones jurídicas de oponerse al libre comercio en determinadas condiciones y/o circunstancias. Una aseveración parca e insuficiente y nunca desarrollada en el sentido de establecer cuales son esas condiciones o circunstancias, y si son o no aplicables al caso concreto. Vale decir cuales son aquellos criterios de rigor y que determinan los mismos aplicándolos al caso concreto.

12. Existen algunas alusiones tanto por el Uruguay como la Argentina al respecto, contenidas específicamente en el recurso de revisión. Curiosamente el laudo no desarrolla jurisprudencialmente tales criterios de rigor y sin embargo ambas partes hablan acerca de los mismos en el recurso de revisión.

13. En el Numeral 31 de su presentación (recurso de revisión), el Uruguay cita cuatro presupuestos de rigor entre los cuales resalta en negritas el de proporcionalidad (que las medidas deben estar efectivamente destinadas a proteger los bienes contemplados bajo dicho artículo, que no deben incidir en el comercio, que no deben golpear mas, formalmente o en la práctica, a los productos extranjeros y finalmente que deben ser proporcionales al fin perseguido). Luego en su Numeral 32 hace alusión al laudo arbitral Uruguay – Brasil sobre la materia, aludiendo a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y previsibilidad comercial. La contestación argentina del recurso de revisión menciona como ejemplo a fs. 14, que interpretando jurídicamente la cuestión, serían criterios de rigor los siguientes: que las medidas estén efectivamente destinadas a proteger dichos valores, que en lo posible no incidan en el comercio y que finalmente sean proporcionales con el fin perseguido. En realidad ninguna de ellas, ni las propuestas uruguaya ni argentina, satisfacen totalmente al TPR, como se verá más abajo.

14. En concreto, ante el error jurídico en cuestión del laudo arbitral de no detallar jurisprudencialmente los criterios de rigor (que no precisamente son siempre presupuestos habilitantes) para la invocación de excepciones al principio de libre comercio, y de evaluarlos a la luz de este caso, este Tribunal ante la ausencia normativa en el Mercosur en cuanto a tales criterios de rigor sentando jurisprudencia inicial al respecto establece: a) en primer término corresponde analizar siempre si la medida en cuestión es efectivamente restrictiva al libre comercio. En la eventualidad de una respuesta positiva al caso concreto, ello de manera alguna hace inviable la medida. Es solo un primer paso de análisis. En nuestro caso la respuesta es precisamente positiva, pues efectivamente la prohibición de

importación de neumáticos remoldeados es evidentemente una medida restrictiva al libre comercio. Siendo este un caso piloto corresponde citar brevemente una referencia jurisprudencial del TJCE que calza perfectamente. En efecto, en la causa individualizada como Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Austria¹⁴⁷, en reciente sentencia del 15 de noviembre de 2005, el TJCE ha determinado: “se sostiene que es evidente que al prohibir los vehículos pesados de más de 7.5 toneladas que transportan determinadas clases de mercancías en un tramo de carretera de destacada importancia, que constituye una de las principales vías de comunicación terrestre entre el sur de Alemania y el norte de Italia, el Reglamento controvertido obstaculiza la libre circulación de mercancías, y, en particular, su libre tránsito De ello se deduce que debe considerarse que el Reglamento controvertido constituye una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas, en principio incompatible con las obligaciones del Derecho comunitario derivada de los Arts. 28 y 29 de CE, A MENOS QUE DICHA MEDIDA PUEDA JUSTIFICARSE OBJETIVAMENTE” (las mayúsculas son nuestras).

15. b) En segundo término, habiéndose concluido en relación al caso en estudio ante este Tribunal que la medida analizada es una restricción al libre comercio, corresponde evaluar el segundo criterio de rigor: el carácter discriminatorio o no de la medida. Según se nota en la jurisprudencia europea, cualquier medida analizada puede ser discriminatoria, directa o indirectamente. Hay discriminación indirecta cuando la medida se aplica igual a nacionales y extranjeros, pero sus efectos afectan más a extranjeros que a nacionales. Precisamente en la causa europea precedentemente mencionada el Abogado General L.A. Geelhoed en su dictamen de fecha 14 de julio de 2005, establece textualmente lo siguiente: “Según el planteamiento seguido por el TJ sobre la posibilidad de justificar restricciones al comercio intracomunitario, solo las medidas aplicables indistintamente a las mercancías nacionales y a las importadas de otro Estado Miembro pueden justificarse por razones imperiosas de interés general, incluida la PROTECCIÓN DEL MEDIO-AMBIENTE” (las mayúsculas son nuestras) ... “Según reiterada jurisprudencia, una discriminación solo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes ... La cuestión estriba en si esta diferencia en los efectos sobre los transportistas austriacos y no austriacos que transportan las mercancías afectadas constituyen una discriminación indirecta ...”. En suma, el Abogado General Geelhoed había concluido que la medida analizada no era discriminatoria ni directa ni indirectamente, pero aseveraba que si el TJCE concluía sobre el punto de manera diferente, correspondería entrar a analizar el siguiente criterio de rigor. En nuestro caso, este TPR entiende que la medida es directamente discriminatoria por cuanto que afecta solo a productos extranjeros, no importando que no solo afecte al Uruguay sino a todo el mundo. El discernimiento sobre el punto gira en torno a productos nacionales vis a vis productos extranjeros. Nótese que al decidir este TPR que la medida es discriminatoria, ello tampoco significa desde ya que tal medida no va a tener viabilidad. Es solo un segundo paso del análisis a ser seguido y conlleva a la obligación de entrar a analizar el tercer presupuesto.

16. c) El tercer presupuesto es el de la justificación o no de la medida. Siempre basándonos en la cita del caso europeo mencionado, vemos que el Abogado General Geelhoed consideró “que la prohibición sectorial contenida en la medida controvertida puede estar justificada por razones relativas a la protección del medio-ambiente, a pesar de la desigualdad de efectos para el tráfico extranjero y austriaco que atraviesa la zona de saneamiento” y que por tanto “debe examinarse a continuación si la medida era adecuada, necesaria y proporcionada”. A su vez el TJCE en su referida sentencia estipula: “según jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar el comercio intracomunitario pueden estar justificadas por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio-ambiente, siempre que las medidas de que se trate sean proporcionadas al objetivo perseguido (veanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 2004. Comisión/Alemania. C-463/01. Rec. P. I-11705, apartado 75, así como Radlberger Getrankegesellschaft y S. Spitz. C-309/02. Rec. P. I-11763, apartado 75) ... En

¹⁴⁷ Comisión de las Comunidades Europeas c/ República de Austria – Asunto C-320/03

el caso de autos consta que el Reglamento controvertido fue adoptado con el fin de garantizar la calidad de aire ambiente de la zona afectada y está justificada, por tanto, por motivos relacionados a la protección del medio-ambiente. Procede examinar, con carácter previo, si el citado Reglamento tiene efectivamente tal objeto”. Luego de analizar la forma y las medidas adoptadas en el Reglamento el TJCE sostiene “aún admitiendo que el Reglamento controvertido esté basado en el Art. 8, apartado 3, de la Directiva 96/92, no puede considerarse que constituya una aplicación correcta e íntegra de esta disposición. Sin embargo, la afirmación anterior no se opone a que el obstáculo a la libre circulación de mercancías que resulta de la medida de prohibición de circular establecida por el Reglamento controvertido pueda justificarse por alguna de las exigencias imperativas de interés general reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. En nuestro caso, este TPR, siguiendo la jurisprudencia citada considera de que la medida en cuestión no podría tener una debida justificación, considerando por ejemplo que en los antecedentes parlamentarios además de la protección al medio ambiente se cita literalmente “la protección de la industria nacional proveedora de estos productos”¹⁴⁸, precediendo a la cita del impacto negativo en el medio ambiente y con posterioridad a la cita del argumento de seguridad en la vía pública (este último argumento descartado por el laudo en cuestión). Con esta conclusión la cuestión quedaría cerrada. Asumiendo no obstante este TPR la negada hipótesis de que la medida sería justificada, entonces y solo entonces, correspondería iniciar el análisis del siguiente cuarto criterio de rigor.

17. d) El cuarto y más difícil criterio a salvar es siempre el de la proporcionalidad considerando que toda medida que obste al libre comercio debe ser siempre evaluada con criterio restrictivo. Por ello es doblemente interesante resaltar en primer término la conclusión del Abogado General Geelhoed en el caso de referencia. El mismo concluye que “el modo en que se preparó y pretendió introducir la medida controvertida vulnera el principio de proporcionalidad”. Sobre el punto y en tal caso el TJCE ha establecido que “a efectos de comprobar si tal obstáculo es proporcionado con relación al objetivo legítimo perseguido en el presente caso, a saber, la protección del medio-ambiente, es preciso determinar si es necesario y adecuado para alcanzar el objetivo autorizado ... Procede declarar que el Reglamento controvertido, al vulnerar el principio de proporcionalidad, no puede justificarse válidamente por motivos relacionados con la protección de la calidad del aire. Por consiguiente dicho Reglamento es incompatible con los Arts. 28 y 29 del CE”. Nótese que la justificación y la proporcionalidad son conceptos vinculados. Resulta interesante destacar para comprender claramente el concepto de proporcionalidad que según la Guía para la Interpretación y Aplicación de los Artículos 28 a 30 del Tratado CE¹⁴⁹, según se lee a fs. 10 cuando comenta las enseñanzas del caso Cassis de Dijon: “estos tres requisitos (necesidad, proporcionalidad y medios que sean los menos restrictivos del comercio) deben considerarse expresión del principio general de proporcionalidad”. Consecuentemente, este TPR en relación a la medida analizada estima, acoge la tesis uruguaya, de que la misma es desproporcionada frente a un producto, neumático remoldeado, que no es un desecho ni un neumático usado según la propia conclusión del laudo arbitral. Consta igualmente en autos de que la prohibición tomada no ha reducido objetivamente hablando, el concepto de daño ambiental aplicable al caso. Tampoco es proporcional porque el daño alegado según el criterio de este TPR no es grave ni irreversible (presupuestos éstos que se deben dar para la aplicación del principio precautorio) según lo analiza correctamente la representación uruguaya. Tampoco es proporcional desde el punto de vista de que no se puede impedir el libre comercio, salvo que sea la única medida disponible, eliminando de circulación de un producto extranjero que es igual de seguro a un producto nacional, según el mismo laudo arbitral en revisión; pero que tal vez, y no en todos los casos, es de menor duración. Tampoco es proporcional a nuestro entender porque la

¹⁴⁸ Orden del día Nro. 210 - Cámara de Diputados de la Republica Argentina – Dictamen de fundamentos emitido por las Comisiones de Economía, de Industria y del Mercosur.

¹⁴⁹ Guía par la Interpretación y Aplicación de los Artículos 28 a 30 del Tratado CE – Enero 2001 – DG de Mercado Interior.

medida tomada no previene el daño. Las medidas a ser adoptadas en el caso en cuestión, ante las presentes circunstancias, deberían estar más bien orientadas a la limitación y eliminación de los neumáticos en desecho. El mismo laudo ha concluido de que son tres conceptos diferentes (el neumático nuevo, el neumático usado y el neumático remoldeado). Al respecto a fs. 26 la representación uruguaya cita una interesante conclusión del Órgano de Apelación en el caso Corea – Carnes: “hay otros aspectos de la medida para la lograr la observancia que han de considerarse al evaluar esa medida como necesaria. Uno es el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido. Cuando mayor sea la contribución, mas fácil será considerar que la medida es necesaria”¹⁵⁰. Finalmente quisiéramos resaltar que la tesis argentina de que la única proporcionalidad aceptable en casos como el de autos, es la prohibición de ingreso del producto a territorio nacional no tiene asidero jurídico alguno. Dadas las precedentes consideraciones en casos como el de autos, no es fácil pero no es imposible, realizar una estimación o medición de la proporcionalidad. El deber constitucional resaltado por la representación argentina obviamente obliga a los tomadores de decisión a disponer responsablemente las medidas del caso, pero de ahí a pretender concluir que existe un deber constitucional de directamente prohibir la importación hay demasiada e insalvable distancia.

18. Finalmente deseamos también puntualizar que la citada Guía para la Interpretación y Aplicación de los Arts. 28 a 30 del Tratado CE trae también a fs. 19 el siguiente comentario establecido en el caso De Peijper¹⁵¹ respecto a la cuestión de la protección de la salud y vida de las personas, animales y preservación de los vegetales. En efecto, reza tal guía: “El Tribunal de Justicia ha sentenciado que entre los bienes o intereses protegidos por el Art. 36 (actualmente Art. 30) son prioritarios la salud y la vida de las personas, y compete a los Estados Miembros dentro de los límites impuestos por el Tratado, decidir el grado de severidad de los controles que han de realizarse”. En esta misma sentencia el Tribunal afirma que: “las normas o prácticas nacionales no entran en el ámbito de aplicación de la excepción que se especifica en el Art. 36 (actualmente Art. 30) si la salud y la vida de las personas pueden protegerse de forma igualmente efectiva CON MEDIDAS QUE NO RESTRINJAN EL COMERCIO INTRACOMUNITARIO” (las mayúsculas son nuestras).

C.4. INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA – INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA

19. El laudo arbitral en revisión en el Numeral 70, invierte la carga de la prueba invocando el argumento de incertidumbre científica, el cual según el laudo puede justificar por si solo la adopción de medidas de resguardo al medio-ambiente. La incertidumbre científica está efectivamente vinculada al principio de cautela. La Guía para la Interpretación y Aplicación de los Arts. 28 al 30 de las Comunidades Europeas, estipula claramente a fs. 19 lo siguiente: “El principio de cautela fue mencionado por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto “National Farmers Union” (si bien está implícitamente presente en la anterior jurisprudencia sobre el Art. 28). El principio define las circunstancias en las cuales un legislador, ya sea nacional, comunitario o internacional puede adoptar medidas para proteger a los consumidores contra los riesgos para la salud, que habida cuenta de la incertidumbre reinante en la investigación científica, cabe asociar a un determinado producto o servicio”.

20. Al respecto este Tribunal establece lo siguiente: a) la inversión de la carga de la prueba en derecho de integración no existe, en alegaciones vinculadas a excepciones de libre comercio. El excepcionante siempre debe asumir la carga de la prueba b) la inversión de la carga de la prueba solo puede darse jurídicamente cuando el texto expreso de la ley así lo autoriza, como por ejemplo en el área específica del derecho de patentes o del derecho laboral. c) el traer a colación el concepto de incertidumbre científica es una manifiesta

¹⁵⁰ Caso “Corea – Carnes” (WT/DS161/AB/R, WT/DS168/AB/R, párrafo 163).

¹⁵¹ La referida Guía nos remite al Caso 104/75, De Peijper (1976) RTJ 613.

invocación arbitraria (los riesgos para la salud y los daños para el medio-ambiente, están perfectamente reconocidos por ambas partes respecto a los neumáticos cuando terminaren su vida útil y fueren desechados, el mismo laudo en su Numeral 48 así lo reconoce), respecto a la cual no encontramos ninguna justificación para su invocación en este caso y mucho menos para fundamentar una supuesta inversión de la carga de la prueba. d) aún en la hipótesis negada por este Tribunal de que existiere incertidumbre científica en el caso de autos, ello no equivale a poder justificar, por sí sola, la aplicación de una medida específica como es la prohibición de importación. Lo que en tal caso, tal incertidumbre científica permite es tomar alguna medida, pero no precisamente cualquiera. Precisamente la aplicabilidad de tal medida en tales casos estará siempre sujeta al examen a tenor de los referidos criterios de rigor. En suma este TPR entiende que la inversión de la carga de la prueba ha sido manifiestamente arbitraria desde todo punto de vista.

C.5. ESTOPPEL – SU APLICABILIDAD AL DERECHO DE INTEGRACIÓN

21. El estoppel es un concepto de origen anglosajón que impide y reprueba un cambio de conducta caprichoso y arbitrario, y no precisamente de buena fe. Hoy día tiene bastante aplicación en el derecho internacional, no obstante es un concepto no originario y ajeno al derecho de integración, y por lo tanto solo debe ser aplicable a solución de controversias en procesos de integración como último recurso. En suma, el estoppel al decir de Francisco Jiménez García citado en el Numeral 83 del laudo en revisión, “supone la reprobación de la contradicción. No de cualquier contradicción, sino de aquella que pone en entredicho la coherencia y la consistencia de los Estados en la realización de sus comportamientos y conductas en el marco de una determinada situación o relación jurídica internacional”¹⁵².

22. El estoppel tiene efectivamente como mínimo los tres elementos esenciales enunciados por el laudo en revisión en el Numeral 85. Coincidimos con el laudo en revisión al alegar que el estoppel tampoco tiene carácter absoluto, pero disentimos tajantemente en cuanto a la conclusión que hace el laudo al agregarle un cuarto peculiar e innovador requisito para su procedencia consistente en la existencia “de un flujo mercantil permanente”, que en el caso en cuestión se refleje por ejemplo en cantidades substanciales de las exportaciones pertinentes. Dicha aseveración no se compadece para nada dentro de un esquema de integración, más todavía en nuestro caso con países con mercados y economías diametralmente diferentes en tamaño y desarrollo.

23. Hacemos nuestra la siguiente aseveración: “En efecto, ya sea que se considere al estoppel como principio de derecho internacional, ya como principio general del derecho, al no pertenecer éste al derecho originario, ni al derecho derivado, como tampoco ser un principio específico del derecho Mercosur, su aplicación solo es supletoria y en su caso debe adecuarse a la especificidad del objeto y fin del ordenamiento jurídico comunitario y ser útil para resolver el caso en cuestión”¹¹. Consecuentemente este TPR concluye con la innecesariedad de la aplicación de este instituto para el caso de autos.

D. PRONUNCIAMIENTO SOBRE TRASLADO A TERCEROS PAÍSES NO PARTES EN LA CONTROVERSIA

24. Finalmente este TPR considera importante volver a reiterar lo contenido en el auto interlocutorio de fecha 19 de diciembre de 2005 en el sentido de documentar en este

¹⁵² Francisco Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional: A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Editorial Diles, Madrid, 2002, p.236

¹¹ Publicación citada en segundo termino en la nota nro 4 – pag 32

laudo que el TPR, al menos en procesos vinculados a incumplimientos e incompatibilidad de normativas, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, tiene la atribución y responsabilidad institucionalidad de correr traslado de oficio sin otorgar calidad de parte, a los demás países no partes en la controversia que sean socios plenos del Mercosur, independientemente del consenso de las partes. Esta atribución es rutinaria en foros de solución de controversias en procesos de integración mejor estructurados y con mayor institucionalidad que el nuestro. Además es necesario entender que el resguardo de la confidencialidad en solución de controversias en un esquema de integración tiene alcances y aristas absolutamente diferentes a la confidencialidad propia de un arbitraje de derecho privado. En estas condiciones la confidencialidad del caso no se viola de manera alguna en razón que el traslado se otorga sin dar calidad de partes a los demás países miembros plenos del Mercosur, los cuales tienen a su vez la misma carga de responsabilidad en cuanto a tal confidencialidad, en su carácter de terceros opcionalmente opinantes en la controversia. La República Federativa del Brasil en su presentación pertinente se muestra favorable a la posición argentina, y a su vez la República del Paraguay endosa la posición uruguaya.

IV. CONCLUSIÓN

25. En concreto a tenor de las precedentes consideraciones, este TPR concluye que el laudo arbitral en revisión posee evidentes y graves errores jurídicos, según se deja manifestado, los cuales tornan imperiosamente revocable el laudo en cuestión, inclusive solo adoptando aquellas escuetas y primeras acepciones jurídicas reseñadas como evolución de lo que históricamente se entendió como cuestiones de derecho, hoy ya perimidas.

V. DECISIÓN

26. Por todo lo expuesto, y de conformidad a las normas y principios jurídicos aplicables al caso, este Tribunal Permanente de Revisión en la presente controversia sobre "Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay", DECIDE:

1. Por mayoría, revocar con el alcance indicado el laudo arbitral en revisión en esta instancia, de fecha 25 de octubre de 2005.
2. Por mayoría, determinar que la Ley argentina 25.626 promulgada en fecha 8 de agosto del 2002 y publicada en el Boletín Oficial en fecha 9 de agosto de 2002 es incompatible con la normativa Mercosur, en base a una correcta interpretación y aplicación jurídica de las excepciones previstas en el Art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980, las cuales están entroncadas en el Anexo 1 del Tratado de Asunción, específicamente en su Art. 2b, y en consecuencia la República Argentina deberá derogarla o modificarla con el alcance precedentemente expuesto, por la vía institucional apropiada, dentro del plazo de ciento veinte días corridos.
3. Por mayoría, determinar que a la República Argentina le está vedado a partir de la notificación del presente laudo, adoptar o emplear medida alguna que sea contraria a este pronunciamiento, o que obstaculice su aplicación.

4. Por mayoría, determinar que la presente decisión tendrá vigencia hasta que el Mercosur, por la vía institucional apropiada, apruebe una normativa consensuada sobre la cuestión debatida en estos autos relativa al tema de la importación de neumáticos remoldeados.
5. Por unanimidad, disponer, conforme lo establece la normativa aplicable al caso, que los honorarios y gastos del presente proceso arbitral en cuanto a los tres Árbitros actuantes del TPR, serán abonados en partes iguales por los dos Estados Partes en esta controversia (Art. 36.2 del Protocolo de Olivos).
6. Por unanimidad, determinar que los efectos de este laudo para las partes tienen efecto inmediato, de conformidad con lo que determinan los Arts. 26 y 27 del Protocolo de Olivos, a excepción del plazo otorgado en el Numeral 2 de este cuerpo decisorio.
7. Por unanimidad, disponer la notificación a las partes del presente laudo arbitral por fax vía Secretaría, enviándose vía correo privado por separado copia íntegra del mismo a las partes. El plazo para el pertinente recurso de aclaratoria correrá a partir de la fecha de entrega del correo privado pertinente.
8. Por unanimidad, disponer que el presente laudo sea notificado al mero efecto informativo, a la República Federativa del Brasil y a la República del Paraguay, así como a la Secretaría del Mercosur.
9. Por unanimidad, disponer la traducción inmediata al portugués del presente laudo, con la constancia de que la versión en español será siempre la única oficial y prevalecerá sobre la versión del mismo traducida al portugués. En razón del carácter no oficial de la misma, la referida versión en portugués no será autenticada por los Árbitros actuantes del TPR.
10. Regístrese, notifíquese en forma inmediata y publíquese.

Wilfrido Fernández
Presidente.

Nicolás Becerra
Árbitro

Ricardo Olivera
Árbitro

LAUDO COMPLEMENTARIO

(TPR)

LAUDO N° 1/2006

LAUDO COMPLEMENTARIO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN QUE RESUELVE EL RECURSO DE ACLARATORIA INTERPUESTO POR LA REPÚBLICA ARGENTINA EN RELACIÓN AL LAUDO ARBITRAL DICTADO POR ESTE ENTE EL 20 DE DICIEMBRE DE 2005 EN LA CONTROVERSIA "PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY"

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay a los trece días del mes de enero de 2006,

I. VISTO:

El recuso de aclaratoria presentado por la República Argentina en relación al laudo arbitral dictado por este TPR en fecha 20 de diciembre de 2005 en la controversia "PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY", y

2. CONSIDERANDO:

- I. Que el recurso de aclaratoria, al menos en cuanto su alcance, nunca ha sido objeto de mayor discusión. Lino Palacio lo define así: "El recurso de aclaratoria es el remedio que se concede a las partes para obtener que el mismo juez o tribunal que dictó una resolución subsane las deficiencias materiales o conceptuales que contenga, o la integre de conformidad con las peticiones oportunamente formuladas."¹⁵³
- II. Que la representación argentina solicita la aclaratoria pertinente en relación a treinta y un ítems bien diferenciados en su presentación. Que el recurso de aclaratoria como se sabe debe tener por objeto: a) la corrección de un error material, b) la aclaración de cualquier expresión oscura, sin desde luego alterar lo sustancial de la decisión objeto del recurso, c) suplir alguna omisión en la que el TPR hubiere incurrido en relación a cualquier pretensión deducida y discutida en el litigio. Que en consecuencia corresponde analizar ítem por ítem a tenor de la precedente consideración, el contenido completo del recurso de aclaratoria deducido.
- III. Con relación al numeral 1 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, lo que el TPR ha historiado claramente es la evolución del concepto de cuestiones de derecho vis a vis cuestiones de hecho, un devenir evolutivo que está históricamente entroncado en la división entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho vinculadas a la creación francesa del recurso de casación y la distinción dentro del mismo entre tales conceptos. El TPR ha cumplido su rol institucional en tal sentido y ha sentado de manera clara y concisa la interpretación que debe darse al Artículo 17 del Protocolo de Olivos sin modificarlo de manera alguna. No encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem 11 de este

¹⁵³ Palacio, Lino Enrique - Manual Procesal Civil - Editorial Abeledo Perrot - Buenos Aires. 1996. p. 579
SECRETARÍA DEL MERCOSUR

latido complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso, de aclaratoria interpuesto.

- IV.** En cuanto al numeral 2 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR nota que en el punto IIIA.3 del laudo objeto de este recurso, precisamente el TPR concordó sustancialmente con la posición argentina al respecto de lo que debería ser el alcance jurídico del recurso de revisión interpuesto por la República Oriental del Uruguay, respetando siempre la normativa aplicable (Art. 17 del Protocolo de Olivos). No encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto u mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- V.** En cuanto al numeral 3 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, de manera alguna el TPR ha afirmado en el laudo arbitral objeto de este recurso (ver punto III. A.3) de que la República Argentina manifestara que efectivamente el Tribunal Ad Hoc había incurrido en errores monumentales. Basta con transcribir lo mencionado por este TPR en el renglón 14 de tal párrafo III A.3 donde textualmente el TPR menciona: "es claro que la postura argentina es de que ello en este caso NO sucede" (la mayúscula es nuestra). Dejando expresa constancia de ello, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- VI.** En cuanto al numeral 4 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR en primer término se limita a transcribir textualmente lo establecido en el punto IIIA.3 del laudo arbitral objeto de este recurso: "Es con dicho alcance histórico hasta la fecha logrado en relación al contenido de cuestiones de derecho, que deben entenderse las facultades del TPR en cuanto a su alcance jurisdiccional en recursos de revisión. Sostener lo contrario sería todo un anacronismo, más todavía dentro de un esquema de solución de controversias en un proceso de integración que se tilde de institucional y serio en el siglo XXI". En consecuencia en el laudo arbitral objeto de este recurso claramente se ha estipulado que sería un anacronismo, no mantener la distinción entre cuestiones de derecho y de hecho, sino el hecho de darle al alcance del concepto de cuestiones de derecho aquel primer alcance histórico en relación al cual nada importaban los derechos de las partes (ver asimismo ítem III A. 1 del laudo arbitral objeto de este recurso). En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- VII.** En cuanto al numeral 5 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR ha adoptado claramente el más moderno alcance del concepto de cuestiones de derecho, y en consecuencia responsablemente ha hecho en los ítems III. A.1, 2, 3 y 4 una pormenorizada reseña de la evolución histórica de tal concepto vis a vis el de cuestiones de hecho, a la cual nos remitimos in totum. El

Protocolo de Olivos no aclara ni delimita coma desde luego es comprensible, el alcance de ninguno de estos dos conceptos. Interpretar, aclarar y delimitar tales conceptos deviene entonces una responsabilidad institucional y jurisprudencial de este TPR. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

- VIII.** En cuanto al numeral 6 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia que la referencia en cuanto al punto en cuestión en el derecho comparado, se refería a interpretaciones prejudiciales (en nuestro caso no se trataba de tal situación). Tal cita se hizo al mero efecto de documentar responsablemente que hasta en el caso de interpretaciones prejudiciales, hecha la salvedad, era imposible realizar una mera disquisición jurídica, teórica y en abstracto. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- IX.** En cuanto al numeral 7.A de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria este TPR deja constancia de que a lo largo del laudo arbitral objeto del recurso de aclaratoria de manera alguna se señala directa ni indirectamente que la documentación y antecedentes aportados por cualquiera de las partes fue insuficiente. Lo que se cuestionó esencialmente es el razonamiento jurídico, y en su caso, la falta del mismo de manera apropiada al caso, en el que había incurrido el Tribunal Arbitral Ad Hoc (en adelante TAH). A su vez lo expresado por la representación argentina en el punto B del numeral 7 de su presentación coincide totalmente con lo aseverado en el laudo arbitral en el punto III. A. 3 cuando textualmente se expresó: "Este TPR agregaría a esta última caracterización el concepto de que tal arbitrariedad o irrazonabilidad debe ser manifiesta". En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- X.** En cuanto al numeral 8 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que obviamente el objeto de la controversia no estaba en disputa en relación a las alegaciones de las partes. Ello también ya había sido puesto de resalto en la audiencia oral llevada a cabo el 19 de diciembre de 2005. Lo contrario nunca fue sostenido en ninguna parte del laudo objeto de revisión. El TPR se limitó a señalar de todas maneras en ejercicio de su potestad jurisdiccional revisora el incorrecto alcance jurídico vinculado al objeto de la controversia establecido puntualmente en la segunda parte del ítem 90 del laudo del TAH aseverando que la pertinente cuestión se resolvía adoptando jurisprudencialmente la tesis del incumplimiento continuado de amplia divulgación en el derecho comparado. La adopción por parte del TPR de esta reconocida doctrina de manera alguna está en contradicción con la tesis argentina referida a la especificidad y no abstracción aplicada ésta a un litigio de la naturaleza como la del caso de autos. Todo lo contrario, están en perfecta coherencia. Ello está mencionado expresamente en el

laudo objeto de este recurso. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

- XI.** En cuanto al numeral 9 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia que lo único que se aseveró textualmente en el laudo arbitral era de que en el caso de autos se enfrentaba el principio del libre comercio vis a vis una invocación de una excepción medio-ambiental. De manera alguna el TPR ignoró las distintas modalidades de la integración ni mucho menos pretendió directa ni indirectamente limitar el objetivo del Mercosur a un mero intercambio comercial o un acceso preferencial de mercaderías entre los estados parte. No existe en parte alguna del laudo tal tipo de aseveración. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso, de aclaratoria interpuesto.
- XII.** En cuanto al numeral 10 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que de manera alguna se pretendió, soslayar a cuerpo normativo alguno vigente en el Mercosur, y mucho menos al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, el cual lamentablemente por ser obviamente un acuerdo marco no tiene en ninguno de sus 11 artículos ninguna norma sobre los criterios de rigor a ser utilizadas por un Tribunal para evaluar si una medida en cuestión deviene o no procedente para restringir el libre comercio dentro de un esquema de integración. Lo que el TPR puso de resalto es que precisamente había un vacío normativo que era de responsabilidad del TPR suplir. (ver todo el ítem C.III, páginas 5, 6, 7, 8 y 9 del laudo arbitral objeto de este recurso). En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- XIII.** En cuanto al numeral 11 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que el preámbulo del Tratado de Asunción, ni cualquier parte del Tratado de Asunción nada aportan en relación al vacío normativo reseñado por el TPR. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- XIV.** En cuanto al numeral 12 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia una vez más de que en ninguna parte del laudo arbitral objeto de este recurso de aclaratoria y mucho menos en el ítem C.3.9 mencionado por la representación argentina se soslaya el Tratado de Asunción incluyendo su preámbulo, el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur y ningún otro cuerpo normativo que constituye actualmente derecho positivo vigente en el Mercosur. El TPR se limitó a resaltar como ya se menciona anteriormente en este laudo complementario, en primer término el vacío normativo en cuestión y además en segundo término sentó un criterio sobre el rol del derecho internacional (rol subsidiario o en el mejor de

los casos complementario) según se lee textualmente en el referido punto C.3.9. Una cosa es que el laudo en revisión haya tratado a su manera el tema medio ambiental y otra cosa muy distinta fue el enfoque del TPR con relación en primer término al referido vacío normativo mercosureño y en segundo término al rol del derecho internacional en esquemas de solución de controversias en derecho de integración, punto en relación al cual se reitera que el TPR meramente le dio un rol subsidiario o en todo caso complementario y de ninguna manera exclusivo. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XV. En cuanto al numeral 13 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que no habiendo el Tribunal inferior estipulado y aplicado al caso en cuestión los referidos cuatro criterios de rigor (si la medida analizada era restrictiva o no del libre comercio, si la misma era o no discriminatoria, si la misma era o no justificada y si la misma era o no proporcional), esencialmente este TPR revocó el laudo arbitral en base a tal omisión por parte del inferior según se lee claramente en la detallada fundamentación contenida en el laudo arbitral del TPR. Este error jurídico a criterio del TPR, fue textualmente mencionado en la expresa fundamentación inserta en el laudo arbitral, objeto de este recurso de aclaratoria. Los numerales del laudo del TAH citados por la representación argentina (58, 59, 60, 61, 64, 66, 70 y 99), sencillamente no abordan tal tema (como no lo aborda ningún otro numeral) y menos su aplicabilidad a la ley argentina en estudio. En consecuencia mal pudo haberlos citado el TPR como fundamentación de su laudo. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem I de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XVI. En cuanto al numeral 14 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que a pesar que el recurso de aclaratoria no tiene esta finalidad, se ratifica en lo afirmado textualmente en todas sus partes en el laudo arbitral expedido por este ente en fecha 20 de diciembre de 2005. Una vez más, también se deja expresa constancia del vacío normativo mercosureño existente hasta la fecha en cuanto a los criterios de rigor a ser usados para evaluar una medida como la estudiada en autos, impuesta -en este caso por una ley nacional argentina. Inclusive y a mayor abundamiento el laudo arbitral entre otros ítems, en el C.3.12 textualmente ha concluido: "Existen algunas alusiones tanto por el Uruguay como por la Argentina al respecto, contenidas específicamente en el recurso de revisión. Curiosamente el laudo no desarrolla jurisprudencialmente tales criterios de rigor y sin embargo ambas partes hablan acerca de los mismos en el recurso de revisión". Asimismo este TPR ha concluido expresamente en el ítem C.3.13: "en realidad ninguna de ellas, ni las propuestas uruguayana ni la argentina satisfacen totalmente al TPR como se verá más abajo." A su vez resulta obvio que a este TPR no le puede ser vinculante ningún antecedente jurisprudencial sentado por ningún Tribunal del Mercosur, mucho menos uno sentado por un Tribunal Arbitral Ad Hoc. De todas maneras no existe antecedente conocido por este TPR de ningún fallo jurisprudencial del Mercosur que haya ni

siquiera abordado los cuatro criterios de rigor claramente abordados por el TPR en su laudo arbitral, al evaluar la procedencia o no de una medida cuestionada por ser supuestamente atentatoria al principio de libre comercio. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem 11 de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XVII. En cuanto al numeral 15 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que la inversión de la carga de la prueba es una cuestión jurídica que solo puede ser hecha por un juzgador cuando está autorizado por ley. Asimismo se deja constancia de que este TPR notó y documentó en su laudo arbitral no solo su absoluta disconformidad con la inversión de la carga de la prueba, sino que notó que ninguna de las partes intervinientes, mucho menos la parte argentina había defendido tal inversión. La representación argentina utilizó la estrategia, comprensible por cierto, de alegar de que se había probado correctamente la procedencia de la medida en estudio. El TPR nunca sostuvo en su laudo arbitral que la República Argentina no había aportado prueba alguna. Lo que sostuvo es que pese a ello la ley objeto de la controversia no salvaba el test al ser evaluada conforme a los cuatro criterios de rigor mencionados y detallados en el laudo arbitral objeto de este recurso de aclaratoria (ver el punto C.3, páginas 5, 6, 7, 8 y 9 del laudo arbitral en relación al cual se ha interpuesto el pertinente recurso de aclaratoria). En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XVIII. En cuanto al numeral 16 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR nuevamente reitera de que no existe ninguna normativa mercosureña actual sobre los llamados criterios de rigor desarrollados jurisprudencialmente en el laudo arbitral del 20 de diciembre de 2005. Asimismo, reitera, a riesgo de ser redundante, de que ningún Tribunal del Mercosur ha enfocado el tema como este TPR estima que es necesario hacerlo. Igualmente, se deja expresa constancia conforme ya se mencionara, expresamente en el numeral XVI de este laudo complementario de que ninguna de las posiciones (ni la uruguayana ni la argentina) le ha satisfecho al TPR. Finalmente, el uso cuidadoso y reflexivo de jurisprudencia del derecho comparado no puede constituir de manera alguna algo inaceptable. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XIX. En cuanto al numeral 17 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que en realidad, ni siquiera haría falta ninguna jurisprudencia para sostener en cuanto al primer criterio de rigor que la medida analizada era restrictiva del libre comercio. Resulta obvio que una prohibición de importación es una restricción al libre comercio. Es un concepto auto-explicativo, al menos en este caso. El TPR no obstante, para mejor ilustración, citó una reciente jurisprudencia europea. En consecuencia, no encontrando el

TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XX. En cuanto al numeral 18 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que la expresión "caso piloto" resulta obvia y auto-explicativa a la luz de todo lo expuesto en el laudo arbitral y dada la cuestión debatida, sin dejar de lado de que el laudo arbitral objeto del recurso de aclaratoria constituía el primer laudo arbitral de este TPR a partir de la fecha de su instalación. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXI. En cuanto al numeral 19 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que el concepto de discriminación no se altera en el caso de una excepción medio-ambiental. Se transcribe a continuación textualmente lo aseverado por este TPR en el punto C.3.15 al respecto, que lejos de ser una cita literal de la jurisprudencia europea como menciona la representación argentina, es un concepto establecido clara y concisamente por el laudo del TPR: "en nuestro caso, este TPR entiende que la medida es directamente discriminatoria por cuanto que afecta solo a productos extranjeros, no importando que no solo afecte al Uruguay sino a todo el mundo. El discernimiento sobre el punto gira en torno a productos nacionales vis a vis productos extranjeros". En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXII. En cuanto al numeral 20 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR reitera que la exposición de motivos de la Ley argentina en estudio aludía textualmente a la protección de la industria nacional además de otros dos factores (seguridad en la vía pública y protección del medio ambiente). Siendo ello así, obviamente la justificación de la medida dentro de un esquema de integración quedaba descartada in-limine y de plano, tan sólo a la luz de una, consideración cien por ciento jurídica como es la lectura literal del texto de una exposición de motivos. Todo otro análisis o consideración ya resulta innecesario e improcedente. Al respecto, sólo nos resta una vez más, transcribir textualmente lo aseverado en el ítem C.3.16 del laudo arbitral objeto de este recurso de aclaratoria: "En nuestro caso, este TPR, siguiendo la jurisprudencia citada considera de que la medida en cuestión no podría tener una debida justificación, considerando por ejemplo que en los antecedentes parlamentarios además de la protección al medio ambiente se cita literalmente "la protección de la industria nacional proveedora de estas productos", precediendo a la cita del impacto negativo en el medio ambiente y con posterioridad a la cita de] argumento de seguridad en la vía pública (este último argumento descartado por el laudo en cuestión)". En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXIII. En cuanto al numeral 21 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que conforme se mencionara en el laudo arbitral objeto del presente recurso de aclaratoria y en varios numerales previos dentro de este laudo complementario, el TAH no detalló (mucho menos los aplicó al caso concreto) los cuatro criterios de rigor en cuestión. Siendo ello así, mal puede sostenerse de que los tres puntos a, b y c en los cuales está dividido el numeral 21 de la presentación argentina, se puedan considerar meras cuestiones fácticas que escapen a la competencia de este TPR y que supuestamente ya fueran resueltas por el Tribunal inferior, cuando que ni siquiera fueron abordadas por éste. Además, en primer término al detallar el TPR los cuatro criterios de rigor no abordados ni aplicados por el TAH obviamente tuvo que analizarlos a la luz del caso concreto y en consecuencia, referirse así a los hechos. En segundo término resulta muy claro según el texto del laudo arbitral objeto de este recurso que este TPR definió que se comprendía como cuestiones de derecho el análisis de cuestiones fácticas en el caso de manifiesta arbitrariedad e irrazonabilidad. Por lo demás, por ejemplo en cuanto al punto 21.c, ni siquiera hizo falta ninguna consideración fáctica por parte del TPR ya que ello está expresamente incluido en el numeral 96 del laudo del TAH. En cuanto a los numerales 21.a y 21.b obviamente la explicación está en el texto mismo del laudo del TPR, sustentada a su vez en las constancias de autos citadas ya inclusive por la representación uruguaya. Es más, el numeral 95 del laudo del TAH citado por la representación argentina solo concluye algo que no fue puesto en tela de juicio en este proceso (de que los neumáticos al término de su vida útil se transforman en un problema ambiental) A su vez, el numeral 102 del laudo del TAH citado igualmente por la representación argentina solo concluye con el argumento del aumento del pasivo ambiental vinculado a la importación de neumáticos remoldeados. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXIV. En cuanto al numeral 22 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR no encuentra contradicción alguna entre los extremos mencionados por la representación argentina. Una cosa es que se reconozca que, existan riesgos y otra muy diferente es que ese riesgo y el daño consecuente sea grave e irreversible. Alguien puede llegar a estar enfermo, pero ello no significa necesariamente que tal enfermedad sea grave e irreversible. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde y desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXV. En cuanto al numeral 23 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que el objeto de la controversia, según la misma parte argentina lo reconoce, no estaba en debate. En consecuencia, la única tarea que recaía sobre el TPR era el examen de la referida Ley argentina a tener de los cuatro criterios de rigor detalladamente citados y explicados a lo largo de todo el punto C.3 del laudo arbitral objeto del recurso de aclaratoria. Además, las interrogantes formuladas vía el recurso de aclaratoria en este numeral por la representación argentina son improcedentes, en primer término

porque no hacen al objeto de un recurso de aclaratoria, y en segundo término porque este TPR no puede actuar como órgano de consulta cuando actúa en la modalidad de recurso de revisión, y mucho menos con posterioridad a haber emitido el laudo arbitral en cuestión. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXVI. En cuanto al numeral 24 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que la respuesta a este numeral se encuentra in totum en el punto C.3.17 del laudo arbitral objeto del recurso de aclaratoria. Es más, para facilitar la ilustración sobre este punto se transcribe textualmente lo aseverado en parte en el referido punto C.3.17: "Tampoco es proporcional desde el punto de vista de que no se puede impedir el libre comercio, salvo que sea la única medida disponible, eliminando de circulación de un producto extranjero que es igual de seguro a un producto nacional, según el mismo laudo arbitral en revisión; pero que tal vez, y no en todos los casos, es de menor duración. Tampoco es proporcional a nuestro entender porque la medida tomada no previene el daño. Las medidas a ser adoptadas en el caso en cuestión, ante las presentes circunstancias, deberían estar más bien orientadas a la limitación y eliminación de los neumáticos en desecho. El mismo laudo ha concluido de que son tres conceptos diferentes (el neumático nuevo, el neumático usado y el neumático remoldeado). Al respecto a fs. 26 la representación uruguaya cita una interesante conclusión del órgano de Apelación en el caso Cerca - Carnes: "hay otros aspectos de la medida para la lograr la observancia que han de considerarse al evaluar esa medida como necesaria. Uno es el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido. Cuando mayor sea la contribución, más fácil será considerar que la medida es necesaria". Finalmente quisiéramos resaltar que la tesis argentina de que la única proporcionalidad aceptable en casos como el de autos, es la prohibición de ingreso del producto a territorio nacional no tiene asidero jurídico alguno. Dadas las precedentes consideraciones en casos como el de autos, no es fácil pero no es imposible, realizar una estimación o medición de la proporcionalidad. El deber constitucional resaltado por la representación argentina obviamente obliga a los tomadores de decisión a disponer responsablemente las medidas del caso, pero de ahí a pretender concluir que existe un deber constitucional de directamente prohibir la importación hay demasiada e insalvable distancia". En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXVII. En cuanto al numeral 25 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de lo ya mencionado en el numeral XXV de este laudo en el sentido de su imposibilidad de actuar como órgano de consulta en esta instancia, mucho menos vía un recurso de aclaratoria. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem

II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXVIII. En cuanto al numeral 26 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia que conforme ya se mencionara en el laudo arbitral objeto del recurso de aclaratoria, el principio precautorio y la incertidumbre científica se hallan expresamente mencionados en el laudo del Tribunal Ad Hoc en el numeral 70 y consignado en el numeral C.4.20 del laudo arbitral dictado por este TPR resolviendo el recurso de revisión planteado. Seguidamente se deja constancia de lo señalado respecto al concepto de manifiesta invocación arbitraria en el numeral III.A.3 del laudo arbitral de fecha 20 de diciembre de 2005, transcribiéndose textualmente lo siguiente: "Al respecto este Tribunal establece lo siguiente: a) la inversión de la carga de la prueba en derecho de integración no existe, en alegaciones vinculadas a excepciones de libre comercio. El excepcionante siempre debe asumir la carga de la prueba b) la inversión de la carga de la prueba solo puede darse jurídicamente cuando el texto expreso de la ley así lo autoriza, como por ejemplo en el área específica del derecho de patentes o del derecho laboral. c) el traer a colación el concepto de incertidumbre científica es una manifiesta invocación arbitraria (los riesgos para la salud y los daños para el medio-ambiente, están perfectamente reconocidos por ambas partes respecto a los neumáticos cuando terminaren su vida útil y fueron desechados, el mismo laudo en su Numeral 48 así lo reconoce), respecto a la cual no encontramos ninguna justificación para su invocación en este caso y mucho menos para fundamentar una supuesta inversión de la carga de la prueba. d) aún en la hipótesis negada por este Tribunal de que existiere incertidumbre científica en el caso de autos, ello no equivale a poder justificar, por sí sola, la aplicación de una medida específica como es la prohibición de importación. Lo que en tal caso, tal incertidumbre científica permite es tomar alguna medida, pero no precisamente cualquiera. Precisamente la aplicabilidad de tal medida en tales casos estará siempre sujeta al examen a tenor de los referidos criterios de rigor. En suma este TPR entiende que la inversión de la carga de la prueba ha sido manifiestamente arbitraria desde todo punto de vista". El laudo arbitral del TAH tiene además una doble incongruencia: por un lado invierte la carga de la prueba y por otro lado analiza las pruebas en base a principios que no corresponden al caso. Nos permitimos transcribir textualmente la inversión de la carga de la prueba que la representación argentina pone en duda, aunque improcedentemente vía aclaratoria: "O princípio da precaução é corolário da constatação da incerteza científica face á necessidade inquestionável do implemento de políticas ambientais. A precaução determina que o objetivo de proteção ao meio ambiente não pode ser prejudicado pela falta de certeza científica. A fragilidade a vulnerabilidade da natureza são realidades incontentes e os limites humanos da ciencia não podem servir de justificativa para adiar a proteção do meio ambiente. Não sendo a incerteza científica um óbice para a tomada de medidas de prccaução e defesa, PROCEDEU-SE A UMA INVERSAO DO ONUS DA PROVA, DE SORTE A INCUMBIR À PARTE QUE PRETENDA IMPLANTAR UMA ATIVIDADE CONSIDERADA NOCIVA OU POTENCIALMENTE PERIGOSA AO MEIO AMBIENTE PROVAR QUE A MESMA É SEGURA E NAO CONSTITUI PERIGO ECOLÓGICO. NESSA LINHA DE CONDUTA, AS CERTIDOES DE INCERTEZA CIENTÍFICA, POR SI SO, PODEM JUSTIFICAR A

ADOÇÃO DE MEDIDAS DE RESGUARDO AO AMBIENTE. Por fim, a prevenção vem consagrada pelo moderno direito internacional e particularmente pelas normas do MERCOSUR, incluída que está no Acordo Marco do Meio Ambiente. Tal principio consiste na aulorização para a tomada de medidas destinadas a evitar e prevenir riscos potenciais" (las mayúsculas son nuestras - numeral 70 del laudo del TAH). En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

XXIX. En cuanto al numeral 27 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia en primer término de que no fue la representación argentina, sino la uruguayana la que cuestionó en ambas instancias y asimismo con ulterioridad en la audiencia oral de fecha 19 de diciembre de 2005 tal traslado corrido a la República Federativa del Brasil y a la República del Paraguay. La representación argentina no objetó tal traslado en ninguna de las instancias. En segundo término, los actos de procedimiento no son cuestionables vía el recurso de aclaratoria referido al laudo arbitral, mucho menos aun cuando que con anterioridad al laudo en cuestión se dictó un auto interlocutorio fundado detallando el TPR las razones en las cuales se basaba para ratificarse en el traslado realizado en tales circunstancias. En tercer término, el último párrafo del numeral 27 de la presentación argentina sencillamente niega el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho, lo cual obviamente es impropcedente. Si acogiéramos la tesis argentina, tendríamos la incongruencia de que el Tribunal sólo puede establecer o determinar algo en ejercicio de su potestad jurisdiccional cuando haya una norma que expresamente le faculte, cuando que lo correcto es precisamente lo contrario: solamente está impedido de hacer algo cuando existe una norma que expresamente le prohíba hacerlo. A mayor abundamiento, la experiencia histórica del derecho de integración y del derecho comunitario, nos demuestra que inclusive la mayor parte de las características fundamentales de tal derecho fueron originariamente elaboraciones jurisprudenciales en razón de la proficua labor institucional realizada por los tribunales en cuestión cumpliendo su responsabilidad histórica e institucional dentro de un proceso de integración. Por último, y meramente repitiendo lo ya aseverado tanto en el auto interlocutorio de fecha 19 de diciembre de 2005, así como en el laudo arbitral de fecha 20 de diciembre de 2005, la confidencialidad no se viola cuando el traslado se realiza a socios plenos en un esquema de integración. Es más, lo único correcto es así hacerlo, colaborando con el modesto desarrollo institucional que tiene nuestro proceso de integración mercosureño, lo cual se nota inclusive específicamente en la normativa existente referente a solución de controversias. La norma 46.1 del Protocolo de Olivos debe interpretarse en perfecta coherencia con la norma 46.2 que habla textualmente de "sectores con intereses en la cuestión" y no se refiere de manera alguna a países socios plenos del Mercosur. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.

- XXX.** En cuanto al numeral 28 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de lo ya aseverado claramente en el laudo arbitral objeto del recurso de aclaratoria. En primer término, fue expresa determinación del TPR de que quede muy en claro el alcance del concepto de cuestiones de derecho que adoptaba. En segundo término, se deja constancia de que aun a tenor de aquella primera interpretación histórica del concepto de cuestiones de derecho, en la cual no importaba pan nada los derechos de las partes (no adoptada obviamente por el TPR según expresa mención de nuestro laudo arbitral), fácilmente se podía revocar el laudo arbitral en revisión, según quedó expresamente establecido en tal laudo. Al hacer esta doble aseveración, en realidad nada se está aclarando, sino que sencillamente se está repitiendo lo ya manifestado textualmente en nuestro laudo arbitral de fecha 20 de diciembre de 2005. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem 11 de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- XXXI.** En cuanto al numeral 29 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que obviamente en ninguna parte del laudo se pretende tocar el tema directa ni indirectamente de neumáticos usados, ni mucho menos establecer que el laudo afecte a la prohibición de importación de neumáticos usados. Por ello, precisamente se le da la opción a la parte argentina a revocar o modificar la Ley 25.626, la cual consta en un solo artículo y en el cual se engloban ambos conceptos (neumáticos usados y neumáticos remoldeados, los primeros ajenos a la cuestión debatida en esta controversia a diferencia de los segundos). Ello consta textualmente en los numerales 1 y 2 de la parte decisoria del latido (numerales V.26.1 y V.26.2). En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- XXXII.** En cuanto al numeral 30 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que precisamente se estipuló que la presente decisión tendría vigencia hasta que el Mercosur por la vía institucional apropiada apruebe una normativa consensuada en estos autos relativa al tema de la importación de neumáticos remoldeados en razón de que este TPR no puede ni debe tener objeción alguna a que ello acaezca dentro del proceso de integración mercosureño. Por ejemplo, si todos los socios pleitos unánimemente están de acuerdo a tabla rasa en prohibir la importación de neumáticos remoldeados, este TPR no tiene competencia alguna para impedir tal decisión. En consecuencia, no encontrando el TPR en cuanto a este punto ninguna de las situaciones mencionadas en el ítem II de este laudo complementario, corresponde desestimar en cuanto al mismo el recurso de aclaratoria interpuesto.
- XXXIII.** En cuanto al numeral 31 de la presentación argentina fundando su recurso de aclaratoria, este TPR deja constancia de que precisamente el artículo 28 del Protocolo de Olivos habilita a realizar vía aclaratoria este tipo de peticiones. Consecuentemente, al respecto se deja también expresa constancia de que este TPR había deliberado expresamente

sobre el plazo en cuestión, dado el actual periodo de receso parlamentario en la República Argentina, así como se estudió antecedentes jurisprudenciales al respecto. En consecuencia se decretó que el plazo se extienda a 120 días. Así mismo, se tuvo en cuenta de que derogar o modificar una ley de un solo artículo no es una tarea muy compleja. En consecuencia, en base a tal consideración, corresponde desestimar en cuanto al punto el recurso de aclaratoria interpuesto.

3. CONSIDERACION ADICIONAL

XXXIV. Como se nota, este laudo arbitral complementario que resuelve el recurso de aclaratoria presentado por la República Argentina conteniendo 31 ítems, es mas extenso que el laudo arbitral objeto del recurso. Ello se debe a que la representación argentina ha usado en gran parte el recurso de aclaratoria con la intención sustancial de reabrir la instancia y el debate acerca de las cuestiones decididas por el referido laudo arbitral. Al respecto, dice Alfredo Antezana Palacios: "Por concepto oscuro, se entiende cualquier discordancia que resulte entre la idea y los vocablos entrelazados para representarla; es una cuestión puramente idiomática que el Juez deberá examinar con cuidado, a fin de evitar abusos en el recurso de aclaratoria. Si los términos son lo suficientemente, claros, no deberá explicarlos ni insistir sobre ellos, sino que se deberá limitar a decir no ha lugar en virtud de esa claridad. Es importante no confundir la oscuridad con la equivocación. El recurso de aclaratoria no puede servir para encubrir una reposición totalmente imprecendente. El concepto oscuro, cuya aclaratoria se solicita, se refiere a la sentencia del juez, sin que sea procedente **RENOVAR EL DEBATE SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS LEYES, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA HECHAS POR UN TRIBUNAL AL FALLAR EL ASUNTO**" (las mayúsculas son nuestras).¹⁵⁴

Con estas citas doctrinarias de Alfredo A. Palacios, este TPR deja expresa constancia de que pudiendo haber aplicado tal consagrado criterio al recurso de aclaratoria presentado por la República Argentina, se ha abstenido de así hacerlo, al menos por esta vez, por entender, siempre por esta vez, de que precisamente por ser este un caso piloto, era útil así hacerlo en esta oportunidad. De todas maneras, este TPR por este medio insta respetuosamente a que en el futuro no se use el recurso de aclaratoria de manera inapropiada para pretender reabrir el debate en la forma comentada por Palacios, por ser ello procesalmente manifiestamente imprecendente. Por lo demás, la crítica, justificada o no, a las leyes, y con mayor razón a las resoluciones de cualquier tribunal, son siempre permisibles, pero nunca a través de un recurso de aclaratoria.

Atento a las precedentes consideraciones, este TPR,

¹⁵⁴ Palacios, Alfredo Anterna - Lecciones de Derecho Procesal Civil -Tomo I - Segunda Edición. Editorial Tupac Katari - Sucre, Bolivia - 2001 - Pág. 861

4. RESUELVE:

1. Por mayoría, no hacer lugar al recurso de aclaratoria presentado por la República Argentina en relación al laudo arbitral dictado por el Tribunal Permanente de Revisión en fecha 20 de diciembre de 2005 en la controversia "Prohibición de Importación de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay", de conformidad a las consideraciones vertidas en el exordio de esta resolución.
2. Por unanimidad, disponer la notificación por correo privado a las partes.
3. Por unanimidad, disponer la notificación al mero efecto informativo a la República Federativa del Brasil, a la República del Paraguay, así como a la Secretaría del MERCOSUR.
4. Por unanimidad, disponer la traducción inmediata al portugués del presente laudo, con la constancia de que la versión en español será siempre la única oficial y prevalecerá sobre la versión del mismo traducida al portugués. En razón del carácter no oficial de la misma, la referida versión en portugués no será autenticada por los Árbitros actuantes del TPR.
5. Regístrese, notifíquese en forma inmediata y publíquese

Wilfrido Fernández
Presidente

Nicolás Becerra
Arbitro

Ricardo Olivera
Arbitro

Ante mí:
Dr. Oscar B. Llanes Torres

LAUDO II

(TPR)

LAUDO N° 2/2006

LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISION CONSTITUIDO EN PLENARIO PARA ENTENDER EN EL RECURSO DE REVISION PRESENTADO POR LA REPUBLICA ARGENTINA CONTRA LA DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC DE FECHA 21 DE JUNIO DE 2006, CONSTITUIDO ESTE PARA ENTENDER EN LA CONTROVERSIA PROMOVIDA POR LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY CONTRA LA REPUBLICA ARGENTINA SOBRE: "IMPEDIMENTOS A LA LIBRE CIRCULACION DERIVADO DE LOS CORTES EN TERRITORIO ARGENTINO DE VIAS DE ACCESO A LOS PUENTES INTERNACIONALES GRAL. SAN MARTIN Y GRAL. ARTIGAS"

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay a los seis días del mes de julio de 2006.

I. VISTO:

Para laudo el recurso de revisión presentado por la República Argentina (parte recurrente, en adelante "La Argentina"), contra la decisión del Tribunal Arbitral Ad Hoc (en adelante el TAH) de fecha 21 de Junio de 2006, instrumentada en la pertinente Acta de Sesión N° 1, ya agregada a estos autos en su versión completa.

II. RESULTANDO:

Que, el Tribunal Permanente de Revisión (en adelante "TPR"), se encuentra integrado por los Arbitros Dres. Nicolás Eduardo Becerra de la República Argentina, Nadia de Araujo de la República Federativa de Brasil, Wilfrido Fernández de la República del Paraguay y Ricardo Olivera de la República Oriental del Uruguay, presidiendo en plenario el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli en su calidad de Quinto Arbitro. Se deja constancia que el Dr. Ricardo Olivera integra este TPR ante la excusación del Arbitro Titular del Uruguay Dr. Roberto Puceiro, y que la Dra. Nadia de Araujo hace lo mismo ante la excusación del Dr. Joao Grandino Rodas, Arbitro Titular de la República Federativa del Brasil. Dichas excusaciones están debidamente agregadas a estos autos.

Que, el recurso de revisión fue presentado en fecha 29 de junio de 2006 por la Argentina, y dada la naturaleza del contenido del mismo, la Presidencia del TPR solicitó los antecedentes pertinentes a la Secretaría del Mercosur (en adelante la SM), así como el texto completo del Acta de Sesión N° 1, elaborada por el TAH actuante, cuya versión se encontraba incompleta en la presentación argentina (faltaba la segunda página).

Que, se deja asimismo constancia de que la representación argentina quedó debidamente acreditada y el domicilio constituido en la estación procesal oportuna. La Argentina designó como su representante titular al Dr. Juan Vicente Sola y a la Dra. Nora Capello como representante alterno.

Que, en este estado se deja constancia de que las reglas de procedimiento del TPR fueron aprobadas por el Consejo del Mercado Común por Decisión N° 30/05 de fecha 8 de Diciembre de 2005. Las actuaciones del TPR que preceden a este laudo arbitral se encuentran debidamente agregadas a estos autos, y

III. CONSIDERANDO:

2-5. La Argentina concretamente solicita que el TPR se constituya en plenario para resolver sobre el recurso de revisión interpuesto. Esta posibilidad normativamente solo está prevista en principio por el Protocolo de Olivos cuando la controversia involucrare a más de dos estados parte. El Protocolo de Olivos (en adelante el PO) establece

expresamente que cuando la controversia afectare a dos estados parte, el TPR estará integrado por los dos árbitros designados por los países involucrados, debiendo ser designado el Arbitro Presidente mediante el sorteo en la SM estipulado en el Artículo 20 del PO. Solo esta circunstancia ameritaría, la desestimación in-limine del recurso de revisión interpuesto.

- 3-6. Sin perjuicio de esta circunstancia, en la medida que la reunión del TPR en plenario fue solicitada por la Argentina, y que se trata de un tema sustancial vinculado a la definición de la competencia del TPR para conocer en recursos contra providencias y autos interlocutorios de los TAH, que no fueren el laudo definitivo, este TPR entiende que debe pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de revisión en el presente caso.
- 4-7. Dada la naturaleza del recurso de revisión planteado, este TPR sostiene además que en primer término todo recurso de revisión planteado ante el mismo debe tener por objeto la impugnación de un laudo dictado por un TAH del Mercosur (Art. 17 del PO). En el presente caso no existe tal acto jurisdiccional, sino una resolución del TAH instrumentada en el Acta de Sesión Nº 1, por la cual en mayoría éste ha resuelto la integración e instalación del Tribunal Ad Hoc con sus consecuentes medidas mencionadas y establecidas en el cuerpo de tal Acta.
- 5-8. Pero además, y si aun fuera competente, el recurso de revisión solo está vinculado al laudo de un Tribunal Arbitral Ad Hoc, y limitado a cuestiones de derecho y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo en revisión. No es éste el caso de autos (Art. 17 del PO). Además no es mera casualidad que el recurso de revisión solo esté limitado a un laudo arbitral final. Ello es absolutamente propio dentro de un procedimiento arbitral. La eventual revisión se realiza siempre finiquitado todo el procedimiento. No hacerlo así, obviamente desnaturalizaría el moderno concepto de arbitraje. En tal sentido enseña Roque J. Caivano: “no es posible soslayar, sin embargo que en la práctica se observa una tendencia a eliminar recursos antes que crearlos. Una de las razones en virtud de las cuales las partes suelen convenir el sometimiento de sus conflictos a arbitrajes es la mayor simplicidad con que se desarrolla el procedimiento, y la celeridad con que puede obtenerse una solución definitiva. Coherentes con ello, por regla general, las partes suelen excluir toda clase de recurso contra decisiones diferentes del laudo”¹⁵⁵. Es más, en el derecho comunitario europeo, cuyo sistema de solución de controversias está estructurado en base a la judicialidad y no al arbitraje, los actos interlocutorios del Tribunal de Primera Instancia no son recurribles en cuanto tales ante la instancia superior. Solo son recurribles los autos del Tribunal de Primera Instancia que admiten o deniegan medidas cautelares. En suma, se puede colegir fácilmente entonces que la intención normativa del Art. 17 del PO ha sido precisamente coherente con tal criterio.

IV. CONCLUSIÓN

En concreto, a tenor de las precedentes consideraciones este TPR determina que no es admisible bajo ningún punto de vista la substanciación peticionada por la parte argentina del recurso de revisión promovido. Sin embargo, ésta determinación no deja a la parte argentina en un estado de indefensión sino que meramente se lo declara no admisible en este estadio procesal al recurso de revisión incoado; no emitiéndose juicio de valor alguno sobre el mérito de las alegaciones sustentadas por la parte argentina, que bien pueden ser nuevamente presentadas como contenido de un eventual recurso de revisión contra el laudo arbitral.

V. DECISIÓN

¹⁵⁵ Caivano, Roque J. – Arbitraje – 2º Edición actualizada y ampliada – Ad Hoc – Buenos Aires – Pag. 215.

Por todo lo expuesto, y de conformidad a las normas y principios jurídicos aplicables al caso, este Tribunal Permanente de Revisión en la presente controversia sobre "IMPEDIMENTOS A LA LIBRE CIRCULACION DERIVADO DE LOS CORTES EN TERRITORIO ARGENTINO DE VIAS DE ACCESO A LOS PUENTES INTERNACIONALES GRAL. SAN MARTIN Y GRAL. ARTIGAS", DECIDE:

3.11. Por mayoría, desestimar in-limine, el presente recurso de revisión promovido por la República Argentina.

4.12. Por mayoría, como consecuencia de lo resuelto en el punto anterior, no hacer lugar a lo peticionado en los numerales 3, 4, 5 y 6 del petitorio de la República Argentina, y no pronunciarse sobre el numeral 7 del referido petitorio.

5.13. Por mayoría, dejar expresa resalva que esta desestimación in-limine, no perjudica en absoluto el derecho de la República Argentina a volver a alegar los mismos hechos y las mismas pretensiones jurídicas en un eventual recurso de revisión contra un laudo arbitral final del Tribunal Arbitral Ad Hoc.

6.14. Por mayoría, disponer, conforme lo establece la normativa aplicable al caso, que los honorarios y gastos del presente proceso arbitral en cuanto a los cinco Arbitros actuantes del TPR, serán abonados en su totalidad por la República Argentina, considerando que por un lado ésta ha provocado y presentado esta incidencia, y por otro lado, dado que la República Oriental del Uruguay no ha participado en el presente recurso de revisión. Esta determinación se lleva a cabo en base a lo establecido en el Art. 36.2 del Protocolo de Olivos.

7.15. Por mayoría, disponer la notificación a la República Argentina y a la República Oriental del Uruguay del presente laudo arbitral por fax vía Secretaría, enviándose vía correo privado por separado copia íntegra del mismo a las partes. El plazo para el pertinente recurso de aclaratoria correrá a partir de la fecha de entrega del correo privado pertinente.

16. Por mayoría, disponer que el presente laudo sea notificado al mero efecto informativo, a la Secretaría del Mercosur.

17. Por mayoría, disponer la traducción inmediata al portugués del presente laudo.

18. Regístrese, notifíquese en forma inmediata y publíquese.

Nicolás Becerra
Arbitro

Nadia de Araujo
Arbitro

Ricardo Olivera
Arbitro

Wilfrido Fernández
Arbitro

Jose A. Moreno Ruffinelli
Quinto Arbitro

LAUDO N° 1/2007

LAUDO DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN CONSTITUIDO PARA ENTENDER EN LA SOLICITUD DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCESO EN LA APLICACIÓN DE MEDIDAS COMPENSATORIAS – CONTROVERSIA ENTRE URUGUAY Y ARGENTINA SOBRE PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS PROCEDENTES DEL URUGUAY.

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay, a los ocho días del mes de junio de 2007,

I. VISTO:

La petición de la República Argentina (en adelante, Argentina), presentada el 3 de mayo de 2007 en la cual solicita al Tribunal Permanente de Revisión (en adelante, el Tribunal) que se pronuncie sobre la proporcionalidad de las medidas compensatorias aplicadas por la República Oriental del Uruguay (en adelante, Uruguay) en relación con el incumplimiento del Laudo recaído en la controversia “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados” (Laudo N° 1/2005 y su Laudo Aclaratorio 1/2006), y cumplidos los trámites de rigor.

II. CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

A través de la Ley [25.626](#) (08/08/2002; BO 09/08/02), Argentina decidió prohibir “la importación de las mercaderías individualizadas y clasificadas en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, elaborado bajo los auspicios del Consenso de Cooperación Aduanero, firmado en Bruselas, Reino de Bélgica, el 14 de julio de 1983, y modificado por su Protocolo de Enmienda hecho en Bruselas el 24 de junio de 1986, y sus notas explicativas que figuran en la Nomenclatura Común del Mercosur bajo N.C.M. 4012.10.00 Neumáticos (llantas neumáticas) recauchutados y 4012.20.00 Neumáticos (llantas neumáticas) usados”, sin discriminación de su origen extra o intra Mercosur.

Considerando que dicha normativa era incompatible con el Derecho del Mercosur, Uruguay radicó la demanda arbitral pertinente. En primera instancia, el Tribunal *ad hoc* (en adelante, TAH) estableció que la norma impugnada observaba los principios del derecho mercosureño (laudo de 25 de octubre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TAH-2/05, BOM N° 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

En virtud del recurso de revisión dirigido contra dicha sentencia, el Tribunal, decidió, por mayoría, hacer lugar a dicho recurso, revocar la decisión y, constatando que la ley en cuestión infringía el Derecho del Mercosur, determinar, entre otros, que la Argentina debía proceder a su derogación o modificación “[por la vía institucional apropiada, dentro del plazo de ciento veinte días corridos](#)” a partir del dictado de la decisión (laudo de revisión de 20 de diciembre de 2005, Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/05 – Laudo N° 1/2005 –, BOM N° 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

Dicha sentencia fue objeto de una solicitud de aclaratoria, evacuada oportunamente por el Tribunal (aclaratoria de 13 de enero de 2006, laudo de revisión Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/05 – Laudo N° 1/2006 –, BOM N° 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

Posteriormente, Uruguay, considerando que la Argentina no había dado cumplimiento a la decisión del Tribunal, tras solicitar según sus afirmaciones en reiteradas ocasiones la

observancia del Laudo N° 1/2005, antes citado, decidió la aplicación de medidas compensatorias, a través del Decreto 142/007 (17/04/2007; DO 26/04/07).

A través de dicho Decreto fija una tasa global arancelaria del 16% a la importación de la Argentina de neumáticos con las NCM 4011.10.00.00 y 4012.11.00.00 (neumáticos – llantas neumáticas). Tal decreto tiene vigencia a partir del 18 de abril de 2007.

2. Marco normativo:

La presente controversia se halla regida por los artículos 31 y 32 del Protocolo de Olivos (en adelante PO), así como los artículos 43 y 44 del Reglamento del PO (en adelante RPO).

3. Alegaciones de las Partes

3.1. Argentina

3.1.1. Argentina expone, en primer lugar, que la medida compensatoria tiene efectos que provocan desvío de comercio, en particular en beneficio de Brasil y China, entre otros países.

3.1.2. En cuanto a la determinación del “exceso” de una medida compensatoria, la Argentina, luego de señalar que el PO no establece los criterios aplicables y tampoco existen precedentes jurisprudenciales al respecto, en especial en el marco del sistema de solución de controversias mercosureño, destaca que los mismos deberán ser decididos por el Tribunal.

3.1.3. A pesar del silencio del PO, considera que la utilización de la expresión “equivalentes”, utilizada en su artículo 31, incisos 1 y 2, hace relación, tal como se entiende en foros como la Organización Mundial del Comercio (OMC), a la equivalencia que debe existir entre la medida compensatoria y el perjuicio provocado a la parte reclamante por la medida incompatible con el Derecho del Mercosur, lo cual avala con la invocación de laudos dictados en el ámbito de la OMC. Menciona a su vez, que las medidas habilitadas en dicha Organización carecen de naturaleza punitiva, lo cual significa, según los laudos que cita, que aquellas tienen por finalidad inducir al cumplimiento de la decisión arbitral respectiva, sin que ello deba entenderse como una autorización para que las mismas suspendan las concesiones en un nivel mayor del equivalente al nivel de la anulación o menoscabo provocado al Estado que la aplica.

3.1.4. A partir de su análisis del artículo 32, inciso 2, literal “i”, del PO, concluye que la proporcionalidad de la medida compensatoria debe considerarse en relación a los perjuicios que surgen a partir del incumplimiento del laudo, por lo que no puede ser incluido en dicho análisis los daños provocados desde el momento en que se puso en vigencia la medida argentina que restringió las importaciones, que, obviamente, es anterior a la emisión del laudo; todo lo cual basa en laudos de la OMC.

3.1.5. Para la Argentina, la redacción del artículo 32, inciso 2, literal “ii”, del PO, al mencionar los otros factores al margen del volumen o valor del comercio que pueden incidir en la determinación de la medida compensatoria, determina que corresponde a Uruguay la carga de la prueba al respecto.

3.1.6. Asimismo, la Argentina agrega, sobre la base de laudos de la OMC, que el criterio para evaluar el nivel del perjuicio provocado por una medida nacional inconsistente con el derecho mercosureño es el impacto sobre el valor de las importaciones, es decir aquellas corrientes comerciales que existiría de no haberse dictado dicha medida.

3.1.7. En orden a todo lo anterior, Argentina solicita al Tribunal, que declare que las medidas compensatorias uruguayas resultan excesivas y desproporcionadas en relación a las consecuencias que surgen del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, que establezca el monto proporcionado de las medidas compensatorias que podría aplicar Uruguay y, que determine que Uruguay deberá adecuar las medidas compensatorias en causa en el plazo de diez días.

3.1.8. En forma posterior, respondiendo al traslado que le fuera corrido por providencias del Tribunal de 21 y 23 de mayo de 2007, Argentina, en su extenso escrito, destaca, primeramente, que su actitud no ha sido omitir el cumplimiento del laudo, sino que ha tenido lugar a este respecto una demora en su acatamiento, producto, según afirma, de los procedimientos internos y plazos necesarios para la aprobación de una ley modificatoria de la Ley N° 25.626. Agrega además que en todo momento ha informado a Uruguay sobre las medidas internas que se vienen realizando en función de tal fin.

3.1.9. Con base en el artículo 34 del PO (principios y disposiciones del Derecho Internacional), afirma que la interpretación del Tribunal deberá estar guiada por las pautas hermenéuticas que ofrece al respecto los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

3.1.10. Tras no compartir la interpretación efectuada por Uruguay sobre el término "equivalente" que figura en el artículo 31 del PO, considera que dicho concepto ha de entenderse implícitamente referido al nivel de anulación o menoscabo ocasionado por el incumplimiento del laudo; hermenéutica que surge si se considera, según agrega, que esta norma se inspira en el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por el que se rige el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (ESD).

3.1.11. Según Argentina, la interpretación de Uruguay acerca del concepto de "proporcionalidad" como requiriendo que existe relación entre las medidas compensatorias y cumplimiento del laudo como objetivo de las mismas, y no en vinculación al daño provocado por su incumplimiento, no resulta ajustada al texto del PO, en particular a los artículos 31 y 32 de dicho instrumento. En última instancia, según dicho Estado, la interpretación uruguaya implicaría reconocer a la medida compensatoria carácter punitorio, lo cual sólo podría derivar de un acuerdo expreso de los Estados Partes, que no existe actualmente, no pudiendo tampoco presumirse tal delegación de soberanía.

3.1.12. Con respecto al recurso a la jurisprudencia de la OMC, destaca que ella es pertinente por varias razones. En primer lugar, según la doctrina que cita, el PO se inspira en el ESD; además, a diferencia de las normas de la Unión Europea, aquella normativa se encuentra mencionada en el artículo 1, inciso 2, del PO; asimismo, dicho régimen ha sido reconocido en Acuerdo de Complementación Económica firmados por el MERCOSUR, lo que demuestra una orientación del bloque hacia la naturaleza "compensatoria" de las medidas compensatorias en función del incumplimiento del laudo.

3.1.13. Por otro lado, si bien existen sistemas de integración donde a este tipo de medidas se les confiere carácter punitorio, ello resulta de una delegación expresa de los Estados, como es el caso del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 171, hoy 228), luego de la reforma introducida por el Tratado de la Unión Europea, pues en materia punitiva no es posible aplicar la analogía. Además la Comisión ha definido los criterios y métodos de cálculo para solicitar al Tribunal de Justicia la imposición de las multas correspondientes por incumplimiento de sus sentencias. Las mismas consideraciones vierte en relación al régimen que impera en la Comunidad Andina. Todo ello, afirma Argentina, es diferente a lo que sucede en el MERCOSUR, donde la normativa no autoriza al Tribunal a sancionar el incumplimiento de un laudo.

3.1.14. Invocando el artículo 34 de la citada Convención de Viena, considera que nada autoriza en el MERCOSUR a aplicar ni el derecho comunitario europeo ni el derecho comunitario andino.

3.1.15. Según el mismo Estado la apreciación del concepto de proporcionalidad que hizo el Tribunal en el Laudo N° 1/2005, antes citado, se refirió a la proporcionalidad que debe observar toda medida que restrinja la libre circulación de mercaderías a fin de ser compatible con las normas del MERCOSUR, siendo ello, como se observa, un ámbito diferente del presente asunto.

3.1.16. A su vez, en cuanto a los criterios invocados por Uruguay para determinar la medida compensatoria, en tanto ellos, según Argentina, no expresan concretamente las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo, resultan inválidos.

3.1.17. Por otro lado, Uruguay, en opinión de Argentina, no ha cumplido en absoluto con su carga de la prueba, prevista en el artículo 44, inciso 2, del RPO en relación al carácter proporcional del arancel del 16 % aplicado.

3.1.18. Argentina cuestiona también los datos aportados por Uruguay que acreditarían que, a pesar del mencionado arancel, las exportaciones argentinas mantendrían aún margen de competitividad. Según sus datos de comercio exterior dicho margen no existe, y resultan beneficiadas por lo mismo las importaciones de Uruguay desde Brasil y China.

3.1.19. Finalmente, Argentina manifiesta que la proporcionalidad de las medidas compensatorias con las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo debe determinarse comparando las corrientes comerciales de las posiciones involucradas. Cabe destacar, añade, que la medida uruguaya afecta un flujo comercial más de 30 veces superior al afectado por la prohibición argentina, el cual llega a once veces más si se le agrega a las exportaciones uruguayas perjudicadas un factor de crecimiento anual de 10 %. En este contexto, considera que, teniendo en cuenta la tasa de crecimiento de ambas corrientes comerciales afectadas argentina y uruguaya, en aquel porcentaje, aún cuando en el caso de las exportaciones argentinas éste es mayor, una medida compensatoria proporcional consistiría en la aplicación a las exportaciones argentinas en causa de una cuota arancelaria de 104.995 unidades libres del arancel, con un arancel del 16 % para la corriente comercial que supere dicha cuota. En cuanto a los demás argumentos, el Tribunal se remite *in totum* a las presentaciones argentinas.

3.1.20. En consecuencia, solicita al Tribunal, entre otros, que declare que la medida compensatoria uruguaya es excesiva y desproporcionada en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado; que Uruguay podrá aplicar una medida compensatoria hasta el monto que identifica; que disponga el establecimiento por Uruguay de una cuota arancelaria como la referida *ut supra*; que Uruguay deberá adecuar su medida compensatoria en el plazo de 10 días, y que la misma deberá ser dejada sin efecto a partir de que se adopten las medidas necesarias para cumplir el laudo citado.

3.2. Uruguay

3.2.1. Uruguay destaca, primeramente, que la Argentina reconoce, en este caso en concreto, la existencia del presupuesto esencial para la aplicación de medida compensatoria, a saber el incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado.

3.2.2. Para Uruguay, el sistema jurisdiccional del Mercosur y su efectiva aplicación constituye la garantía misma del proceso de integración. Por otro lado, el carácter obligatorio de los laudos surge del PO, razón por la cual su incumplimiento implica una violación tanto a

la norma mercosureña objeto del fallo como así también al citado Protocolo, lo que constituye así una afectación a la esencia misma del proceso de integración.

3.2.3. Las medidas compensatorias habilitadas por el PO, según Uruguay, tienen por objetivo no sólo que el Estado acate el laudo del Tribunal sino también reducir el daño provocado por la demora en la observancia de dicho laudo. Sin embargo, en este caso, las medidas adoptadas por Uruguay, según el mismo Estado Parte, son menos gravosas que las consecuencias que se derivan para Uruguay del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, por parte de Argentina.

3.2.4. Por otro lado, Uruguay considera que no asiste razón a Argentina al pretender fundar su argumentación en la equivalencia y no en la proporcionalidad. En efecto, según su opinión, la expresión “equivalentes” contenida en los incisos 1 y 2 del artículo 32 del PO hace relación al término “obligaciones”, las cuales deberán ser equivalentes a las “concesiones”, y no a la equivalencia entre el daño provocado por el incumplimiento y las medidas compensatorias. En relación a la jurisprudencia de la OMC aportada por Argentina, manifiesta que la misma no es aplicable al Mercosur, dada la diferencia de redacción que existe entre los artículos pertinentes del PO y del ESD.

3.2.5. Asimismo, Uruguay, considera sin fundamento las observaciones de Argentina relativas al hecho de que las medidas compensatorias deben analizarse en relación al comercio afectado a partir del incumplimiento del laudo, y no desde la adopción de la medida declarada incompatible por el mismo, en particular dado que no le ha sido reprochado a Uruguay haber aplicado dicho criterio temporal.

3.2.6. En cuanto a los criterios de justificación de la medida compensatoria, Uruguay resalta, en primer lugar, que la aplicación de las mismas en el mismo sector en el cual Argentina ha incumplido el Laudo N° 1/2005, antes citado, resulta ineficaz según la prueba en la que se base; así por ejemplo, las asimetrías de tamaño de comercio, impiden que se alcance la proporcionalidad, en el mismo sector, aún el supuesto de que se hubiera prohibido totalmente la importación desde Argentina – lo cual no ocurrió. Por ello se optó por la aplicación de un arancel mínimo, necesario para su finalidad, a saber, lograr el cumplimiento del laudo, sin impedir la importación. Ello respeta, según agrega, el criterio de proporcionalidad referido por el TJCE, en sentencia recogida por este Tribunal en el Laudo N° 1/2005, antes citado. En cuanto a los demás argumentos, el Tribunal se remite *in totum* a la presentación uruguaya.

3.2.7. Como consecuencia de todo lo anterior, Uruguay solicita al Tribunal que desestime la pretensión argentina, declarando que las medidas compensatorias denunciadas son proporcionales y no excesivas, en los términos del PO.

3.2.8. Posteriormente, al evacuar el traslado que le fuera conferido por providencias del Tribunal de 21 y 23 de mayo de 2007, Uruguay, además de ratificar los anteriores conceptos, señala que la proporcionalidad de la medida compensatoria se demuestra también al considerarse que, desde el punto de vista del comercio bilateral, mientras la medida prohibitiva adoptada por Argentina afectó el 0.30% del total de las exportaciones de Uruguay hacia aquel destino, la medida de Uruguay sólo comprendió el 0.07% del total de las importaciones procedentes de Argentina.

3.2.9. Para dicho Estado Parte, la proporcionalidad mencionada en el PO que debe existir entre las consecuencias del laudo incumplido y las derivadas de la medida compensatoria aplicada hace relación, en ambos supuestos, a los efectos sobre el valor total de las exportaciones o de la producción de los sectores involucrados. En este sentido, afirma, en los sectores respectivamente comprometidos, el valor de las exportaciones hacia Argentina ascendió al 65% del valor total de las mismas y aproximadamente al 60% de su monto de

producción; mientras que la corriente comercial argentina hacia Uruguay alcanzó sólo el 2% del valor total de las exportaciones y el 1% de su producción. Fue a partir de este concepto de proporcionalidad que Uruguay aplicó la medida compensatoria, la cual, sin embargo, afecta márgenes de comercio desde Argentina muy inferiores a los alcanzados por la prohibición argentina a los productos uruguayos.

3.2.10. Uruguay adiciona que la pretensión argentina de que la medida compensatoria sea equivalente al nivel del perjuicio sufrido por el incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, frustraría sin lugar a dudas el objetivo de lograr el acatamiento de tal sentencia, dada las asimetrías de tamaño existente entre ambos Estados.

3.2.11. Finalmente, Uruguay agrega que a los fines de establecer la proporcionalidad de una medida compensatoria no ha de estarse únicamente a la comparación de los flujos comerciales afectados, sino que es evidente que tanto la Ley 25.626 argentina como la actitud de dicho Estado de incumplir un laudo del Tribunal afecta otros valores que escapan al aspecto meramente comercial, ya que inciden negativamente en la consolidación del proceso de integración en sí mismo y en la conformación del mercado común. En cuanto a las demás alegaciones de la parte uruguaya, nos remitimos *in totum* a las presentaciones pertinentes.

3.2.12. En consecuencia de todo lo anterior, Uruguay solicita que el Tribunal desestime el reclamo de Argentina y que declare que las medidas compensatorias aplicadas son proporcionadas y no excesivas, con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado, y por ello son ajustadas a lo dispuesto en las normas pertinentes del PO.

5. Prueba de informe solicitada a la Secretaría del Mercosur

5.1. Por providencia de 21 de mayo de 2007, el Tribunal, en uso de sus atribuciones y teniendo en cuenta, por un lado, las competencias asignadas a la Secretaría del Mercosur (en adelante, SM) por el derecho del bloque, a cuyo tenor dicha Institución ha sufrido un proceso de transformación deviniendo en “un órgano con amplia capacidad operacional” cuya función principal es “prestar asesoramiento y apoyo técnico a los demás órganos del Mercosur, con el objetivo de contribuir para la conformación de un espacio de reflexión común sobre el desarrollo y la consolidación del proceso de integración”, y, por el otro, la necesidad de contar con la mayor cantidad de elementos de prueba posibles, a fin de permitir al Tribunal la adopción de una decisión efectiva y ajustada a derecho, consideró pertinente solicitar un informe económico y jurídico a la SM, sobre las corrientes comerciales implicadas y una ponderación jurídica sobre posibles márgenes de afectación proporcionales de dichos flujos comerciales. El Tribunal argumentó además que tal tipo de medidas de mejor proveer, por lo demás, son práctica común en otros procesos de integración, cuando se abordan cuestiones como la presente.

5.2. La SM, prontamente, comunicó al Tribunal, con notificación a los Estados Partes en la controversia, que el informe solicitado no podía ser evacuado dado que la Secretaría carece de una base de datos propia de comercio exterior que le permita su elaboración; que, en consecuencia, tampoco era posible emitir un informe jurídico sobre el asunto; y, finalmente, que elevar una ponderación jurídica no estaba dentro de sus facultades que les confieren las normas del Mercosur. En este contexto, la SM remarcó especialmente la existencia de la Resolución GMC N° 16/04.

5.3. Si bien es cierto que no es esta la oportunidad procesal para analizar la respuesta de la SM, sin embargo, es conveniente destacar, por un lado, que, tal como el Tribunal lo consideró en su resolución peticionante del informe, la SM se halla normativamente dotada, según el ordenamiento mercosureño, para evacuar consultas como la referida, y, por el otro,

que, llegado el caso, no puede serle opuesta al Tribunal la Resolución GMC N° 16/04, en razón de lo previsto en las Decisiones CMC N° 30/02 y 07/07, las cuales, como normas del CMC, se benefician con una estatuta normativa superior a las disposiciones del GMC, con una absoluta prevalencia.

6. Apreciaciones del Tribunal

6.1. Esta es la primera ocasión en la que el Tribunal es llamado a expedirse sobre la “proporcionalidad” de una medida compensatoria, aplicada ante el incumplimiento de un laudo dictado por este Tribunal.

6.2. Dada la novedad de la cuestión y la consiguiente necesidad de establecer, por primera vez en el Mercosur, los criterios a tener en cuenta a fin de establecer la proporcionalidad de una medida compensatoria, resulta necesario realizar una apreciación global de la situación.

7. Marco conceptual

7.1. Primeramente, conviene destacar que el Mercosur, a diferencia de la OMC y a semejanza de la Unión Europea y de la Comunidad Andina, no se basa pura y exclusivamente en la sola equivalencia de derechos, obligaciones, beneficios y ventajas comerciales y económicas entre los Estados Partes.

7.2. En efecto, a partir de la firma del Tratado de Asunción (TA), los Estados Partes han creado una comunidad de intereses no sólo económicos y comerciales, sino también sociales, culturales, jurídicos y políticos. Ello se comprueba, principalmente a tenor de la letra y el espíritu del preámbulo del Tratado de Asunción y de su capítulo I “Propósitos, principios e instrumentos”, pero asimismo a partir de considerar el desarrollo normativo del bloque, en el cual es posible encontrar normas sobre salud, justicia, educación, integración social, derechos laborales, medio ambiente, aspectos políticos, relaciones internacionales, asimetrías, entre otros, como así también al revisarse el contenido de las Comunicados Presidenciales semestrales, la creación de determinados órganos de carácter no comercial, como el Parlamento del Mercosur, el Foro Consultivo-Económico Social, las diferentes Reuniones Ministeriales, el Foro de Consulta y Concertación Política y la Comisión de Representantes Permanentes, entre otros.

7.3. Como lo estableciera el TAH, en el marco de su primera decisión, “el Tribunal habrá de buscar e identificar las reglas jurídicas aplicables, guiado por los fines y objetivos del orden normativo creado por las Partes... con vistas a lograr el objetivo compartido de su integración, en el ámbito de los fines y principios del sistema del TA. En tal sentido, el sistema de solución de controversias previsto en el Protocolo de Brasilia [hoy PO] anticipa que las controversias requieren una labor interpretativa en los diversos niveles de solución establecidos” [laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco, asunto 1/99, BOM N° 9, junio, 1999, pág. 227, considerando 51].

7.4. El mismo TAH, al señalar la importancia del método teleológico de interpretación, destacó que éste “resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que... configuran procesos o mecanismos de integración” ya que, a diferencia de los tratados de corte clásico, aquellos “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”. Más adelante, el TAH agregó – con cita de Lecourt – que “[l]a consideración del objeto y fin de los tratados e instrumentos de integración..., es además un factor de seguridad jurídica. Siendo los objetivos permanentes y

no mediando una modificación expresa por una norma de jerarquía igual, se constituyen en una referencia estable de cuya continuidad depende la consolidación de las corrientes de comercio y de los procesos económicos y sociales que se producen a su alrededor (TA preámbulo y artículos 1 y 5, entre otras normas)” (Laudo de Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco, asunto 1/99, cit., considerandos 57 y 60; así también, TAH, Laudos de 27 de septiembre de 1999, Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo, asunto 2/99, BOM N° 11, diciembre, 1999, pág. 263, considerando 55, y de 29 de septiembre de 2001, Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de Bicicletas de Origen Uruguayo, asunto 2/01, BOM N° 19, diciembre, 2001, pág. 321, considerando 3.1).

7.5. Que las anteriores consideraciones resultan pertinentes a los fines de concluir que el Mercosur no puede ser valorado ni conceptualizado como un proceso de mero equilibrio entre las concesiones comerciales y económicas que los Estados Partes se han otorgado, sino que involucra otros factores no menos importantes que aquellas concesiones, factores que surgen, precisamente, de los fines y objetivos trazados por el TA. Todo ello porque el Mercosur es un bloque regional consistente en un proceso de integración y no un mero ente promotor de la liberalización comercial como es la OMC.

8. El incumplimiento de una decisión del Tribunal

8.1. Consecuentemente, el incumplimiento de una decisión del Tribunal, en este caso de su primer laudo, y la consiguiente aplicación de una medida compensatoria, indefectiblemente, afecta tanto los ocasionales flujos de comercio directamente involucrados, como todo el proceso en su conjunto y las distintas relaciones, de diversa naturaleza, que surgen en su marco.

8.2. Así, la falta de observancia de una decisión del Tribunal, además de perjudicar al Estado Parte beneficiado por la misma, pone en causa la estabilidad y efectividad de las instituciones del Mercosur, provocando, asimismo, una preocupante sensación de descrédito en la sociedad en relación al proceso en su conjunto.

8.3. La situación que permite una medida compensatoria, el incumplimiento de una decisión del Tribunal, constituye uno de los actos unilaterales más delicados que un Estado Parte puede adoptar frente a las instituciones y al derecho mercosureño, dadas las mencionadas consecuencias que ello provoca.

8.4. Tal como lo ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA), el desacato de una sentencia “constituye la más grave ofensa de cuantas puedan ser inferidas al Ordenamiento Jurídico Comunitario, pues lo resquebraja en su esencia al desconocer valores como el del respeto del fallo que dirime una controversia en última instancia”, tal situación “siempre y en todos los casos... es de gravedad extrema”¹⁵⁶.

8.5. En palabras del mismo Tribunal de Justicia, aplicables al Mercosur, “cuando se desacata una sentencia no sólo se causa un daño particular o concreto, que puede ser reparado con una medida compensatoria en favor de quien sufre el daño, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario, convirtiéndose en un hecho que

¹⁵⁶TJCA, autos del 20 de octubre de 1999, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 1-AI-97, Junta/Venezuela, GOAC N° 500, 25/10/99; de 27 de octubre de 1999, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 3-AI-96, Junta/Venezuela, GOAC N° 512, 26/11/99; de 1 de agosto de 2001, sumario por incumplimiento de sentencia dictada en el proceso 34-AI-99, Secretaría General/Perú, y de 6 de marzo de 2002, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 53-AI-99, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 778, 02/04/02.

afecta a todos los Países Miembros, así como a los Órganos del Sistema al lesionar el proceso de integración”¹⁵⁷.

8.6. Por otro lado, aplicando la jurisprudencia andina¹⁵⁸, cabe constatar que en el caso de un incumplimiento de una decisión del Tribunal, la “gravedad de la infracción,... proviene del desacato de la sentencia que de por sí constituye un acto de gravedad extrema”, pero asimismo “de la conducta” del Estado Parte que, en este caso, afecta “uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el proceso de integración” plasmado en el TA y su Anexo I dedicado al Programa de Liberalización Comercial, al impedir la libre circulación de mercaderías reconocida por este Tribunal.

8.7. A lo anterior es del caso agregar que el incumplimiento de un laudo del Tribunal, de perdurar en el tiempo, llegado el caso, puede tener por un efecto contagioso sobre los Estados Partes, con lo cual la potencialidad perjudicial del hecho aumenta considerablemente, pudiendo llegar a comprometer las bases mismas del proceso de integración.

9. Las medidas compensatorias

9.1. Según el PO, la aplicación de una medida compensatoria queda habilitada ante la alegación de la falta de observancia de una decisión dictada por el TAH o por el Tribunal.

9.2. Las medidas compensatorias, en el marco del Mercosur, tienen por fin solucionar una situación de incumplimiento jurisdiccionalmente declarado del derecho regional, lo cual implica, no sólo equilibrar las corrientes comerciales afectadas por dicha violación sino también poner a resguardo otros factores de índole no comercial, también alterados por esta situación.

9.3. A los fines de resolver la solicitud de la Argentina, resulta esencial valorar el daño que una medida compensatoria tiende a revertir, pues ello será el barómetro para medir su proporcionalidad.

9.4. Como antes se observó, la falta de observancia de una decisión del Tribunal afecta una diversidad de intereses que van más allá de los propios de los Estados Partes involucrados, los cuales, según el artículo 32, inciso 2, literales i) y ii), del PO deben ser evaluados por el Tribunal a los fines de la presente decisión, como corresponde a un tribunal comunitario, dadas sus responsabilidades institucionales, en particular la de garantizar la efectiva aplicación del derecho regional.

10. Daños

10.1. Consecuencia de lo anterior, y de la antes citada diferencia con la OMC y semejanza con la Unión Europea y la Comunidad Andina, es que en el Mercosur se ha de prescindir del criterio del mero equilibrio entre las concesiones comerciales recíprocas, aplicado en la primera de las Organizaciones citadas, y optarse por el criterio del daño globalmente considerado, afín con la práctica de estas últimas dada su diferente naturaleza, objetivo y alcance¹⁵⁹. Este, si bien incluye aquel daño comercial, no se agota en el mismo,

¹⁵⁷TJCA, auto de 6 de marzo de 2002, proceso 53-AI-99, cit.; ver a su vez, auto de 1 de agosto de 2001, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 35-AI-99, Secretaría General/Perú.

¹⁵⁸TJCA, auto de 4 de agosto 2004, sumario por incumplimiento de la sentencia dictada en el proceso 52-AI-2002, Secretaría General/Venezuela, GOAC N° 1108, 25/08/04.

¹⁵⁹En la Comunidad Europea, la Comisión, en su Comunicación sobre la aplicación del artículo 171 del Tratado CE [hoy artículo 228 CE] N° 96/C 242/07 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas –

sino que incorpora otros bienes dignos de la misma protección que las corrientes comerciales ocasionalmente perjudicadas (daño institucional) además de un concepto más amplio que el mero daño comercial: el daño económico.

10.2. En el caso europeo, el Tribunal de Justicia, al referirse a la suma a tanto alzada y a la multa coercitiva como remedios para los supuestos de incumplimiento de sus sentencias, ha destacado que su finalidad es inducir al Estado miembro a que ponga fin al desacato en el menor tiempo posible, fijando como criterio moderador que la misma sea proporcional a la capacidad de pago del Estado del que se trata y al incumplimiento propiamente dicho¹⁶⁰. En cualquier caso, la medida aplicada debe garantizar que el Estado cumpla con la sentencia cuya falta de observancia se le imputa¹⁶¹ y con ello garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario o, lo que es lo mismo, el restablecimiento de la legalidad jurídica¹⁶².

10.3. El mismo Tribunal de Justicia ha destacado que las medidas mencionadas no tienen un sentido reparador o de indemnización, sino presionar al Estado a que ejecute la sentencia dictada en su contra¹⁶³.

10.4. Por su parte, el TJCA ha considerado que las sanciones que se apliquen en estos supuestos "no tienen por que estar referidas ni guardar relación sólo con la gravedad del daño ocasionado por la conducta que dio origen a que se adelantara la acción de incumplimiento y se dictara la sentencia objeto del desacato, sino que, necesariamente, deben descansar en el hecho objetivo del incumplimiento de la sentencia del Tribunal"¹⁶⁴.

10.5. En primer lugar, la situación que habilita una medida compensatoria, afecta, como en este caso, una determinada corriente de flujos comerciales, a saber la de los productos cuya libre circulación se encuentra prohibida por la Argentina. Por ello, la medida compensatoria deberá cubrir, como primer elemento de cálculo, aproximadamente el mismo monto pecuniario que los flujos comerciales perjudicados por el incumplimiento que es la causa de la misma.

10.6. El sector afectado por la medida compensatoria debe ser el mismo al que se refiere el incumplimiento de la decisión del Tribunal, salvo que, como lo establece el artículo 31, inciso 2, del PO, el Estado Parte, de forma fundada, considere que la ejecución de la medida es imposible o ineficaz, supuesto en el cual podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector.

DOCE – N° C 242, 21/08/1996, pág. 6), estableció que "La determinación del importe de la sanción debe estar guiada por el objetivo mismo de dicho instrumento: asegurar la aplicación efectiva del Derecho comunitario. La Comisión estima que el importe debe calcularse en función de tres criterios fundamentales:

- la gravedad de la infracción,
- la duración de la misma y

- la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia".

¹⁶⁰TJCE, sentencias de 4 de julio de 2000, Comisión/República Helénica, asunto C-387/97, Rec. I-5047, considerandos 89 y siguientes, y de 14 de marzo de 2006, Comisión/República Francesa, asunto C-177/04, Rec. I-2461, considerando 61 y concordantes.

¹⁶¹TJCE, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Comisión/Reino de España, asunto C-278/01, Rec. I-14141, considerandos 40 y siguiente.

¹⁶²TJCE, sentencia de 12 de julio 2005, Comisión/República Francesa, asunto C-304/02, Rec. I-6263, considerandos 80 y siguientes y 103.

¹⁶³TJCE, sentencia de 14 de marzo de 2006, Comisión/República Francesa, asunto C-177/04, Rec. I-2461, considerando 59 y siguiente.

¹⁶⁴TJCA, autos de 20 de octubre de 1999, proceso I-AI-97, cit.; de 27 de octubre de 1999, proceso 3-AI-96, cit., y de 1 de agosto de 2001, proceso 34-AI-99, cit.

10.7. No obstante, a fin de garantizar la efectividad de la medida y la igualdad de los derechos y obligaciones de los Estados Partes, resulta necesario ponderar también la medida en base al tamaño del Estado Parte afectado por la misma.

10.8. Ello se justifica, por un lado, para evitar que la diferencia de tamaño entre los Estados Partes pueda, en algunos casos, neutralizar su objetivo inmediato y, por el otro, a fin de que aquella pueda ser suficientemente persuasiva para el Estado remiso, a fin de inducirlo a ajustar su conducta al ordenamiento mercosureño. En todos los casos, la medida compensatoria debe garantizar que los beneficios o ventajas obtenidos de la falta de cumplimiento de una decisión jurisdiccional sean sustancialmente menores que aquellos que se obtendrían en el caso de acatarla.

10.9. Por lo demás, esta forma de valorar la proporcionalidad y alcance de la medida compensatoria es coherente con lo afirmado precedentemente, en el sentido de que los perjuicios que provoca el desacato de una sentencia del Tribunal no se extienden sólo al Estado que lo sufre, sino que tienen un efecto expansivo sobre todo el proceso de integración, afectando sustancialmente su credibilidad institucional y su consolidación jurídica.

10.10. Finalmente, cabe tener en cuenta que los Estados Partes no pueden alegar normas, disposiciones o prácticas del derecho interno como justificación de un incumplimiento del Derecho del Mercosur (en este sentido, ver TPR, Opinión Consultiva, de 3 de abril de 2007, Norte/Laboratorios Northia, asunto TPR-1/07, BOM N° 00, pendiente de publicación; disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>, ver Declaración N° 2 y, concordantemente, voto de la mayoría de los miembros Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Olivera Garcia y voto concurrente del miembro relator Fernández de Brix y del miembro Nicolás Becerra; y TAH, laudo aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, cit., considerando 62).

10.11. Por todo ello, en el marco de una medida compensatoria, la consideración de los daños provocados desde la fecha de la adopción del acto o la medida nacional que ha sido declarada incompatible con el derecho mercosureño por el Tribunal, no afecta, por su sola circunstancia, la proporcionalidad de dicha medida. A su vez, el artículo 32, inciso 2, literal "i", del PO habilita plenamente a este Tribunal, al evaluar la proporcionalidad, a considerar como consecuencia derivada del incumplimiento del laudo al daño existente a partir de la fecha de vigencia de la medida (en este caso la Ley 25.626) declarada violatoria del ordenamiento regional por el laudo incumplido.

IV. CONCLUSIÓN

La fórmula evaluadora de la proporcionalidad de la medida compensatoria en estudio tiende a cubrir dos rubros: daño económico (uno de cuyos componentes es el daño comercial, siendo los otros los propios de las cuestiones tales como las derivadas de las asimetrías en cuestión, las pertinentes escalas de economía, capacidad ociosa perdida, desempleo, costos hundidos, inversiones perdidas) y daño institucional. En este caso, la medida compensatoria adoptada ni siquiera agota el primer factor. Es un poco más que simbólica, habida cuenta de que la misma es abiertamente menos gravosa para Argentina que las consecuencias que se derivan para Uruguay del incumplimiento del Laudo N° 1/2005, antes citado. Ello se explica esencialmente por las asimetrías de tamaño entre ambos Estados Partes y de sus respectivas economías, y la realidad económica del sector involucrado. Un solo ejemplo bastaría para ilustrar esta conclusión: la participación de Argentina en el año 2000 en las exportaciones de Uruguay del ítem 4012.11.00 fue del 43.4%, mientras que la participación de Uruguay en las exportaciones de Argentina del ítem 4011.10.00 se ha mantenido en alrededor del 2%. A su vez, consultando la página Web del INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) de Argentina se puede observar también actualmente como cifra

macroeconómica que las exportaciones globales (FOB) intra Mercosur de Argentina apenas dan un 10,96% de destino a Uruguay, mientras que las exportaciones globales de Argentina tienen como destino Uruguay sólo en un 2,1% (www.indec.mecon.ar). Para el mismo año en la página web del INE uruguayo las exportaciones globales de Uruguay (FOB) intra Mercosur dan a Argentina como destino un porcentual del 34,17%, mientras que en cuanto a exportaciones globales dan como destino a Argentina un porcentual del 7,84% (www.ine.gub.uy).

Adicionalmente, existe además incluso un factor no mencionado por ninguna de las Partes: el factor económico-social de pérdida de empleos. Así en el caso en cuestión, una eventual pérdida de un 2% de mercado no conlleva a ningún resultado negativo para Argentina, pero sí, *a contrario sensu*, la pérdida de un 43.4% de mercado obviamente provoca resultados muy negativos en cuanto este factor individualmente considerado. La equivalencia sustentada por la parte argentina deviene manifiestamente improcedente al evaluarse la proporcionalidad de una medida compensatoria, dentro del marco del incumplimiento de un laudo emanado del tribunal comunitario en un bloque regional de integración.

Finalmente, el daño institucional explicitado en cierta forma pero no específicamente conceptualizado por Uruguay, comporta otro factor de vital importancia en la evaluación de la proporcionalidad para casos como el presente, más todavía considerando que el incumplimiento se refiere precisamente al primer laudo emitido por este Tribunal desde su constitución. A su vez, con las distancias del caso ya que en la Unión Europea están prohibidas las medidas compensatorias, sin embargo los criterios mencionados en este laudo dados a conocer por la Comisión Europea en relación al sistema de cálculo de multas coercitivas, son igualmente de plena aplicación al caso (gravedad de la infracción, duración de la misma y la necesidad de asegurar el efecto disuasorio de la sanción para evitar la reincidencia), para lo cual este Tribunal no necesita en la realidad normativa actual de ninguna delegación de soberanía.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal DECIDE:

- 1) Por mayoría, determinar que la medida compensatoria contenida en el Decreto N° 142/007 de 17 de abril de 2007, emitido por la República Oriental del Uruguay es proporcional y no excesiva en relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del Laudo N° 1/2005 dictado por este Tribunal el 20 de diciembre de 2005, conforme a la normativa aplicable.
- 2) Por unanimidad, disponer, conforme a la normativa aplicable al caso, que, dada la novedad de la cuestión, los honorarios y gastos del presente proceso en cuanto a los tres Miembros actuantes del Tribunal serán abonados, por partes iguales, por Argentina y por Uruguay.
- 3) Por unanimidad, disponer la notificación por correo privado a las partes.
- 4) Por unanimidad, disponer que el presente laudo sea notificado por correo privado, al mero efecto informativo, a las Coordinaciones Nacionales del GMC de la República Federativa del Brasil y de la República del Paraguay, a las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes, así como a la Secretaría del Mercosur.
- 5) Por unanimidad, disponer la traducción inmediata al portugués del presente laudo.
- 6) Por unanimidad, disponer la publicación inmediata de este laudo en las páginas web del Tribunal Permanente de Revisión y de la Secretaría del MERCOSUR, a partir de la notificación mencionada en el punto 3).

7) Regístrese en forma debida.

Dr. Nicolás Becerra
Presidente del TPR

Dr. Wilfrido Fernández de Brix
Presidente del TPR para esta controversia

Dr. Ricardo Olivera
Miembro

OPINIONES CONSULTIVAS

OPINIÓN CONSULTIVA Nº 1/2007

En la ciudad de Asunción, República del Paraguay, a los tres días del mes de abril de dos mil siete,

I. VISTO:

La petición de Opinión Consultiva planteada por la Señora Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada Maria Angélica Calvo, en los autos caratulados: "Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante", vía la Excm. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, recibida por este Tribunal en fecha 21 de diciembre de 2006, y

II. CONSIDERANDO:

Traídos los autos a la vista, y estando el Tribunal Permanente de Revisión (en adelante TPR), reunido en plenario e integrado por el Dr. Nicolás Eduardo Becerra en su calidad de Presidente actual del TPR, el Dr. Joao Grandino Rodas, el Dr. Wilfrido Fernández de Brix, el Dr. Ricardo Olivera Garcia y el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli en su calidad de Quinto Arbitro. Se deja constancia de la excusación obrante en autos del Dr. Roberto Puceiro. A su vez, se detalla que conforme al Art. 6 Inc.3 del Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante PO), se hace constar que por consenso fue designado Coordinador de la redacción de la respuesta a la consulta el Dr. Wilfrido Fernández de Brix. Igualmente se deja constancia que por providencia de este TPR en mayoría, en fecha 1 de febrero de 2006 se corrió traslado por treinta días corridos a las Coordinaciones Nacionales del Grupo Mercado Común, a través de la Presidencia Pro-tempore de Turno. Este plazo a la fecha se encuentra vencido, sin que ninguna Coordinación Nacional haya presentado postura alguna. Seguidamente expone el Coordinador designado:

III. RELATORIO JURÍDICO Y FACTICO DEL CASO

1. Que conforme a las compulsas remitidas por la Magistrada Calvo, en autos se trata de la referida opinión consultiva surgida en el marco de un litigio judicial entre una empresa argentina (Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria) y una empresa paraguaya (Norte S.A. Imp. Exp.). La empresa paraguaya demanda a la empresa argentina por indemnización de daños y perjuicios y lucro cesante ante la jurisdicción de Asunción. La empresa argentina ha opuesto una excepción de incompetencia de jurisdicción argumentando la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (Decisión CMC Nº 01/94) (en adelante PBA) por sobre la Ley nacional paraguaya Nº 194/93. Argumenta en consecuencia el debido respeto a la elección de jurisdicción contractualmente pactada, de conformidad al Art. 4 de tal Protocolo, sosteniendo la primacía del tratado sobre la ley, mas todavía en el caso de ley posterior, dispuesto por el Art. 136¹⁶⁵ de la Constitución Nacional paraguaya. Considera entonces que se dan las circunstancias para la prórroga de la competencia territorial permitida por el Art. 3 del Código de Procedimiento Civil paraguayo. Finalmente, sostiene que el orden público meramente interno de la Ley paraguaya Nº 194/93, debe ceder ante las normas arriba citadas. La parte excepcionada rechazando la argumentación de la

¹⁶⁵ En realidad y sin hacer ningún juicio de valor sobre el derecho interno paraguayo, se consigna meramente, que los Arts. que tratan el tema son los Arts. 137 y 141. El Art. 136 norma sobre la competencia y responsabilidad de los magistrados.

empresa argentina, a su vez invoca el Protocolo de Santa María sobre Relaciones de Consumo (Decisión CMC N° 10/96) (en adelante PSM), manifestando el carácter irrenunciable de los derechos establecidos por la Ley paraguaya N° 194/93 (Art. 9), y afirmando que conforme a los Arts. 7 y 10 de la misma, es procedente la competencia de la jurisdicción paraguaya. Manifiesta además que por los Arts. 2 y 3 del Código Procesal Civil paraguayo, la competencia del Juzgado de Asunción sería apropiada, adicionando a su vez la cita del Código de Organización Judicial paraguayo. Menciona además a su favor un conocido Acuerdo y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay (Electra Amambay SRL c/ Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas – Acuerdo y Sentencia N° 827 del 11 de diciembre de 2001). La parte excepcionada hace notar además que este fallo de la Corte Suprema de Justicia es posterior a la Ley N° 597/95 que internalizó el PBA, y concluye que existiendo tal precedente judicial, la competencia del Juzgado de Asunción es indiscutible. Hace notar además, que conforme al Art. 2 del PBA, el tipo de contrato de autos está excluido del ámbito de su aplicación. En cuanto al PSM, sustenta su argumentación basado en los Arts. 4, 5 y 10. Adicionalmente, sustenta que al presentar la contraparte un incidente de mejora de contracautela, ya se ha consentido la competencia del Juzgado de Asunción. Finalmente, petición expresamente que en caso de existir dudas con respecto a la aplicabilidad al caso de la norma comunitaria invocada por la otra parte, de las que surgiera una controversia sobre la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, se formalice la opinión consultiva pertinente al TPR. A continuación consideramos oportuno destacar:

a. El título de la Ley N° 194/93 reza: Ley que aprueba con modificaciones el Decreto Ley N° 7 del 29 de marzo de 1991, por el que se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.

b. El incidente de mejora de contracautela citado por la parte excepcionada, fue presentado por la parte excepcionante en relación a medidas cautelares decretadas previo al inicio de la acción de fondo.

c. Tales medidas cautelares decretadas previo al inicio de la acción de fondo han sido anuladas por A.I. N° 408, de fecha 9 de junio de 2006, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Cuarta Sala de la Circunscripción Judicial de Asunción, Paraguay. Este A.I. anula la resolución del aquo inferior concedente de las medidas cautelares, por no haberse fundamentado la asunción de competencia ni los presupuestos para la concesión de la medida cautelar. Asimismo, tal A.I. del Tribunal de Apelación declara incompetente en razón del territorio a los órganos jurisdiccionales de la República del Paraguay para entender en el dictado u ordenamiento de medidas cautelares en esta causa. Muy en concreto, este A.I. sustenta la primacía del PBA por sobre la Ley paraguaya N° 194/93 y en consecuencia confirma la validez de la cláusula contractual en cuanto al foro aplicable.

d. Se deja constancia de que en el contrato vinculado a la demanda, celebrado en fecha 22 de mayo del 2000 entre las partes en litigio, y específicamente en la cláusula 22, se ha pactado como jurisdicción competente la de los Tribunales Ordinarios de la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina y como ley aplicable en forma exclusiva el derecho argentino. Igualmente en la cláusula 22, textualmente las partes han acordado dar plena vigencia a la normativa incorporada por el Mercosur, vinculadas a contrataciones de compra-venta internacional de mercaderías, mencionándose expresamente el PBA.

2. Las cuestiones a ser tratadas en esta opinión consultiva son las siguientes:

A. REGIMEN NORMATIVO ACTUAL DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

1. Que el PO en su Art. 3° ha autorizado al Consejo del Mercado Común a establecer mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas. A su vez el Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante RPO) en su Art. 2°, ya ha autorizado la petición de opiniones consultivas a este Tribunal, habilitando a solicitarlas, entre otros, a los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. Asimismo, el Art. 4° del RPO se refiere al tema estipulando que las opiniones consultivas deberán abarcar exclusivamente cuestiones atinentes a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, siempre que se vinculen con causas que estén siendo tramitadas en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante.

2. Es dable resaltar que el Inc. 2 del Art. 4º del RPO, establece que el procedimiento para solicitudes de opiniones consultivas debe ser reglamentado, lo cual a la fecha de inicio de esta causa aún no había acontecido. La cuestión que suscita el nuevo Reglamento de Opiniones Consultivas aprobado por Decisión N° 02/07, de fecha 18 de enero de 2007, será tratado por separado. Consecuentemente, es dable asimismo resaltar que entendemos de perfecta aplicación al caso, el conocido aforismo jurídico que estipula que la falta de reglamentación de un derecho o acción, no puede ser obstáculo para el ejercicio de tal derecho o acción. Sin entrar a emitir ningún juicio de valor sobre los derechos internos nacionales, simplemente citamos como aporte ilustrativo que en algunos países como en la República del Paraguay este consabido aforismo tiene expresa jerarquía constitucional (Art. 45 de la Constitución Nacional paraguaya). A su vez la Constitución de la República Oriental del Uruguay tiene una disposición similar en su Art. 332. En otros, como en la República Argentina, ha sido estipulado en consabidos fallos judiciales incluyendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)¹⁶⁶.

3. En estas circunstancias, estimamos procedente la admisión de esta primera Opinión Consultiva a ser estudiada, mas todavía considerando su trascendental importancia para asentar los sólidos cimientos del concepto, naturaleza y objetivo de las opiniones consultivas dentro de un proceso de integración, dado el contexto de la consulta.

B. CONCEPTO, NATURALEZA Y OBJETIVO DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

1. En realidad, aplicado al escenario de un sistema de solución de controversias dentro de un proceso de integración, y en especialidad en cuanto a consultas originadas en los órganos judiciales nacionales, el concepto de opiniones consultivas resulta incorrecto. En verdad se trata de interpretaciones prejudiciales o en todo caso de consultas prejudiciales. Santiago Benadava, gran estudioso del Derecho Internacional enseña: *“la opinión consultiva, a diferencia de una sentencia de la Corte, no decide, con fuerza obligatoria, un caso contencioso entre partes. Solo da respuesta a una pregunta de carácter jurídico y esta respuesta no es obligatoria. Sin embargo, la autoridad que conlleva la opinión, determina que los órganos que la solicitan, se muestren poco dispuestos a apartarse de ella. Las opiniones consultivas emitidas por una Corte, no poseen el efecto obligatorio que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”*¹⁶⁷. Por el contrario, la interpretación prejudicial en el marco de un proceso de integración, *“es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que este último representado por el tribunal de justicia, interpreta de forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho que se ventila en el orden interno. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del derecho pertinente por todos los jueces en el territorio de los países miembros. En efecto, la función del tribunal comunitario en estos casos es interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico; es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea exclusiva del juez nacional dentro de la esfera de su competencia. No obstante, el tribunal de justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable para la interpretación solicitada”*¹⁶⁸.

2. Ricardo Vigil Toledo, actual Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA) sostiene: *“se conoce como la pieza clave del sistema jurisdiccional de la*

¹⁶⁶CSJN “Banco Ctral. de la Rep. Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera - incid. de verificación tardía - rec. de inconstitucionalidad y recurso directo”, 20/03/2003 (Fallos 326:742; voto de la mayoría por remisión al dictamen del Procurador Fiscal (apartado II); ver asimismo, “Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo”, 20/09/2002 (Fallos 325:2394; considerando 5º del voto concurrente del juez Boggiano).

¹⁶⁷ Benadava, Santiago. Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica Cono Sur. Santiago, Chile. Pag. 324

¹⁶⁸ Sanchez Miralles, Samantha. Publicaciones Jurídicas Venezolanas – www.zur2.com/fp/samantha.htm. Benadava como Sanchez Miralles están a su vez citados en el trabajo presentado por el Dr. Wilfrido Fernández sobre “El Mercosur y el Tribunal Permanente de Revisión: la Opinión Consultiva” al primer Encuentro de los Magistrados de la Cortes Supremas de la Comunidad Andina, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. Lima y Arequipa, Perú - 12, 13, 14 de octubre, 2005.

Comunidad Andina..... Esta acción es de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario.”¹⁶⁹ A su vez, Paolo Mengozzi enseña: “el ejercicio por parte del Tribunal de Justicia de la función prejudicial es importante, sin embargo, mas que por la dimensión que ha tomado, a) por las implicaciones que ha comportado y b) por los efectos que ha determinado. Por cuanto se refiere al primer punto..... se ha contribuido notablemente, además de asegurar la uniforme interpretación y aplicación del Derecho Comunitario, a concretar dos elementos característicos del Derecho Comunitario ya ampliamente considerados supra: la caracterización de los individuos y de las empresas como sujetos del ordenamiento comunitario..... En relación al segundo punto, las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia han tenido un papel determinante en el proceso de afirmación del principio de la aplicabilidad directa y de toda aquella ulterior serie de principios que, como ya se ha indicado, han constituido el motor del proceso en continua evolución que ha llevado a la transformación del Derecho del Mercado Común en Derecho Comunitario”¹⁷⁰

3. El sistema de interpretaciones prejudiciales por la naturaleza de su función, obviamente debe ser obligatorio para los jueces que enfrentan la aplicación de normas comunitarias, cuando estos fueren de única o última instancia en la causa en cuestión; y opcional para que aquellos magistrados nacionales que se encuentran con la necesidad de aplicación de tal tipo de normas, cuando éstos no fueren de única o última instancia en la causa en cuestión. Aunque con matices diferentes, este es el sistema prevalente tanto en la Comunidad Andina como en la Unión Europea, dos procesos de integración con mucho mejor desarrollo institucional que el nuestro. La única diferencia es que en la Unión Europea se aplican las teorías del acto claro y del acto aclarado para eximir excepcionalmente a los magistrados de la obligación de la remisión de la opinión consultiva. A nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no solo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general. Primero, porque dada nuestra realidad coadyuva mejor a la concientización de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de Integración) y segundo, porque si bien a riesgo de ser innecesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El derecho es y debe ser siempre evolutivo.

4. A su vez en nuestro régimen actual, lamentablemente la mal llamada opinión consultiva no es obligatoria en las circunstancias precedentemente esbozadas, ni mucho menos vinculante para el juez nacional consultante. En primer término es característica de todo tribunal su imperatividad, pero mucho mas que ello, con un sistema no obligatorio ni vinculante respecto al magistrado nacional, se desnaturaliza por completo el concepto, la naturaleza y el objetivo de lo que deber ser un correcto sistema de interpretación prejudicial. Ello atenta principalmente con el objetivo de la consulta del juez nacional en el ámbito de un proceso de integración que es lograr la interpretación de la norma comunitaria de manera uniforme en todo el territorio integrado, objetivo por lo demás declarado por el guión cuarto del Artículo 2 de la Decisión CMC N° 25/00 (“Art. 2.- Sin perjuicio de la consideración de otros temas que pudieran ser propuestos por los Estados Partes serán analizados los siguientes:...-Alternativas para una interpretación uniforme de la normativa MERCOSUR”) que fue el antecedente del PO. Tanto en el sistema centroamericano de integración como en el caribeño, así como en la Unión Europea y en la Comunidad Andina, cualquier respuesta del tribunal comunitario a consultas prejudiciales que le remitan los jueces nacionales es siempre vinculante¹⁷¹. Nuestro sistema actual, siempre lamentablemente, no tiene parangón en el Derecho Comparado. Visto lo anterior y teniendo en cuenta lo previsto en el Art. 1 de la reciente Decisión CMC N°09/07, a cuyo tenor, el CMC instruye “al Grupo de Alto Nivel para la

¹⁶⁹ Vigil Toledo, Ricardo. La Solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino. Trabajo presentado a la XL Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados – Madrid, 22-26 de junio, 2004. Pag. 14.

¹⁷⁰ Mengozzi, Paolo. Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Editorial Tecnos. Madrid – 2000. Pag. 259

¹⁷¹ Se aclara de que en el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), no existe aún la obligatoriedad de parte del magistrado nacional de formular la consulta, pero una vez formulada la misma, la decisión de la Corte Centroamericana de Justicia es vinculante

Reforma Institucional del Mercosur..... a elaborar y someter al Consejo del Mercado Común, antes de fines de junio de 2007, ajustes al Protocolo de Olivos en base a las propuestas de los Estados Partes”, instamos pues muy respetuosamente a que en un futuro cercano, las autoridades pertinentes mejoren las características, hoy día ya absolutamente uniformes en el derecho comparado en cuanto al carácter obligatorio del planteo de la consulta así como en cuanto al carácter vinculante de la respuesta de este TPR. Se deja expresa constancia de que varios representantes de las Cortes Supremas de Justicia del Mercosur ya se han pronunciado en tal sentido, en ocasión de las diversas reuniones anuales del Foro Permanente de Cortes Supremas del Mercosur y Asociados, que son llevadas a cabo actualmente en Brasilia en la sede del Supremo Tribunal Federal. A su vez, siendo esta la primera oportunidad que este TPR interviene en el marco de una opinión consultiva, es dable destacar que en el marco del Derecho Comparado, los Tribunales Supremos de los respectivos Estados Miembros no desarrollan ninguna función o competencia vinculada a la tramitación de las consultas prejudiciales que son dirigidas por los jueces nacionales. Por tal razón, este Tribunal desea llamar la atención sobre este importante aspecto, en la esperanza de que los órganos competentes legislen mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas, de manera tal que se permita el contacto mas directo y expedito posible entre este Tribunal y los jueces nacionales consultantes, a fin de respetar y observar la naturaleza y finalidad de tales consultas.

5. Que ante la pobreza normativa de nuestro régimen en el tema de las Opiniones Consultivas, es justo y necesario deslindar claramente en esta primera opinión consultiva lo que el TPR puede hacer y debe hacer, y lo que el magistrado consultante puede y debe hacer. Ello a fin estructurarse ab-initio un mecanismo institucional de reparto de competencias en base a lo aconsejado por la unánime doctrina y jurisprudencia del Derecho Comparado. En efecto, es competencia del TPR, interpretar el derecho del Mercosur, siendo competencia del magistrado consultante el aplicar esa interpretación del TPR (lamentablemente no es vinculante nuestra opinión), así como interpretar el derecho nacional (derecho interno e internacional) y aplicarlo al caso. El TPR solo puede referirse a los hechos que hacen al caso, pero nunca emitir juicio de valor sobre los mismos. En consulta sobre este punto al Ex Presidente de TJCA y ex miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Republica Bolivariana de Venezuela Doctor Moisés Troconis, este afirma textualmente: “El Tribunal no puede interpretar sino la ley común; la cuestión a interpretar solo puede conducir a un juicio de derecho, no a un juicio de hecho; y la providencia del Tribunal no puede ser sino un acto de interpretación, no de aplicación. En cuanto al reparto de competencia entre el Tribunal Comunitario y los Tribunales Nacionales, cabe precisar que, si se trata de una controversia sometida al conocimiento de un Tribunal Nacional, en la cual se invoque o se plantee la aplicación de una norma común, el único ámbito de competencia del Tribunal Comunitario es el de rendir la interpretación de la ley común que se le solicite. En cambio, será de la competencia del Tribunal Nacional la valoración de los hechos constitutivos de la controversia, el uso no vinculante de la interpretación de la ley común rendida por el Tribunal Comunitario, y la aplicación a la controversia tanto de la ley nacional como de la ley común.” (correo electrónico del 31/01/2007)

C. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACION SOBRE LA LEY NACIONAL

1. Las tres características básicas del derecho comunitario son: i) la aplicación inmediata ii) el efecto directo iii) la prevalencia normativa sobre derecho interno. En la Unión Europea el jurista español Ricardo Alonso García, brinda un claro y detallado comentario sobre el concepto y evolución de tales características¹⁷². Igualmente, el Ex-Presidente del TJCA, Dr. Walter Kaune, hace otra interesantísima reseña de tales características en la experiencia andina¹⁷³. En esta oportunidad debemos centrarnos sobre la tercera característica arriba

¹⁷² Alonso García, Ricardo. Las Sentencias Básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Madrid, España - 2003. Pag. 483 y sgts.

¹⁷³ Kaune, Walter. La Necesidad de la Integración y el Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario — Trabajo publicado en el libro editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina “De la

citada. En relación a la misma, resulta evidente que esta causa le da al TPR la oportunidad de una creación pretoriana para insertarla dentro del régimen jurídico comunitario mercosureño, lo cual es perfectamente posible dada nuestra presente normativa en vigencia. Siendo ello así, se concluye que tal tercera característica es perfectamente insertable dentro de nuestro derecho de integración, con lo cual este TPR cumple su responsabilidad institucional al respecto declarándolo así.

2. Ha sido hasta la fecha un error constante tanto de la jurisprudencia como de la doctrina existente, el solo recurrir al argumento de la prevalencia del tratado sobre la ley para sostener la prevalencia o no del derecho del Mercosur sobre el derecho nacional. Si bien este es un argumento jurídicamente correcto, nunca debe constituirse en el argumento principal para el arribo a tal conclusión.

3. El argumento principal debe ser siempre este: el derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia. Caso contrario, se desnaturaliza el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad no solo del Derecho de Integración, sino del proceso de integración en sí mismo, o en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) se pondría "en tela de juicio la base jurídica misma del Mercosur". La anterioridad o posterioridad de la norma nacional deviene absolutamente irrelevante¹⁷⁴.

4. Respecto a ello, con las distancias del caso, parafraseamos al tratadista Luis Ignacio Sánchez Rodríguez citado por Walter Kaune cuando dice: "*entre los principios rectores del Derecho Comunitario la primacía de este sobre los ordenamientos nacionales ocupa un lugar dominante, en consecuencia los conflictos entre las normas comunitarias y las normas nacionales deben resolverse mediante la aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria*"¹⁷⁵. A su vez, Ricardo Alonso comentando el histórico fallo europeo conocido como Flaminio Costa – Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 15 de julio de 1.964, donde se estableció jurisprudencialmente el principio de la primacía del derecho comunitario enseña: "*ya en el asunto Flaminio Costa (1.964) apuntó el TJCE su aproximación al principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno en términos absolutos y globales, i.e. del Derecho Comunitario considerado en su conjunto, incluido el de rango constitucional – según consagrara Internationale Handelsgesellschaft (1.970) – en sus aspectos mas esenciales.....Ello no obstante, así como todos los Estados Miembros han aceptado al día de hoy dicha primacía sobre la ley interna, que se traduce, según puso de manifiesto el TJCE en el asunto Simmenthal (1.978), de inaplicarla al caso concreto por su propia autoridad (esto es, sin esperar su propia depuración por el legislador o la jurisdicción constitucional), no sucede lo mismo con el propio texto constitucional, cuyo valor de norma suprema sigue siendo defendido por los mas altos Tribunales nacionales*".¹⁷⁶

5. Es asimismo tajante la siguiente jurisprudencia: "*El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros ... En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento*

Necesidad de la Integración y su Proyección; Orden y Ordenamiento Jurídico Comunitario – Comunidad Andina – Mercosur – Abril 2004 – Pag. 41 y sgts.

¹⁷⁴ TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, EEE 1964-1966, pág. 99 (considerando décimo). A su vez, dada su similitud con el presente asunto, resulta interesante recordar el siguiente pasaje de dicho caso *pionero* (considerando octavo): "Considerando que esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento; que la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas posteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado...; que las obligaciones contraídas mediante el Tratado constitutivo de la Comunidad no serían incondicionales, sino solamente eventuales, si pudieran quedar cuestionadas por los actos legislativos futuros de los signatarios;"

¹⁷⁵ Kaune, Walter. Obra citada en nota de pie n° 8– Pag. 43

¹⁷⁶ Alonso García, Ricardo. Obra citada en nota de pie n° 7 –Pags. 57 y 58

integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo el derecho interno. El legislador nacional queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común vigente en su territorio, así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común ... El derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan sólo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias. Ello no obsta, por supuesto, para que dentro del ordenamiento interno se considere inconstitucional o inexecutable toda norma que sea incompatible con el derecho común ...” [TJCA, sentencia de 21 de agosto de 2002, proceso 34-AI-2001, Secretaría General/Ecuador, GOAC N° 839, 25/09/02 (recordando la sentencia dictada en el proceso 2-IP-90)].

6. Finalmente, Alejandro Daniel Perotti tiene el mérito indiscutible dentro del Mercosur de haberse percatado de esta cuestión. En efecto, sostiene Perotti, recordándonos el origen pretoriano de la prevalencia del derecho comunitario en la Unión Europea: *“el origen del principio de primacía según el mismo tribunal comunitario, no debe buscarse en previsiones o reconocimientos del derecho nacional de los Estados que participan del proceso de la integración, sino en la propia naturaleza del derecho de la comunidad.”* (Los Principios del Derecho Comunitario y el Derecho Interno en Europa y la Comunidad Andina. Aplicabilidad en el Derecho del Mercosur – Alejandro Daniel Perotti - Montevideo 12 de febrero de 2006 - pág. 23). Perotti historiando con profundidad el desarrollo del principio de la prevalencia de la norma comunitaria en la Comunidad Andina señala: *“aun mas contundente fue el tribunal en el proceso 1-IP-87 (A.Volvo), al sostener “que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista”.* (Perotti, obra citada, pagina 27). A su vez, ya comentando la aplicabilidad de la prevalencia normativa de nuestro derecho de integración mercosureño sostiene: *“efectivamente, el Tratado de Asunción y sus instrumentos complementarios se distinguen claramente de los tratados internacionales clásicos, en tanto han dado origen a un ordenamiento jurídico propio distinto pero integrado en el derecho propio, cuyo obligatoriedad se impone a las autoridades nacionales, incluyendo a los jueces de los Estados Así mismo, la entrada en vigencia del derecho del Mercosur en el derecho interno “y mas en general los términos y el espíritu del tratado tienen como consecuencia la imposibilidad de que los estados hagan prevalecer contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento”. De lo contrario, permitiéndose la legitimidad jurídica de normas nacionales incompatibles con el derecho del Mercosur, ello provocaría, de una parte la violación del Art. 38 del POP¹⁷⁷ y, de la otra una situación discriminatoria prohibida en el marco regional.* (Perotti, obra citada paginas 32, 33 y 34). Concluye finalmente Perotti que: *“tal como se ha podido comprobar, la preeminencia del Derecho del Mercosur no esta basada, jurídicamente, en una permisión, autorización o reconocimiento por parte del Derecho Nacional o Internacional, ni aun cuando ello fuere sostenido en base a la doctrina judicial de los Tribunales Supremos de los Estados miembros. En efecto, el principio de primacía, del Derecho del Mercosur, se deriva de la naturaleza misma de la norma regional, de su esencia, de su finalidad y del propio sistema instrumentado a partir del Tratado de Asunción”* (Perotti, obra citada – pág. 36).

D. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACION SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y PRIVADO

1. Por los mismos argumentos citados, igualmente el derecho de integración (o sea aunque no fuere aún derecho comunitario pleno) debe prevalecer sobre el derecho internacional público y privado de todos los Estados Partes, independientemente de que tales normas de estas dos ramas del Derecho Internacional, fueren anteriores o posteriores a la norma del Derecho de Integración. No sería lógico posibilitar el incumplimiento de una normativa

¹⁷⁷ El autor se refiere al Protocolo de Ouro Preto. En adelante siempre citado como POP.

mercosureña de parte de uno de los Estados Partes mediante la alegación de un compromiso instrumentado en un tratado de carácter bilateral, multilateral o de la índole que fuere, como justificativo de tal incumplimiento. Siempre en esa hipótesis, el Derecho de Integración así como el proceso de integración por sí mismo perdería por completo su naturaleza y finalidad.

2. El Derecho de Integración y el Derecho Comunitario originario, si bien tienen su origen en una fuente propia del derecho internacional como lo son los tratados – por ejemplo, el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Olivos, etc. –, a partir de su entrada en vigor adquieren evidentemente absoluta autonomía e independencia del ordenamiento internacional¹⁷⁸.

Si bien es cierto que las normas de un proceso de integración pueden regular cuestiones de naturaleza de derecho internacional privado – en el sentido de regular situaciones con puntos de conexidad jurídica con derechos de dos o más Estados Partes –, y así sucede con determinadas normas del MERCOSUR, de la Comunidad Andina y de la Comunidad Europea, tal circunstancia no hace novar la naturaleza jurídica de derecho de la integración con la que ellas nacieron y se originaron. Por tal razón, en tanto normas del derecho de la integración – aún cuando regulen situaciones iusprivatistas –, las mismas están revestidas, evidentemente, de la nota de aplicación prevalente sobre las normas nacionales e internacionales. A mayor abundamiento, el Art. 34 del PO ya ha sido claramente interpretado y deslindado por este mismo Tribunal en su primer Laudo (Laudo N° 1/2005 de este TPR de 20 de diciembre de 2005, pág.)¹⁷⁹.

E. PREVALENCIA DE LA NORMA DE DERECHO DE INTEGRACION POR SOBRE EL ORDEN PUBLICO NACIONAL E INTERNACIONAL

1. Pueden distinguirse dos modalidades de orden público: i) el orden público nacional ii) el orden público internacional. En un sistema de integración, en realidad lo que existe es un orden público regional que precisamente hace imperiosa la prevalencia de la norma de un derecho de integración por sobre cualquier otra ley nacional en sentido lato, que pudiere ser correctamente tipificada como de orden público en cualquiera de sus dos modalidades. Es

¹⁷⁸ En tal sentido, el TJCE ha destacado desde un primer momento – en conceptos aplicables al MERCOSUR – que «Considerando que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un **ordenamiento jurídico propio**, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales;» [TJCE, sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64, EEE 1964-1966, pág. 99 (considerando séptimo)].

La misma doctrina puede percibirse en la jurisprudencia del Tribunal *ad hoc* [ver, TAHM, laudo de 4 de abril de 2003, 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, asunto 1/03, BOM N° 24, 2003, págs. 179 a 204 (§VIII:63: «63. Sin perjuicio de que la exceptio non adimpleti contractus, que Uruguay extrae sustancialmente del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no se entiende pueda resultar extensiva a situaciones que no encuadren en los extremos específicamente contemplados en dicho texto, y en particular, no se entiende pueda resultar extensiva a normativa derivada de la intervención de órganos creados en el seno de un sistema de integración regional con poderes para la elaboración de reglas comunes, lo cierto es que el ordenamiento jurídico del MERCOSUR (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos, como se ha descrito, ante un ordenamiento “organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotado de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlas, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimiento y las violaciones”) ha previsto una vía específica para reaccionar frente a infracciones al mismo por los Estados Partes, vía que no es otra que el sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia.»]; así también, TAHM, laudos de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM N° 9, junio, 1999, pág. 227 (§57); y de 27 de septiembre de 1999, Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo, asunto 2/99, BOM N° 11, diciembre, 1999, pág. 263 (§55); de 29 de septiembre de 2001, Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de bicicletas de Origen Uruguayo, asunto 2/01, BOM N° 19, diciembre, 2001, pág. 321 (§3.1).

¹⁷⁹ Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el Recurso de Revisión presentado por la República Oriental del Uruguay c/ el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 25 de octubre de 2005, en la controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”.

precisamente ese orden público regional, el custodio y la garantía de la imperatividad de cualquier norma del Derecho de Integración, y en consecuencia este concepto de orden público regional debe prevalecer como regla general por sobre cualquier otro concepto de orden público, dentro del espacio de integración en cuestión. Además, en el marco de un proceso de integración el orden público nacional deberá ser interpretado teniendo en cuenta el orden público regional que cabe a este TPR interpretar, de esta manera el orden público nacional resulta enriquecido por el orden público regional, consecuencia de la participación del estado en una comunidad de derecho de orden regional. Dentro del orden público regional puede mencionarse el respeto de los derechos fundamentales de la persona, los cuales, por lo demás, no resultan lesionados, en el ius iudice, por las disposiciones del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, antes citado.

2. No obstante, en reiteradas ocasiones, como ocurre con el artículo 5 del PBA, las normas regionales suelen remitir al derecho interno de los Estados Partes para determinadas situación o extremos, por lo cual, en tales supuestos, los jueces nacionales podrán aplicar dichas disposiciones. En este contexto, dicha remisión puede implicar para el juez local el hecho de tener que aplicar normas que hacen al orden público nacional. El juez nacional, al momento de aplicar dichas disposiciones nacionales, en particular las vinculadas al orden público interno, deberá considerar, necesariamente, que aquellas normas y este concepto deben ser interpretados teniendo en cuenta la participación del Estado Parte en el proceso de integración, razón por la cual, la misma deberá ser efectuado de forma concordante entre el derecho del MERCOSUR y el derecho nacional. En tal sentido, el juez nacional deberá tener en consideración que, en lo que hace al orden público interno, dicho concepto no ha de ser interpretado de forma aisladamente nacional, sino teniendo una cuenta el marco comunitario o regional. Tal exigencia se desprende, entre otros fundamentos, de la necesidad de garantizar la interpretación y aplicación uniforme de las normas del MERCOSUR, en su vinculación con las disposiciones nacionales eventualmente aplicables, así como en el patrimonio jurídico común que existe entre los ordenamientos de los Estados Partes.

3. Por lo demás, lo mencionado encuentra recepción en la jurisprudencia de algunos tribunales supremos de los Estados Partes. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, desde antiguo, «ha destacado las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacional que la República Argentina ha hecho propias, así como la necesidad de prevenir la eventual responsabilidad del Estado Nacional por los actos de sus órganos internos que no se ajusten a los compromisos internacionales»¹⁸⁰, habiéndose referido también dicho Tribunal a la necesidad de abordar el concepto de orden público atendiendo a las relaciones internacionales establecidas por el Estado¹⁸¹. Dicha doctrina judicial, evidentemente, preserva conceptos importantes del derecho interno, sin olvidar, en su aplicación a un caso determinado, las implicancias de la participación del Estado en un proceso de integración.

En el mismo sentido puede entenderse la tendencia en el derecho uruguayo, en particular a la luz del Proyecto de Ley denominado “Ley General de Derecho Internacional Privado” (elevado por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General en 2004, a instancia del entonces Ministro de Relaciones Exteriores, Prof. Dr. Didider Opertti), el cual, como se explica en su Exposición de Motivos, ha utilizado como fuentes, entre otros, varias normas del MERCOSUR¹⁸². Dicho Proyecto, que tuvo por finalidad principal adecuar las normas uruguayas en la materia (que datan de 1941) al desarrollo del derecho internacional privado, expresa particularmente que tales cambios en el ámbito internacional “determina la conveniencia de contar con normas jurídicas adecuadas tanto en el plano internacional – en

¹⁸⁰CSJN “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992 (Fallos 315:1492; considerando 19 del voto de la mayoría); “Fibrica Constructora S.C.A./Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 07/07/1993 (Fallos 316:1669; considerando 3º), y “Cafés La Virginia S.A. s/Apelación (por denegación de repetición)”, 13/10/1994 (Fallos 317:1282; considerando 27 del voto concurrente del juez Boggiano).

¹⁸¹CSJN, “Solá, Jorge Vicente s/sucesión *ab intestato*”, 12/11/1996 (Fallos 319:2779).

¹⁸²Proyecto de Ley “Ley General de Derecho Internacional Privado”, N° R/1293, elevado por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores) a la Asamblea General, el 14 de septiembre de 2004.

los tratados – como en el derecho interno; en este último escenario, con una regulación que contemple específicamente las necesidades del país en el ámbito de las relaciones privadas, aunque en *razonable armonía* con el contexto *regional* y universal”¹⁸³. En idéntico sentido puede citarse la “Declaración de la Delegación de la República Oriental del Uruguay”, al firmar los acuerdos de la CIDIP II.

4. Por los argumentos anteriores, resulta aplicable al caso la siguiente jurisprudencia del TJCE: “*por consiguiente, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante....De ello se deduce que el orden público del Estado requerido no puede oponerse al reconocimiento o a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado contratante por el solo hecho de que el tribunal de origen no haya respetado las normas del Convenio relativas a la competencia*” (TJCE, Sentencia del 28 de marzo de 2000, Dieter Krombach, asunto C-7/98, Rec.I-1935).

F. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCION INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL (PBA) – PROTOCOLO DE SANTA MARIA SOBRE RELACIONES DE CONSUMO (PSM)

1. Ab-initio antes de entrar a la interpretación del articulado del PBA, que estimamos aplicable al caso en cuestión, es preciso resaltar que el referido Protocolo fue aprobado y ratificado por todos los actuales Estados Partes. La República del Paraguay en particular lo hizo por Ley N° 597/95 y la República Argentina por Ley 24669/96. En consecuencia está legitimado tal Protocolo para tener prevalencia sobre la ley nacional de todos los Estados Partes del Mercosur.

2. Art. 1 PBA: esta norma es necesario interpretarla en cuanto a su inciso a) que cubre la hipótesis de que ambas partes estén domiciliadas o sediadas en diferentes Estados Partes. A primera vista parecería ser que el “requisito de conexión favorable” no fuere aplicable a tal caso por no estar el mismo mencionado en forma expresa, sino a continuación en el inciso b) que ya trata de otra hipótesis. Es necesario aclarar que el “requisito de conexión razonable” lo mismo rige para este inciso a) ya que como se verá más adelante al interpretarse el Art. 4 el típico ejemplo de obtención en forma abusiva de un acuerdo de jurisdicción, es haberse seleccionado una jurisdicción que no tenga una “conexión razonable” con el contrato y las partes involucradas.

3. Art. 2 PBA: la esencial interpretación que amerita el Art. 2 en relación al caso en cuestión es el inciso 6). En efecto, por este artículo y en especialidad por este inciso 6) quedan exceptuados los contratos de venta al consumidor, en razón de la especial protección que merecen la parte mas débil en tal tipo de contratos. Vale decir, en los contratos de venta al consumidor no se puede aplicar el alcance que se la da a la autonomía de la voluntad por tal Protocolo para escoger foro y derecho aplicable. Asimismo, cabe consignar que precisamente el PSM de Relaciones de Consumo a la fecha no internalizado por ningún Estado Parte, solamente puede ser invocado como un marco referencial doctrinario o como soft law dado que aún no se encuentra en vigor. Ricardo Alonso aclara: “*La expresión anglosajona soft law caracteriza aquellos instrumentos carentes por sí mismos de fuerza vinculante pero no de efectos jurídicos*”¹⁸⁴. No obstante, cabe interpretar sin duda alguna con o sin tal marco referencial citado, que dentro del Mercosur y dada la intención legislativa de este artículo 2 interpretado, no cabe la aplicación del presente Protocolo cuando una de las partes involucradas en el contrato no es un consumidor final. Nada obsta a que también se concluya de que un consumidor final pueda ser una persona física o jurídica¹⁸⁵. En efecto, los

¹⁸³La cursiva fue agregada.

¹⁸⁴ Alonso García, Ricardo. Obra citada - Pág. 36.

¹⁸⁵ Resultan muy instructivos dos trabajos que se citan: 1) Consideraciones Generales sobre el Artículo 2 del Proyecto de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentado por Brasil. Profesores Paula M. All y Adriana Dreyzin de Klor – Foro de Expertos en Materia de Protección de Consumidores para la Preparación de la CIDIP VIII - OEA. 2) Consideraciones Generales sobre el Artículo 1 de los Proyectos de Reglamentación Interamericana en Materia de Protección de los Consumidores presentado por Brasil y Uruguay; también de autoría de los referidos

profesores Paula All y Adriana Dreyzin de Klor en el segundo trabajo mencionado en nuestra nota al pie número 18 sostienen concretamente hablando sobre el concepto de consumidor en el derecho comparado en general: *“En una primera aproximación al tema puede apreciarse una noción amplia de consumidor y una más restringida. Desde la primera, el consumidor es asimilado a la figura del adquirente y tal noción es utilizada por aquellas legislaciones cuyo objetivo es la protección preventiva al consumidor. Desde la segunda, los criterios para calificarlo se dividen y encontramos que se define al mismo como aquel adquirente que satisface un uso privado, familiar o doméstico, o que la actividad que lleva a cabo no es profesional”*¹⁸⁶. Concluimos que evidentemente la intención legislativa del artículo 2 inc. 6 del PBA acogió la segunda modalidad de conceptualización, vale decir, la más restringida. Es más, el PBA, al exceptuar del ámbito de su aplicación a los contratos de venta al consumidor evidentemente debe acoger “la interpretación finalista” que solamente incluye como consumidor a aquel que compra un producto para uso propio o de su familia, siendo esta la única interpretación coherente con el fin de la norma interpretada y de todo el PBA en general. Asimismo, debe culminarse la interpretación de este artículo concluyéndose que los contratos de agencia, representación o distribución no están incluidos dentro de este inc. 6) ni dentro de ningún otro, y en consecuencia a tal tipo de contratos le es perfectamente aplicable este PBA.

4. Art. 4 PBA: tal vez sea la interpretación de este artículo la más relevante para el presente caso. El principio de la autonomía de la voluntad en contratos internacionales no es de larga data. Como mero dato histórico, y siempre sin emitir juicio de valor sobre ningún derecho interno, meramente se consigna que varios juristas¹⁸⁷ han tomado como ejemplo de ello, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1.889. Según los mismos, tal Tratado no había consagrado este principio. Tal opinión igualmente mencionaba que, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1.940, tampoco lo consagró en su total alcance posibilitando solo la elección de foro y derecho aplicable, cuando la legislación aplicable al contrato conforme al mismo Tratado así lo permitía. Solo ulteriormente en la última mitad del siglo XX, tal principio de autonomía de la voluntad en cuanto a foro y derecho aplicable a contratos internacionales empezó a tener concreción normativa. Así por ejemplo la Convención Interamericana de Derecho Internacional aplicable a Contratos Internacionales y precisamente el presente PBA objeto de esta Opinión Consultiva.

5. Art. 4 PBA: Esta norma consagra así la facultad de las partes intervinientes a elegir foro aplicable para cualquier cuestión emergente del contrato en cuestión con una sola condición, a la cual brevemente nos hemos referido precedentemente: que el acuerdo en cuestión no pudiese ser tipificado como obtenido en forma abusiva. El magistrado nacional al considerar la aplicación o no de esta excepción deberá cerciorarse de si ha existido o no en autos el acto abusivo: abuso del derecho en sus varias formas (abuso de posición, de oportunidad, de contratación) o el consecuente abuso de hecho o abuso circunstancial. Pablo Rodríguez Grez define al acto abusivo *“como aquel que consiste en ejercer un derecho subjetivo al margen de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho objetivo, obteniendo un provecho que sobrepasa este interés, sea o no intencionalmente, como consecuencia de romper el equilibrio original que prevalecía entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, al momento de gestarse la relación jurídica subjetiva y en el cual se fundan los derechos y obligaciones que en ella se resuelve”* (El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial - Pablo Rodríguez Grez – Editora Jurídica de Chile 1999- página 78). Siempre según el referido autor el abuso del derecho *“consiste en exceder o desviar el interés jurídicamente tutelado por la norma que consagra esta facultad”* (obra citada – página 7). Sigue enseñando el referido autor que: *“quien sirviéndose de las alteraciones producidas en el escenario fáctico en el cual el derecho subjetivo surgió (al activarse la hipótesis considerada por la norma) procura – consciente o inconscientemente – un provecho que sobrepasa los intereses protegidos, incurre en un “abuso circunstancial”; quien en este mismo contexto ejerce este*

profesores y presentados también al mismo foro citado. Ambos publicados en la página de la OEA <http://www.oas.org/>

¹⁸⁶ Segundo trabajo citado en la nota de pie anterior, Pág. 2

¹⁸⁷ Ver primer trabajo citado en la nota de pie N° 15 – Págs. 2 y 3.

mismo derecho aprovechándose de alteraciones temporales, incurrirá en un “abuso de oportunidad”; y quien invoca en su favor la mutación o modificación de los roles que al momento de generarse la relación cabía a cada parte ligada, incurrirá en un “abuso de posición”; y, finalmente, quien el ejercicio de su libertad contractual, consigue la satisfacción de un interés que la norma jurídica no ampara, incurrirá en un “abuso de contratación” (obra citada – pagina 77). Finalmente, cabe destacar que: “mientras el primero – el abuso del derecho- opera en la fase pretensional, el segundo – el abuso circunstancial – opera en la fase prestacional. Dicho de otra manera quien incurre en “abuso del derecho” invoca una facultad aparente y en ella funda su pretensión; quien incurre en “abuso circunstancial” exige una prestación que deriva de la extinción de una “situación jurídica intersugestiva” (obra citada – pagina 10). Un ejemplo típico de como evidenciar la obtención abusiva de una elección contractual de foro o derecho aplicable, al menos si la elección es de un foro judicial, es la elección de un foro aplicable sin una conexión razonable con el contrato y las partes involucradas. Milton Feuillade tiene una magistral síntesis comentando el Artículo 7 deL PBA cuando dice: “*Pero es de destacar que la conexión razonable es el requisito interno de la competencia judicial internacional argentina ya anunciado y pretende excluir los fraudes judiciales, las jurisdicciones excesivas y el forum shopping*” (Competencia Internacional Civil y Comercial - Milton C. Feuillade – Editorial Abaco de Rodolfo Depalma - Buenos Aires - 2004 - pag. 137). Resulta obvio que la intención del PBA al incluir la excepción interpretada tiene un norte bien determinado: la protección a la parte débil de la negociación pertinente. También es dable interpretar que la partes involucradas pueden ser personas físicas o jurídicas a condición de que tipifiquen como particulares, lo cual a su vez conlleva a una exclusión de personas del derecho público.

6. Arts. 5 y 6 PBA: dejando tan solo de resalto que en cuanto al Art.5, la validez y efectos del acuerdo de elección de foro, debe regirse siempre por el derecho que fuere más favorable a la validez del acuerdo de referencia, se pasa a interpretar el Art. 6. en cuanto a lo que se considera aplicable al caso. La admisión voluntaria de la que habla este artículo requiere dos condiciones: i) que sea positiva y ii) que sea no ficta. Existe jurisprudencia mercosureña inclusive, que en otros escenarios han calificado a la excepción de incompetencia de jurisdicción como una admisión voluntaria de jurisdicción (obra citada – Milton Feuillade – pág. 143). Tal tipo de razonamiento de tales sentencias quedan descartadas para la interpretación del presente articulado precisamente por el requisito expreso de ambos extremos arriba citados. El Art. 6 al requerir tales ambos extremos restringe correctamente las hipótesis fácticas que puedan tipificar como admisión voluntaria de jurisdicción ya existiendo otro foro contractualmente pactado. Ilustrativamente, solo el contestar derechamente la demanda podría equivaler ab initio dentro del contexto de este Protocolo a una admisión voluntaria de jurisdicción. Con mayor razón aun, cualquier incidencia procesal previa a la acción de fondo o inmediatamente posterior a la misma que no sea un acto o actuación procesal con tales caracteres citados, no podrá ser tipificada como una admisión voluntaria que haga posible la prorrogación de jurisdicción vis a vis la jurisdicción contractualmente seleccionada.

G. SITUACION DEL NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PARA OPINIONES CONSULTIVAS AL TPR

1. Cuestión de inaplicabilidad por irretroactividad: la Magistrada Calvo dictó la providencia decidiendo la consulta a nuestro Tribunal en fecha 7 de setiembre de 2006, remitiendo la misma al Señor Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia del Paraguay por oficio de fecha 14 de octubre de 2006. Esta Excma. Corte Suprema de Justicia en forma errada, remite la consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay por oficio de fecha 15 de diciembre de 2006 (al respecto cabe destacar que las Corte Supremas de Justicia deben comunicarse directamente con el TPR, y no a través del Ministerio de Relaciones Exteriores), y finalmente este Ministerio a través de la Dirección de Asuntos Legales, remite la consulta a este Tribunal, la cual fue recibida por Secretaria en fecha 21 de diciembre de 2006. La Decisión del Consejo del Mercado Común, que aprueba este Reglamento, es la Decisión Nº 02/07 de fecha 18 de enero de 2007. Este Reglamento deviene entonces inaplicable in totum al presente caso por el básico principio jurídico de la irretroactividad de la norma, considerando la mera reseña cronológica arriba expuesta.

2. Cuestión de inaplicabilidad por inconformidad con el Derecho originario del Mercosur: he aquí lo más grave.

i) El Reglamento de referencia contiene varios artículos que contrarían no solamente el derecho originario del Mercosur, sino los mismos principios generales del Derecho, incluyendo los principios generales de Derecho de Integración (Art.34 inciso 1-PO) Como primera sub-cuestión, cabe preguntarse si este TPR tiene o no competencia para estudiar y declarar inaplicable normas del derecho derivado que transgreden manifiestamente el derecho originario del Mercosur. La respuesta es afirmativa. En efecto, una lectura finalista de las normas mercosureñas, es decir que tengan en cuenta el contexto en el que se desarrolla un proceso de integración y los objetivos del mismo – entre ellos la seguridad jurídica –, demuestra que se impone una respuesta afirmativa a dicha sub-cuestión. En tal sentido, los giros normativos “cualquier cuestión jurídica comprendida” en el derecho del Mercosur e “interpretación jurídica de la normativa del Mercosur” contenidos respectivamente en los Art. 3 inciso 1 y 4 del RPO, analizados a la luz del espíritu y del sistema del PO – cuyo preámbulo afirma “Que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias” –, ameritan que en base tal fundamento normativo pueda conferirse a este Tribunal la posibilidad de pronunciarse sobre la inaplicabilidad de las normas del derecho derivado por violación de disposiciones del derecho originario del MERCOSUR, pues caso contrario este TPR se encontraría aberrantemente obligado a declarar aplicable y/o aplicar una norma del derecho derivado, aún cuando la misma estuviera en manifiesta contradicción al Tratado de Asunción o al resto del derecho originario, lo cual a su vez sería un contrasentido institucional de gravísimo nivel. A su vez, además de los referidos principios del Derecho de Integración, puede considerarse que la atribución para proceder en tal sentido (inaplicabilidad de una norma derivada) surge implícita de la escala normativa del derecho del MERCOSUR (artículos. 41 del POP, y 1, 34 y 39 del PO)¹⁸⁸. En tal sentido, textualmente se lee en las conclusiones del informe final del Foro Constitucional Iberoamericano: “Así, debe interpretarse que el actual sistema permite, como mínimo, inaplicaciones al caso concreto de la normativa mercosureña, que los Tribunales Ad Hoc o el TPR consideren “ilegales” en el marco de las controversias de las cuales estén conociendo. Así también, debe interpretarse que el actual sistema permite al TPR pronunciarse acerca de dicha “ilegalidad” en el marco de las opiniones consultivas” (Informe final – Foro Constitucional Iberoamericano – 9 al 14 de Agosto de 2004 – Asunción, Paraguay – pag. 2). Se aclara que no estamos diciendo que este TPR tiene competencia en esta instancia para declarar la nulidad de los artículos en cuestión, pero si obviamente facultad para declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

ii) Desconocer la potestad del TPR para proceder conforme, significaría que los propios tribunales nacionales, tendrían entonces la competencia de declarar la incompatibilidad precedentemente mencionada, provocando entonces la vigencia no uniforme del derecho del Mercosur en el territorio de los Estados Partes, además de desnaturalizar por completo la competencia jurisdiccional de un tribunal comunitario (una vez mas sin parangón alguno en el Derecho Comparado)..

iii) El Laudo Arbitral del 4 de abril de 2003, ya había afirmado “*lo cierto es que el ordenamiento jurídico del Mercosur (que no hay duda que puede y debe calificarse de tal, por mucho que pueda discutirse su plenitud, habida cuenta de que estamos como se ha descrito, ante un ordenamiento organizado y estructurado, que posee sus propias fuentes, dotados de órganos y procedimientos aptos para emitirlos, interpretarlos, así como para constatar y sancionar los casos de incumplimientos y las violaciones*”¹⁸⁹

¹⁸⁸Perotti, Alejandro Daniel, “El control de legalidad de las normas del MERCOSUR por el juez nacional”, Revista DeCitas. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades, Nº 3, 2005, ed. Zavallia, Buenos Aires, Argentina, págs. 558 a 560.

¹⁸⁹ Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur – Incompatibilidad del Régimen de Estimulo 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, Asunto 1/03, BOM Nº 24, 2003. Pag. 179

iv) Citamos tan solo enunciativamente la Decisión CMC 25/00, el Preámbulo del PO donde se menciona expresamente la interpretación, aplicación y cumplimiento del Derecho del Mercosur en forma consistente y sistemática; el Preámbulo del RPO donde se habla de asegurar la efectividad de los mecanismos pertinentes y la mayor seguridad jurídica del proceso de integración, el Preámbulo de la Decisión CMC 30/05 (Reglas de Procedimiento del TPR), así como el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004/2006 aprobada por la Decisión CMC N° 23/06, donde en el ítem 3.2 reza textualmente: “poner en funcionamiento el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur dotándolo de la infraestructura y recursos necesarios para el adecuado ejercicio de sus tareas”. Todo ello demuestra que la constante preocupación en el Mercosur ha sido lograr la mayor uniformidad posible en la interpretación del Derecho del bloque y al mismo tiempo la eficacia y efectividad del accionar de este Tribunal.

v) Específicamente entonces, el Art. 1 del Reglamento del Procedimiento para las Solicitudes de Opiniones Consultivas, viola flagrantemente las normas del Mercosur precedentemente citadas, porque de ninguna manera establece un mecanismo que asegure la uniforme interpretación del Derecho del Mercosur en los Estados Partes, dejando a cada país la regulación de las mismas en cuanto al trámite interno se refiere, así como otorgando poderes a cada Corte Suprema de Justicia a la hora de tramitar las opiniones consultivas. Por el contrario, el sistema establecido se estructura de manera tal a producir efectos totalmente contrarios a tales objetivos, y se logra desafortunadamente un derecho derivado que no solo está en absoluta inconformidad con el pertinente derecho originario, sino que da rienda suelta a la creación de un derecho derivado por cada Estado Parte, lo cual es inconcebible. Además, específicamente viola el Art. 3 del PO, pues el Consejo del Mercado Común no definió los procedimientos, sino que los delega inapropiadamente a cada tribunal interno.

vi) En cuanto al Art. 6 del Reglamento analizado, la frase “por intermedio de la PPT”, en primer término le despoja al TPR de un atributo básico de cualquier tribunal: el control directo de las etapas y plazos que hacen al procedimiento de una causa ya iniciada ante el mismo. En segundo término, crea un sistema de absoluta y tajante desigualdad procesal, ya que será siempre la Coordinación Nacional del país que ejerza la Presidencia Pro Tempore, la que redistribuirá a las demás Coordinaciones Nacionales la documentación que hace al caso, venciendo los plazos de respuesta en fechas totalmente diferentes entre sí, sin que el TPR pueda hacer nada al respecto. Mucho menos asegurar siquiera su cumplimiento. En ambos extremos citados se viola el principio de la certeza y seguridad jurídica consagrado en el derecho originario del Mercosur, desnaturalizándose con todo ello el citado principio del fortalecimiento institucional del TPR (entre otros: Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Protocolo de Las Leñas, el mismo PO y el mismo RPO). En tercer lugar el Art. 6 viola el Art. 13 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, aprobado por la Decisión CMC 23/05, ya en vigor en los cuatro Estados Partes. Es más, el Parlamento ya ha sido inaugurado el 14 de diciembre de 2006. Se debió incluir en el Art. 6 al Parlamento del Mercosur, lo que implica otra violación de una obligación instituida en el derecho originario.

vii) En cuanto al Art. 11 del Reglamento analizado, no garantiza un mecanismo que asegure la participación de los particulares, ya que la forma de pago de los gastos desincentivará con toda seguridad las opiniones consultivas de todos los países, pequeños o grandes del Mercosur. Al limitar el acceso de los particulares infringe el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004-2006 aprobado por la decisión CMC 23-06. Asimismo mismo infringe el mismo Tratado de Asunción, que textualmente reza: “CONSIDERANDO que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social” (párrafo primero), “CONCIENTES de que el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina...” (párrafo quinto), “CONVENCIDOS de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes” (párrafo primero)

(párrafo sexto) y “REAFIRMANDO su voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos” (párrafo séptimo); (los subrayados son nuestros). De ello se desprende, de una parte que la finalidad principal de la carta constitucional del MERCOSUR ha sido, en definitiva, mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos de los Estados Partes, lo cual se transforma en el objetivo básico y fundante del proceso de integración, y por otra parte que resulta incompatible con el derecho del MERCOSUR toda discriminación injustificada entre los ciudadanos de un Estado Parte y otro”. Igualmente, este Art. 11 es discriminatorio en cuanto a la forma de pago de las consultas, según provengan de los Órganos del Mercosur, los países o las Cortes Supremas de Justicia. Esto viola la naturaleza y finalidad de la opinión consultiva con lo cual clara y terminantemente se puede hablar de una violación al PO, a su espíritu e intención legislativa. El PO reza en tal sentido que “RECONOCIENDO Que la evolución del proceso de integración en el ámbito del Mercosur requiere del perfeccionamiento del sistema de solución de controversias” y “CONSIDERANDO La necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del Mercosur, de forma consistente y sistemática” (párrafos segundo y tercero)]. Además puede considerarse como violatoria de “la dinámica implícita en todo el proceso de integración y a la consecuente necesidad de adaptar la estructura institucional del Mercosur a las transformaciones ocurridas” (reconocida en el preámbulo del POP, párrafo cuarto). También es discriminatorio porque las opiniones consultivas tienen el objetivo de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de Integración del Mercosur, y pagando solo el Estado Parte del juez consultante, trae como conclusión un beneficio gratuito para los otros Estados Partes. Vale decir el Estado Parte que hace el esfuerzo por la consolidación institucional y jurídica del Mercosur, paga por todos los demás. Al ser un beneficio para todos los Estados Partes, habrá que aplicar el principio que rige en materia de presupuesto en la Secretaría del Mercosur, expuesto en el Art. 45 del POP (financiamiento por partes iguales de los Estados Partes). Esto último atenta inclusive contra el mero sentido común pero además, resulta indudable que el principio del no enriquecimiento ilícito está receptado como principio general del Derecho de Integración. Como se menciona, al limitar de esta forma el acceso de los particulares, el sistema creado, infringe el punto 3.2 del Programa de Trabajo 2004-2006, aprobado por Decisión CMC N° 26/03, ya que términos relativos costará más a un Estado Parte que a otro, y en los hechos significará sin duda alguna que los particulares de un Estado Parte tendrán más facilidad para acceder en opinión consultiva al TPR en relación con los particulares de otros Estados Partes, con lo cual nuevamente se provoca una discriminación. En las opiniones consultivas a diferencia de las controversias país-país, hay un interés directo común en todo el territorio del espacio comunitario. Se reitera que la opinión consultiva tendrá mucha mayor fuerza expansiva que la controversia país-país, en el sentido de que será de utilidad para todos los tribunales nacionales de los Estados Partes del Mercosur (no solamente beneficiará a la judicatura del magistrado consultante o a su país). La construcción del derecho del Mercosur es tarea común de todos los Estados Partes. El Art. 11 profundiza flagrantemente las asimetrías porque no le sale lo mismo, en términos de PIB, una consulta al Uruguay que al Brasil y por ello, el sistema adoptado va frontalmente en contra de la política adoptada por el Mercosur de reducir la asimetría, en este caso económica. El sistema adoptado va a provocar con toda seguridad que haya países que ante una cuestión presupuestaria limiten y restrinjan subrepticamente – a través de las Cancillerías y las Cortes - los pedidos de sus jueces consultantes. Ello provoca a su vez que se infrinja la política de asimetría del Mercosur, política que implica la eliminación de los grados de desarrollo diferenciado que puede provocar el proceso de integración, y que tuvo su plasmación normativa en el POP, al mencionar su preámbulo que “(los Estados Partes) Reafirmando los principios y objetivos del Tratado de Asunción y atentos a la necesidad de una consideración especial para los países y regiones menos desarrollados del Mercosur”. Esto siguió luego siendo desarrollado a lo largo de una vasta actividad legislativa del Mercosur (traducida en varios Protocolos, Acuerdos y Decisiones sobre Asimetrías).

viii) En suma, los artículos citados devienen inaplicables por su absoluta inconformidad con el derecho originario del Mercosur mas arriba expuesto.

3. Cuestión de inaplicabilidad por inconformidad con el Derecho originario del Mercosur de la Resolución del Grupo Mercado Común 02/07

Esta resolución autoriza a la República del Paraguay a solventar los gastos derivados de la tramitación de esta opinión consultiva. Brevitatis causa, por los mismos argumentos ya mencionados esta resolución deviene igualmente inaplicable por su manifiesta inconformidad con el Derecho originario del Mercosur.

4. Carácter vinculante de las declaraciones de inaplicabilidad.

Es obvio que esta opinión consultiva para la Magistrada consultante, no es vinculante para la misma (Art. 11 del RPO). Ahora bien, la inaplicabilidad decretada en los ítems 2 y 3 precedentes, constituye una cuestión interna del Mercosur, es decir, una cuestión que afecta al TPR con el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común y la Secretaría del Mercosur. En razón de ello, esta declaración de inaplicabilidad debe ser vinculante, siendo ella una cuestión ajena a la Magistrada consultante. Esta obligatoriedad debe ser determinada por el TPR, al ser este, junto con los Tribunales Ad Hoc los órganos exclusivos del Mercosur facultados a proceder a la interpretación y aplicación de las normas del Mercosur. Los artículos 2.1 y 3 de las Reglas de Procedimiento del TPR así lo confirman. Asimismo, dada la trascendencia institucional de una declaración de inaplicabilidad de una norma del Mercosur, deviene absolutamente necesario que se establezca que dicha declaración es y debe ser obligatoria. Sostener lo contrario, implicaría una gravísima situación institucional ya que ello comportaría el hecho de que una norma del Mercosur de Derecho derivado reconocida por el TPR como incompatible con el Derecho originario del Mercosur, fuere susceptible al mismo tiempo de ser aplicada por los órganos del bloque que estén involucrados en su elaboración y cumplimiento.

H. HONORARIOS Y GASTOS DEL PRESENTE CASO

1. Siendo inaplicable el Reglamento establecido, conforme a lo precedentemente expuesto, entendemos que este Tribunal está perfectamente habilitado conforme a la normativa vigente, a establecer la forma de pago de los mismos.

2. La opinión consultiva, dada su naturaleza, si bien surge dentro del contexto de una controversia nacional, es la función más importante de un tribunal comunitario, según nos enseña indiscutiblemente la experiencia histórica en el Derecho Comparado. A diferencia de una controversia país-país, en una opinión consultiva existe un interés social común, ya que la interpretación y aplicación uniforme del derecho de integración beneficia por igual a todos los Estados Partes, según ya se dejó esbozado.

3. En consecuencia, lo correcto es estipular que la presente opinión consultiva sea sufragada en cuanto a honorarios y gastos se refiere, en forma proporcional e igualitaria, por todos los Estados Partes del Mercosur, con los fondos existentes de cada una de las sub-cuentas nacionales del Fondo Especial para Controversias, estructurado por la Decisión CMC N° 17/04.

4. Sin perjuicio de la determinación de este Tribunal – acerca de que los gastos de la presente Opinión Consultiva deberá ser sufragada por partes iguales, por todos los Estados Partes, a partir de las Cuentas Nacionales del “Fondo Especial para Controversias” previsto en la Decisión CMC N° 17/04 –, debe señalarse que la efectivización del pago a cada uno de los integrantes del Tribunal deberá ser realizada por la Secretaría del MERCOSUR dentro del plazo de 30 DÍAS siguientes a la emisión de esta Opinión Consultiva. En el caso en el que para la fecha indicada, la Cuenta Nacional de algún Estado Parte no disponga de fondos suficientes para afrontar, en parte o la totalidad, de los gastos del integrante del Tribunal a que corresponde su nacionalidad, la Secretaría del MERCOSUR deberá, obligatoriamente, proceder a descontar los fondos faltantes de las Cuentas Nacionales de los demás Estados Partes, en forma igualitaria, debiendo posteriormente – cuando existieran fondos en la cuenta faltante – realizar las compensaciones y traspaso de cuentas pertinentes.

La competencia de este Tribunal para determinar la presente forma de pago surge implícita del artículo 36 del Protocolo de Olivos, interpretado a la luz del preámbulo de dicho Protocolo y, más en general, del sistema y del espíritu del mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR. En tal sentido, no debe olvidarse que, tal como lo mencionó el Tribunal *ad hoc*, el Derecho del MERCOSUR debe ser interpretado de una manera global (interpretación sistemática). En efecto, tal Tribunal sostuvo en su momento, que «*la tarea del Tribunal no*

consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del MERCOSUR (Protocolo de 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»¹⁹⁰; entendimiento éste que ha sido también acompañado por este Tribunal Permanente, en su asunto TPR-1/06 (neumáticos recapados)¹⁹¹.

I. RESALVA DE DISIDENCIA

Este preopinante deja constancia de su disidencia en cuanto a la providencia de traslado por treinta días corridos decretada por este TPR en mayoría, en fecha 1 de febrero de 2006, a las Coordinaciones Nacionales del GMC, porque en la oportunidad en que fue dictada transgredía el Art. 7 del Reglamento del PO, entre otros motivos. Asimismo se deja constancia de que por principio estamos totalmente de acuerdo en el traslado de cada petición de opinión consultiva a tales Coordinaciones Nacionales por ser institucionalmente muy correcto ese paso, pero siempre en la oportunidad procesal adecuada, y no a destiempo.

A su turno el Dr. Nicolás Becerra expone:

A) Relación fáctica del caso.

1. El día 22 de mayo de 2000, la sociedad argentina “Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A.” celebró un contrato de distribución con la sociedad paraguaya “Norte S.A. Importación – Exportación”. En la cláusula 22 del referido contrato se estableció: “22.1. Ley aplicable: el presente contrato, todos los términos del mismo y la relación entre las partes estará exclusivamente regida y se le aplicarán las leyes sustantivas argentinas. Las partes acuerdan dar plena vigencia a la normativa incorporada por el MERCOSUR, entre los Estados Parte, que regula las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías, sometiéndose a lo establecido por el Protocolo de Buenos Aires. 22.2. Jurisdicción: cualquier controversia o petición que surja del contrato o esté relacionada con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referente a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al período de finalización o validez del mismo, será exclusivamente establecido en los tribunales de ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina”.

2. “Norte S.A. Importación – Exportación” demandó ante la Jurisdicción de Asunción, República del Paraguay, a “Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A.” por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual. La demandada opuso la excepción previa de incompetencia, sustentando su posición en la existencia de un acuerdo sobre elección de foro, al amparo de lo establecido por el artículo 4 del “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual” (en adelante PBA) y su aplicación prevalente sobre la Ley paraguaya N° 194/93. La actora, al contestar el excepcionamiento,

¹⁹⁰TAHM, laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N° 37/1997 y N° 7/1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM N° 9, junio, 1999, pág. 227 [considerando §49, ver asimismo considerandos 50, 51 y 85 (i)]; en igual sentido similar laudos de 10 de marzo de 2000, Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MECySP), asunto 1/00, BOM N° 13, junio, 2000, pág. 115 (considerandos III.D.3), y de 6 de septiembre de 2006, Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, asunto TAH-1/06 (considerandos II-G:155 y III-186; pendiente de publicación en el Boletín Oficial del MERCOSUR, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

¹⁹¹TPR, aclaratoria de 13 de enero de 2006, laudo de revisión Prohibición de importación de neumáticos remoldeados, asunto TPR-1/06 (considerandos 2:VII, 2:XII y 2:XXIX; pendiente de publicación en el Boletín Oficial del MERCOSUR, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/>).

rechazó la argumentación de la excepcionante, invocando en lo sustancial los siguientes extremos: a) el carácter irrenunciable de la Ley paraguaya N° 194/93; b) que el caso encuadra dentro de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del PBA (“contrato de venta al consumidor”); y c) que corresponde la aplicación del “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo” (en adelante PSM). Asimismo solicitó a la Señora Juez que elevara los antecedentes del caso a la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, a los efectos de que ésta solicitara al TPR del MERCOSUR una opinión consultiva, de conformidad con el artículo 3 del “Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR” (en adelante PO).

B) Régimen normativo de las opiniones consultivas. Competencia del TPR.

4. Que el PO en su Art. 3º ha autorizado al Consejo del Mercado Común a establecer mecanismos de solicitudes de opiniones consultivas. A su vez el Reglamento del Protocolo de Olivos (en adelante RPO) en su Art. 2º, ya ha autorizado la petición de opiniones consultivas a este Tribunal, habilitando a solicitarlas, entre otros, a los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. Asimismo, el Art. 4º del RPO se refiere al tema estipulando que las opiniones consultivas deberán abarcar exclusivamente cuestiones atinentes a la interpretación jurídica de la normativa del Mercosur, siempre que se vinculen con causas que estén siendo tramitadas en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante.

5. En el inc. 2) del art. 4 del RPO, se establece que el procedimiento para solicitudes de opiniones consultivas debe ser reglamentado, lo cual ha sucedido como consecuencia del dictado de la Decisión N° 02/07 de fecha 18 de Enero de 2007.

De las normativas mencionadas surge claramente la competencia del TPR para emitir la opinión consultiva requerida, toda vez que éstas habrán de referirse exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas del CMC.

En el caso que nos ocupa se trata de interpretar el Protocolo de Buenos Aires (en adelante PBA), que fuera oportunamente aprobado y ratificado por todos los actuales Estados Partes. La Republica del Paraguay lo hizo por Ley 597/95 y la Republica Argentina por Ley 24.669/96.

C) Naturaleza y alcance de la Opinión Consultiva.

En el marco de un sistema de integración, las opiniones consultivas emanadas de un Juez Nacional y dirigidas a un Tribunal Comunitario deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales, toda vez que el Juez Comunitario debe interpretar el derecho de integración – en este caso Mercosureño -, quedando claramente definido que la aplicación de tal interpretación, resulta de exclusiva competencia jurisdiccional del Órgano Judicial que ha formulado la consulta.

D) Protocolo de Buenos Aires. Su aplicabilidad.

La organización comunitaria Mercosureña desarrolla su “Constitución material” a través de siete tipos normativos o formas jurídicas de la Integración con un régimen jurídico diferenciado: 1- Tratado de Asunción, 2- Protocolos Institucionales, 3- Acuerdos de Complementación Económica, 4- Protocolos Operativos, 5- Acuerdos de Cooperación Intraregional, 6- Acuerdos de Cooperación Interregional, 7- Acuerdos de intención y entendimiento (confrontar en Rimoldi de Ladmann, Eve, “La integración como sistema. Las variables política, económica y jurídica”, Tesis doctoral, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1982). La dinámica implícita en todo proceso comunitario se integra, como vemos con los protocolos, los cuales forman parte del Tratado, de tal modo que la adhesión de un país a este ultimo implica la aplicación ipso iure de los mismos. Ello determina que su naturaleza jurídica participe de la del Tratado al que acceden, y así pasan a conformar Derecho Comunitario originario y constitucional en sentido material (ello surge en forma expresa del Protocolo de Ouro Preto, que en el artículo 41, al indicar las fuentes jurídicas del Mercosur, cita en forma conjunta “I-El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios. . .”).

Según Laura Dromi San Martino en Derecho Constitucional de la Integración, pag. 263 y sgtes., los protocolos se distinguen entre institucionales y operativos. Los

primeros regulan los mecanismos de gobierno y administración del MERCOSUR y la estructuración de los órganos comunitarios. Los protocolos y acuerdos operativos tienen por finalidad instrumentar normas de coordinación y políticas de armonización legislativa en asuntos determinados, así como también facilitar la circulación de los factores de producción, coadyuvando a realizar los objetivos de la integración, sean estos previstos originariamente por el Tratado de Asunción o no.

Dentro de los mecanismos de armonización y cooperación jurídica adoptados en el marco de la integración Mercosureña se observan acuerdos y protocolos relativos a asistencia jurídica mutua, a cooperación jurisdiccional, determinación de responsabilidades y protocolos relativos a la solución de controversias.

Entre los protocolos de cooperación jurisdiccional puede mencionarse el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, que se aplica a las jurisdicción contenciosa internacional de contratos de naturaleza civil celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas con domicilio o sede social en el territorio de al menos uno de los Estados Partes del MERCOSUR.

En el caso que nos ocupa entiendo que resulta de aplicación el Protocolo de Buenos Aires que ha sido oportunamente suscripto y ratificado por los Estados Partes. El tema traído a consulta se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación del referido protocolo, en tanto y en cuanto se trata de un conflicto referido a un contrato internacional de naturaleza comercial que se ha generado entre personas jurídicas con domicilio en dos Estados Partes del MERCOSUR (Argentina y Paraguay). El Protocolo de Buenos Aires siguiendo el criterio predominante actual en materia de contratación internacional consagra el principio de la autonomía de la voluntad en materia de elección de jurisdicción. Consecuentemente la cláusula 22.2 del Contrato suscripto entre las sociedades en conflicto tiene plena validez.

Por otra parte el caso traído a la opinión del TPR no está comprendido en ninguna de las situaciones excluidas del ámbito de aplicación del PBA por su artículo 2°. Asimismo no puede calificarse al Contrato de relación de consumo, toda vez que se trata de un convenio de distribución excluido de la aplicación del Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de Relaciones de Consumo, Protocolo que por otra parte no se encuentra vigente.

Dicho esto interpreto que correspondería la elección de los Tribunales de la República Argentina realizada en el Contrato, la que es válida en tanto no surge que haya sido obtenida de forma abusiva (artículo 4), y dicha jurisdicción tiene vínculos de razonabilidad con el conflicto planteado (artículo 1). Esta interpretación es sin perjuicio de la que oportunamente realice la Juez interviniente.

El principio de primacía indica que las normas comunitarias tienen jerarquía superior a las del derecho interno de los Estados miembros. En el bloque de constitucionalidad del MERCOSUR no se establece la supremacía o primacía de las normas comunitarias, cuando estas entran en conflicto con las del derecho interno. Sin embargo el principio de preferencia o primacía es una respuesta jurídica a la necesidad de homogeneizar el régimen jurídico de integración, dándole seguridad jurídica en el ámbito de los países miembros. Sin embargo concuerdo en la reserva de orden público que el propio PBA contiene en su artículo 5° y que constituye una valla a la actuación del derecho extranjero, como también que las normas de derecho comercial nacional e internacional son por regla generales de orden público relativo dado que generalmente no existe un interés social comprometido.

En definitiva entiendo que en el caso en cuestión prevalece la aplicación del PBA sobre la Ley Nacional Paraguaya N° 1294/93.

E) Aplicabilidad de la decisión CMC N° 02/07 y régimen de honorarios y gastos. (Res. 02/07 GMC)

En este tema concuerdo con el voto del Dr. Ricardo Olivera, toda vez que desde el punto de vista procesal entiendo que resulta perfectamente aplicable la reglamentación dictada para las opiniones consultivas y también lo establecido como régimen de honorarios y gastos por el CMC y GMC. Sin perjuicio de considerar que en virtud de los principios que

rigen la integración, resultaría apropiado que los gastos y costos de las opiniones consultivas sean soportados por todos los Estados Partes.

A su turno el Dr. José Antonio Moreno Ruffinelli, acompañado por el Dr. Joao Grandino Rodas, exponen:

El MERCOSUR constituye aún hoy un proceso de integración marcado por el accionar intergubernamental. No obstante ello, el derecho del MERCOSUR “necesita” no quedar sujeto al albur de lo que establezcan las normas nacionales de los Estados partes. Esa y no otra es la filosofía de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en “Costa c. ENEL”, dictada cuando la Comunidad Económica Europea había apenas comenzado y no había indicios tan claros de que se llegaría a la supremacía del derecho comunitario. El TJCE señaló que no hay otra forma posible de hacer funcionar la Comunidad y de hacer respetar las obligaciones asumidas por los Estados que colocar el derecho emanado del bloque en otro nivel, diferente. La supranacionalidad –como superación de lo intergubernamental– es un término a veces ambiguo. No obstante, el mismo hecho –entre otros– de que los Estados se hayan comprometido a respetar las decisiones de las controversias sometidas al TPR ya crea, en cierto sentido, un marco de supranacionalidad. Las opiniones consultivas, si bien no son vinculantes para el juzgador nacional, constituyen un formidable instrumento de armonización, contribuyendo así, de manera efectiva, a la atmósfera de supranacionalidad que debe impregnar como aspiración el avance de todo proceso de integración.

Esta consulta guarda relación con el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual (PBA) y su aplicación a un caso en particular, tal cual se describe más arriba.

Al respecto, corresponde fijar algunas precisiones generales muy importantes como pautas interpretativas para éste y otros casos análogos que pudieran presentarse dentro del bloque.

Los Protocolos de Derecho internacional privado son convenciones internacionales, pero convenciones muy particulares al estar contenidas en Decisiones del MERCOSUR –que tienen carácter obligatorio según el Protocolo de Ouro Preto– y haber sido adoptadas en el marco de un proceso de integración. Estos datos son fundamentales a la hora de fijar la interpretación de sus normas. Es verdad que hay que seguir el proceso de incorporación previsto en cada Estado –dado que aún no existe una instancia supranacional legisferante de la que pudieran derivar normas como éstas destinadas a su aplicación directa en los países miembros–, pero una vez en vigor esas convenciones deben interpretarse y aplicarse en función de las finalidades del MERCOSUR.

Con respecto al PBA, hace ya casi 40 años que la Convención de Viena de derecho de los tratados recogió la ya establecida regla de que no se pueden invocar normas nacionales para evadir el cumplimiento de normas contenidas en tratados en vigor. Las Constituciones paraguayas y argentinas en vigor, además, consagran el mismo principio.

Las normas del PBA no son dudosas ni condicionales. Por el contrario, establecen claramente que, dentro de su ámbito de aplicación, es competente en primer lugar el juez que las partes hayan elegido, libre y voluntariamente, pues no es otro el alcance del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el PBA.

El Protocolo de Santa María ha sido invocado por error. No sólo no está en vigor sino que se refiere a una cuestión muy concreta que son las relaciones de consumo, situación que no tiene nada que ver con la planteada en el caso de marras.

En el juego normal del Derecho internacional privado la internacionalidad de los casos es un presupuesto. La hipótesis de tener que litigar en el extranjero forma parte de ese juego normal. La admisión de la autonomía de la voluntad para determinar el juez competente, que es una tendencia ampliamente generalizada a nivel mundial tiene, entre otras virtudes, la de “avisar” a los contratantes de la existencia de la posibilidad de tener que litigar en el extranjero. Aceptar libre y voluntariamente la cláusula y después intentar desconocerla es, en principio, un claro acto de mala fe.

En particular, entre países limítrofes que participan de un proceso de integración, no hay ningún elemento que autorice a descartar lo que las partes han pactado libremente para sustituirlo por la voluntad unilateral de una de ellas. Los Estados partes del MERCOSUR y

cualquier Estado puede legítimamente prohibir la autonomía de la voluntad; sin embargo, los países del MERCOSUR han incorporado todos a su ordenamiento el PBA que dice exactamente lo contrario. Así como todos aceptan el arbitraje, a través de las reglas nacionales y de las Convenciones de Panamá y Nueva York. Sería contradictorio que el juez paraguayo no pudiera entender en la causa por una sumisión a árbitros que actúen en otro continente, por ejemplo, y que en cambio no respetara una sumisión a los tribunales de un Estado parte del MERCOSUR.

Tal es el sentido y alcance del principio de la autonomía de la voluntad, plenamente vigente como regla en los cuatro países del MERCOSUR en lo que respecta a prórroga de jurisdicción, erigiéndose como un pilar de suma trascendencia del espíritu integracionista.

Pasamos ahora a otra cuestión estrechamente vinculada: la del orden público como límite excepcional a la autonomía de la voluntad. En Derecho internacional privado el orden público constituye la valla para la aplicación de un derecho foráneo que en virtud de una norma de origen convencional –tratado– o legal hubiera tenido virtualidad por contravenir, en el caso específico que se presente, postulados fundamentales del derecho del tribunal juzgador.

Se ha acuñado, además, la expresión de orden público internacional para así expresar que un tribunal local debería evaluar de manera distinta una vinculación meramente local de una internacional, dadas sus peculiaridades, como ocurrió por ejemplo en Francia en su momento, cuando la Corte de Casación entendió que una cláusula-oro que atara una obligación a dicho valor, si bien se hallaba restringida para vinculaciones internas, podría ser pactada para operaciones internacionales sin que con ello se esté afectando el “orden público interno”. De modo que, en las transacciones internacionales, para esta doctrina, la violación al orden público debería ser “manifiesta”, expresión que se viene insertando desde hace varias décadas en instrumentos de Derecho internacional privado emanados de La Haya y otros inspirados en ellos.

Pero en paralelo a esta valla genérica a la aplicación del derecho foráneo conocida como orden público u orden público internacional, se encuentran normas específicas también de orden público, conocidas como normas “imperativas”, “de aplicación directa o inmediata”, “*mandatory*” (en inglés) o “*de police*” (en francés), que como tales son directamente aplicables. Es decir, no se entra al análisis conflictualista de cuál derecho correspondería aplicar para sólo a partir del resultado en concreto evaluar si se está violando o no el orden público, sino se aplican directamente las normas imperativas. Aquí la terminología no es uniforme, porque estas normas también son calificadas como de orden público. Como sea, los distintos sistemas jurídicos cuentan con estas normas que son irrenunciables y que evitan desde el vamos que opere el mecanismo conflictual del Derecho internacional privado. Ante ellas, el juzgador del foro procederá directamente a su aplicación y así lo habilitan las respectivas reservas de orden público que suelen contener los instrumentos internacionales.

Cabe ahondar que las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses que se pretenden resguardar. Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con regulaciones relativas a la moneda o a defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y por otro lado el llamado orden público de protección, que cada Estado lo establece y regula normalmente para salvaguardar derechos de partes débiles en la contratación, como por ejemplo los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento de que hay supuestos en que no la contratación no es fruto de la libre voluntad sino de otros factores. Y al no haber voluntad libre no puede hablarse de autonomía de la voluntad, que es precisamente el presupuesto que haría operativo el PBA en este caso. En definitiva, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad.

Queda claro, pues, que el PBA no colisiona con lo dicho. El mismo está destinado a regular operaciones contractuales libremente contraídas. Condena los abusos (artículo 2.1), lo que deberá ser evaluado por el juez en cada caso en particular, el que también deberá evaluar si en el caso en cuestión se está afectando su orden público de dirección o de protección, en general o a través de violaciones específicas de normas imperativas –también de orden público– que pudiera tener el país en cuestión.

En círculos universales y regionales suele abogarse fervientemente, cada vez con mayor ímpetu, acerca de la necesidad de que se armonicen también las restricciones de tinte imperativo, en aras de una más eficaz integración de los distintos sistemas jurídicos, y tal debería ser el Norte de los negociadores y legisladores de los países del MERCOSUR. Éstos deberían apuntar a que las restricciones de orden imperativo sean no sólo excepcionales –para no hacer mella del principio de la autonomía de la voluntad, uno de los pilares de la contratación moderna– sino, fundamentalmente, a que las soluciones sean homogéneas, tal cual vino ocurriendo en la Unión Europea con las diversas directivas de orden imperativo que atañen a la contratación internacional.

En conclusión, cabe interpretar el PBA como un instrumento que garantiza la sumisión a foros extranjeros dentro del bloque a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Los abusos o las violaciones en concreto a normas o principios de tinte imperativo serán objeto de juzgamiento de parte del juzgador nacional interviniente.

A su turno el Dr. Ricardo Olivera García expone:

A) Relación fáctica del caso.

1. El día 22 de mayo de 2000, la sociedad argentina “Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A.” celebró un contrato de distribución con la sociedad paraguaya “Norte S.A. Importación – Exportación”. En la cláusula 22 del referido contrato se estableció: “22.1. *Ley aplicable: el presente contrato, todos los términos del mismo y la relación entre las partes estará exclusivamente regida y se le aplicarán las leyes sustantivas argentinas. Las partes acuerdan dar plena vigencia a la normativa incorporada por el MERCOSUR, entre los Estados Parte, que regula las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías, sometiéndose a lo establecido por el Protocolo de Buenos Aires.* 22.2. *Jurisdicción: cualquier controversia o petición que surja del contrato o esté relacionada con el mismo, o cualquier contrato que en adelante surja del presente, ya sea referente a la contratación, o a un agravio, o todo lo referido al período de finalización o validez del mismo, será exclusivamente establecido en los tribunales de ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la República Argentina*”.

2. “Norte S.A. Importación – Exportación” demandó ante la Jurisdicción de Asunción, República del Paraguay, a “Laboratorios Northia S.A.C.I.F.I.A.” por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual. La demandada opuso la excepción previa de incompetencia, sustentando su posición en la existencia de un acuerdo sobre elección de foro, al amparo de lo establecido por el artículo 4 del “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual” (en adelante PBA) y su aplicación prevalente sobre la Ley paraguaya N° 194/93. La actora, al contestar el excepcionamiento, rechazó la argumentación de la excepcionante, invocando en lo sustancial los siguientes extremos: a) el carácter irrenunciable de la Ley paraguaya N° 194/93; b) que el caso encuadra dentro de los contratos excluidos del ámbito de aplicación del PBA (“contrato de venta al consumidor”); y c) que corresponde la aplicación del “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo” (en adelante PSM). Asimismo solicitó a la Señora Juez que elevara los antecedentes del caso a la Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay, a los efectos de que ésta solicitara al TPR del MERCOSUR una opinión consultiva, de conformidad con el artículo 3 del “Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR” (en adelante PO).

B) Competencia del TPR para emitir la opinión consultiva requerida.

3. Antes de emitir juicio alguno en torno a la consulta formulada, corresponde realizar ciertas precisiones relativas a la competencia del TPR para expedirse respecto a la aplicación del PBA dado su aparente conflicto con la Ley paraguaya N° 194/93.

4. Realizando una lectura piedadetrista del inciso 3 del artículo 4 del “Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR” (02/07), solo serían

procesables consultas relativas a la interpretación y aplicación de normas del MERCOSUR. En la especie, una vez definida la aplicación del PBA por el consultante, el TPR sería competente para aclarar el sentido y alcance de sus disposiciones enfrentadas al caso concreto. En efecto, la norma reza: *“Las opiniones consultivas solicitadas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el ámbito del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM”*. Debe tenerse presente que es un poder jurídico del CMC determinar el alcance y régimen de las opiniones consultivas, lo cual fue acordado por los Estados Parte en el artículo 3 del PO. Similar disposición a la transcrita se encuentra contenida en la Decisión del CMC N° 37/03¹⁹², mencionada por el actor.

5. La consulta planteada no refiere estrictamente a la interpretación de las normas contenidas en el PBA, sino a la dilucidación del aparente conflicto de fuentes normativas aplicables.

6. Sin embargo, dado el “principio de colaboración con la justicia” y el espíritu reflejado en el considerando único del citado Reglamento, según el cual las opiniones consultivas tienen por finalidad la de *“... contribuir a la interpretación y aplicación correctas y uniformes de las normas del MERCOSUR”*, este órgano procederá a evacuar la consulta planteada.

7. Finalmente corresponde señalar que en el estadio actual de evolución del Derecho de Integración del MERCOSUR, las opiniones consultivas son dictámenes técnico - jurídicos del TPR que carecen de efecto vinculante.

C) Fuente normativa aplicable.

a. Aplicabilidad del Protocolo de Buenos Aires

8. En cuanto al aparente conflicto entre dos fuentes normativas diversas, el PBA y la Ley paraguaya N° 194/93, entendemos que en este caso particular resulta de aplicación el nombrado en primer término.

9. Arribamos a la conclusión precedente teniendo en cuenta las relaciones entre las normas de Derecho Internacional Privado (en adelante DIP) de fuente supranacional (como sinónimo de internacional) y las de fuente nacional, cuestión recogida en la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado” (OEA, CIDIP II, Montevideo, 1979). Dicha Convención ha sido ratificada por todos los Estados Parte del MERCOSUR y en su artículo 1 establece: *“La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho Extranjero, se sujetará a lo regulado en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas conflictuales de su Derecho interno”*. Similar principio sienta el artículo 27 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

10. Como expresa la Dra. Cecilia Fresnedo¹⁹³, con independencia de si consagra o no el “monismo internacional”, el referido artículo resuelve un problema de “ámbitos de aplicación”. En esa línea manifiesta: *“Lo que se desprende inequívocamente de esta norma es que los Estados Parte sólo podrán aplicar su DIPr interno o nacional cuando no exista DIPr internacional que los vincule sobre la materia de que se trate. En otras palabras, lo que la norma ordena es que califiquemos adecuadamente la relación jurídica a regular, teniendo en cuenta los ámbitos de aplicación material, espacial y temporal de las normas de DIPr existentes. Si existe tratado vigente que vincule a los Estados involucrados y que regule la materia en cuestión, deberá aplicarse éste. Sólo en su defecto se podrá aplicar el DIPr de*

¹⁹² “Artículo 4. Tramitación de la solicitud de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte. 1. El TPR podrá emitir opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Parte con jurisdicción nacional. En este caso, las opiniones consultivas se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR, mencionada en el artículo 3, párrafo 1 del presente Reglamento, siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante”.

¹⁹³ Fresnedo, Cecilia. “Curso de Derecho Internacional Privado”, Tomo I Parte General. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Año 2001. Pág. 45.

*fuerza interna o nacional*¹⁹⁴. Conviene tener presente que son normas de DIP de fuente internacional o supranacional las contenidas en Tratados, Convenios, Convenciones o Protocolos (sean éstos multilaterales, regionales o bilaterales) y de fuente nacional las contenidas en Constituciones, códigos o leyes puramente nacionales, con vocación de regulación de relaciones jurídicas internacionales trabadas entre particulares.

11. En el caso planteado, el PBA ha sido suscrito y ratificado tanto por Argentina como por Paraguay (también por Uruguay y Brasil), de lo que se desprende que convencionalmente todas estos Estados han admitido como válido el procedimiento de analizar la existencia de Tratados sobre una determinada cuestión, para excluir la aplicación de la norma de DIP de fuente nacional, sea esto en materia de ley aplicable o de jurisdicción competente. Ello descarta, en lo que a la jurisdicción refiere, la aplicación de la Ley paraguaya N° 194/93 de 17 de junio de 1993. Esta última contiene normas de DIP de fuente nacional paraguaya; en efecto, la citada ley regula algunos aspectos de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior con personas físicas o jurídicas domiciliadas en Paraguay. En tanto normas de DIP de fuente nacional, éstas únicamente son de aplicación en lo que a la jurisdicción respecta, tratándose de casos iusprivatistas internacionales que involucren los ordenamientos jurídicos de Paraguay y de otros Estados con los cuales no existan Tratados, Convenios o Convenciones sobre la materia¹⁹⁵.

12. Por lo demás, a idéntica conclusión se arribaría si se tomara el argumento de Derecho positivo paraguayo esgrimido por el propio Tribunal de Alzada en la providencia cautelar N° 408 conexas a este asunto, según el cual la Constitución paraguaya coloca en un nivel jerárquico superior al tratado respecto a la ley.

b. Aplicación del sistema de fuentes de DIP al caso

13. Dos cuestiones que siempre han sido objeto del DIP son la determinación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente, además de lo atinente al “reconocimiento y ejecución de sentencias foráneas”, dado un caso con elementos de extranjería relevantes. La opinión consultiva de referencia tiene precisamente por objeto la aplicabilidad o no del Protocolo de Buenos Aires y en consecuencia la determinación de la jurisdicción competente.

14. Las opiniones vertidas en este Cuerpo son coincidentes en torno a que resulta de aplicación el referido instrumento (PBA). No obstante ello, existen discrepancias en cuanto a los caminos que conducen a dicha conclusión. Por un lado, como viene de verse en este dictamen se utiliza el clásico razonamiento de DIP, acudiendo a los mecanismos existentes para la aplicación de tratados, convenciones, convenios o protocolos. Por otro se esgrimen argumentos propios del Derecho Comunitario.

15. Afiliándonos a la primera de las posiciones enunciadas abordaremos los argumentos que le sirven de fundamento.

16. Según expresan Tomás Hutchinson y Julián Peña¹⁹⁶: *“Por Derecho Comunitario entendemos una estructura jurídica común a varios países, según el modelo que surge en Europa con la creación primero de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado de París), y luego de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma). Dicho Derecho es independiente del Derecho Interno. Las cualidades principales de dicho ordenamiento son su supremacía, su aplicabilidad inmediata y directa y su efecto directo”*. Agregan: *“Al firmarse*

¹⁹⁴ Fresnedo, Cecilia. “Curso de Derecho Internacional Privado”. Pág. 45.

¹⁹⁵ Advertimos que los Protocolos adoptados en el ámbito del MERCOSUR tienen la misma naturaleza convencional que los demás

convenios internacionales vigentes entre los Estados. En efecto el MERCOSUR no es una organización supranacional de Derecho Comunitario, por lo cual las normas emanadas de sus órganos deben ser incorporadas por los Estados Parte de acuerdo a sus normas constitucionales para que resulten de aplicación (artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto). Cfr. Fernández Arroyo, Diego. “El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un sistema institucional?”, en “El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del Siglo XXI”, Sexta Jornada de Profesores de DIPr. Segovia, 1995. Editorial Eurolex, Madrid, Año 1997. Pág. 153 – 194.

¹⁹⁶ Revista de Derecho Privado y Comunitario No. 5. Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994, p. 453 – 454.

un tratado comunitario con características similares al de Roma, los Estados crean una persona jurídica superior a ellos, a la cual le conceden parte de su soberanía por medio de la delegación de competencias a los órganos comunitarios”.

17. En la misma línea Jorge Pérez Otermin¹⁹⁷ destaca dos particularidades de este Derecho: “La primera, radica en que si bien se constituye mediante tratados, o acuerdos internacionales, es decir, normas de Derecho Internacional Público, su normativa no se agota en ellos, sino que se continúa por normas emanadas de los órganos creados por dichos tratados. La segunda, consiste en que si bien emana de tratados, sus normas no van dirigidas a regular únicamente la relación entre Estados, sino que van dirigidas a regular las relaciones entre los particulares, personas físicas o jurídicas de los Estados Partes”. Asimismo destaca sus tres características primordiales: “La aplicabilidad inmediata, que significa que la norma de derecho comunitario adquiere automáticamente estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados; la aplicabilidad directa, que significa que la norma comunitaria es susceptible de crear por ella misma, derechos y obligaciones a los particulares; y la primacía o prevalencia, que significa que la norma comunitaria se aplica con prioridad a toda norma nacional”¹⁹⁸.

18. Las nociones vertidas precedentemente en cuanto al Derecho Comunitario no resultan aún trasladables al MERCOSUR, dado su estadio de evolución actual. En efecto, siguiendo a Diego Fernández Arroyo¹⁹⁹, entendemos que en este último caso: “... no puede hablarse de un ordenamiento jurídico comunitario, dotado de autonomía, efecto directo y primacía. Existe sí un Derecho institucional, entendido como el Derecho que emana de una organización con personalidad jurídica de Derecho Internacional, pero que se incorpora a los ordenamientos nacionales por el cauce técnico de los convenios internacionales (desigualmente regulado según cada Estado Parte) o por la normativa interna”. Además afirma: “... todos los instrumentos del MERCOSUR relativos al DIP tienen la misma naturaleza convencional y por tanto concurren con los demás convenios internacionales vigentes en cada uno de los Estados, operando en cada caso las cláusulas de compatibilidad”. En visión coincidente, señala Cecilia Fresnedo de Aguirre²⁰⁰ que: “En la actualidad el MERCOSUR no es una organización supranacional sino intergubernamental. Carece de organismos comunitarios con potestades legislativas delegadas, por lo que las normas que emanan de sus órganos carecen de eficacia directa y deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de cada Estado conforme a los respectivos mecanismos constitucionales vigentes. Esto está establecido además en el propio Protocolo de Ouro Preto artículo 42”.

19. El artículo 42 y disposiciones concordantes del Protocolo de Ouro Preto, no consagraron un sistema de fuentes de Derecho Comunitario. Como lo destaca Pérez Otermin²⁰¹: “Pese a los ingentes esfuerzos de la delegación uruguaya, no se pudo aceptar la aplicación inmediata ... Brasil argumentó que de acuerdo a su texto constitucional le era imposible aceptar tal particularidad, razón por la cual fue imposible avanzar en el tema. A ello se agregó que tanto las delegaciones de Argentina como de Paraguay, no obstante tener textos constitucionales recientemente aprobados que habilitaban a dichos países para sostener la aplicación inmediata ... mantuvieron una posición contraria ...”. Expresa también que: “Desterrada la aplicación inmediata, presupuesto de la aplicación directa y la primacía, la delegación uruguaya debió elaborar un mecanismo que sustituyera las ventajas de aquella ...”.

¹⁹⁷ El Mercado Común del Sur desde Asunción a Ouro Preto. Ed. FCU, Montevideo, Uruguay, junio 1995, p. 93 – 94.

¹⁹⁸ El alcance y notas características del Derecho Comunitario fueron definidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los casos “Costa c/E.N.E.L.” y “Van Gend and Loos”, interpretando los artículos 5 y 189 del Tratado de Roma.

¹⁹⁹ El Derecho Internacional Privado en el MERCOSUR: ¿Hacia un sistema institucional? en El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del Siglo XXI, Sextas Jornadas de Profesores de DIP. Segovia, Madrid, 1995. Eurolex, 1997, p. 178 y 193.

²⁰⁰ Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Parte General. Ed. FCU. Montevideo, Uruguay, junio 2001, p. 170.

²⁰¹ Ob. cit., p.101 y 106.

20. Héctor Gros Espiell²⁰² comparando el Tratado de Asunción con el de Roma señala que: *“Es un tratado muy diferente al Tratado de Roma. Mientras el Tratado de Roma es un tratado extenso, de más de 250 artículos que crea y establece el Mercado Común con una gran cantidad de precisiones y la creación de un sistema orgánico definitivo o casi definitivo, el Tratado de Asunción es completamente distinto. Es un tratado que consta solamente de 24 artículos y de 4 anexos. Lo más importante es tener clara conciencia que este tratado constituye, en lo esencial, un tratado que establece el proceso hacia el Mercado Común y no un tratado que establece el Mercado Común... Es pues un camino hacia el Mercado Común, la fijación de un objetivo, un programa para crear el Mercado Común, pero que resulta de un texto internacional de naturaleza convencional, es decir, que genera obligaciones y deberes jurídicamente existentes”*.²⁰³ Esta opinión no se vio desvirtuada por la entrada en vigor del Protocolo de Ouro Preto, que si bien estructuró una persona jurídica internacional dotada de órganos y fuentes jurídicas, como se adelantara, no dotó a estas últimas de la supremacía propia del Derecho Comunitario.

21. Como lo destacara recientemente el Prof. Erik Jayme de la Universidad de Heidelberg²⁰⁴: *“En Europa, los instrumentos usados al comienzo consistieron en convenciones entre los Estados miembros, las cuales han derivado, particularmente desde el Tratado de Maastricht, en reglamentos y directivas... El MERCOSUR carece todavía de una estructura institucional para una legislación centralizada, pero el desarrollo de un DIP común tiende a configurar un pilar para la futura creación de un nuevo derecho comunitario”*

22. Concluyendo, si bien entendemos que objetivamente el MERCOSUR no ha alcanzado el grado de evolución suficiente como para calificar a sus normas como de Derecho Comunitario, no dejamos de reconocer que a partir de Ouro Preto su sistema institucional cuenta con órganos con atribuciones suficientes para la promulgación de normas propias. Es decir, la natural tendencia del MERCOSUR es evolucionar hacia un sistema de Derecho Comunitario que se consolide en un auténtico Mercado Común. Sin embargo, lamentablemente esa no es su realidad actual. Dicha evolución depende de la voluntad que expresen los Estados en los protocolos que se adopten y no es función que pueda ser ejercida por este Tribunal. Al respecto señala Fernández Arroyo, citando a Noodt Taquela y Uriondo de Martinolli²⁰⁵: *“Pero la integración no sólo repercute sobre los presupuestos; también puede generar la configuración de un espacio “comunitario”, diferente del espacio interno y del puramente internacional, regido por sus propias normas y por unos principios característicos que en su conjunto pueden constituir un ordenamiento diferente. En la CE es una realidad y se llama derecho comunitario; en el MERCOSUR lo que existe es un derecho de la integración que va, paulatinamente, cobrando perfiles propios, como se puede atisbar en los laudos arbitrales producidos hasta ahora”*.

23. En virtud de lo expuesto, descartando que las normas del MERCOSUR constituyan Derecho Comunitario (lo que explica que los dictámenes de opinión consultiva no sean aún prejudiciales respecto del fuero nacional, en el sentido de que no son vinculantes para el Juez consultante), es que se ha concluido que corresponde recurrir al clásico sistema de Derecho Internacional Privado relativo a las fuentes. En el ámbito del TPR no corresponde analizar las normas constitucionales vigentes al respecto en los Estados Parte, las que por lo demás, ni siquiera resultan coincidentes.

24. Resulta útil la distinción que realiza la doctrina entre las normas de “DIP mercosureño strictu sensu” o “autónomo” y las normas de “DIP mercosureño latu sensu” o “heterónomas”. Las primeras son generadas por los órganos del MERCOSUR y las segundas son los convenios provenientes de distintos foros internacionales que están vigentes entre los cuatro

²⁰² MERCOSUR, El Tratado de Asunción. Ed. Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo. Montevideo, Uruguay, 1991, p.25.

²⁰³ En similar posición, Hutchinson y Peña (ob.cit. p. 457) afirman que *“El Tratado de Asunción no es un tratado comunitario, es un tratado internacional acorde a las pautas establecidas en la Convención de Viena. No obstante, tiene una característica especial: es un tratado constitutivo de un Mercado Común”*.

²⁰⁴ Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Varios Autores. Ed. Zabalía, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 21 - 22.

²⁰⁵ Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR. Varios Autores. Ed. Zabalía, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 66.

países (Convenciones Interamericanas de DIP, Convenios Bilaterales, etc.)²⁰⁶.

25. En tal sentido es que se ha acudido para concluir en la aplicación del PBA al auxilio del clásico sistema de aplicación de las normas de DIP, recogido por artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP (CIDIP II, Montevideo, 1979), vigente entre los cuatro Estados Parte del MERCOSUR. Se trata de una norma de DIP mercosureño *latu sensu* o heterónoma. Expresa Fernández Arroyo²⁰⁷: *“Las interacciones entre las distintas dimensiones del sistema de DIP son a su vez complejas en sí mismas. En primer lugar, los cuatro Estados del MERCOSUR difieren en la forma de tratar al derecho convencional en general, incluyendo las reglas que han ido generando los órganos de integración. Esto significa que la jerarquía entre las normas correspondientes a cada una de las dimensiones no responde a criterios homogéneos. Ninguno de los ordenamientos mercosureños da un tratamiento especial al derecho de la integración, el cual, en lo atinente al DIP, se presenta bajo la forma de convenciones internacionales. Al decir esto, queremos dejar claro que en ningún caso las normas del MERCOSUR, incluidas las de DIP, se mueven en un nivel diferente al de las convenciones internacionales en general; es decir que cuando en el MERCOSUR se habla de “supremacía” se está hablando de algo muy diferente a la “primacía” del derecho comunitario europeo, que está por encima tanto del derecho autónomo como del derecho internacional. Lo que sí varía es que mientras Argentina y Paraguay consagran visiblemente la jerarquía supralegal de las normas convencionales (y, por lo tanto, también de las mercosureñas), en Brasil y Uruguay [ello no es así] Sin embargo, debe destacarse que en los cuatro Estados del MERCOSUR está vigente la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II)”*.

26. En definitiva, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP recoge el sistema general de razonamiento que en materia de fuentes debe privar dado un caso de tráfico jurídico externo. Dicho sistema es unánimemente admitido por doctrina y jurisprudencia. Por lo demás, cuando aludimos a las normas de DIP de fuente supranacional o internacional no estamos pronunciándonos respecto a la jerarquía de las fuentes. Simplemente se trata de una denominación doctrinaria que permite diferenciar a las normas convencionales de aquellas que si bien forman parte del DIP, son adoptadas por el legislador nacional (normas de DIP de fuente nacional).

27. Ratificamos entonces el criterio sustentado, según el cual, vigente el Protocolo de Buenos Aires (fuente jurídica del MERCOSUR conforme al artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto), éste resulta de aplicación al caso objeto de la opinión consultiva requerida.

D) Juez competente conforme al Protocolo de Buenos Aires.

28. La situación planteada se encuentra perfectamente comprendida en el ámbito de aplicación del mencionado Protocolo, en tanto se trata de un conflicto relativo a un contrato internacional²⁰⁸ de naturaleza comercial suscitado entre personas jurídicas domiciliadas en dos Estados Parte del MERCOSUR. El referido Protocolo consagra en forma amplia la “autonomía de la voluntad”²⁰⁹ en lo que a la elección de la jurisdicción refiere, en consonancia con la posición predominante actual en materia de contratación internacional. En consecuencia, la cláusula atributiva de competencia contenida en el contrato (cláusula 22.2) celebrado entre las sociedades argentina y paraguaya, es válida. Ello significa que son los Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, quienes tienen

²⁰⁶ Diego Fernández Arroyo. Ob. cit. P. 116. No. 58.

²⁰⁷ Diego Fernández Arroyo. Ob. cit. P. 87. No. 34.

²⁰⁸ El Prof. Werner Goldschmidt señalaba que : *“... un contrato es internacional si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero”*. “Derecho Internacional Privado”, 5ta. Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.

²⁰⁹ Sobre el concepto y alcance de la “autonomía de la voluntad” véase “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”, Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, Editorial FCU, Montevideo, Uruguay, Año 1991. Véase también “La cláusula atributiva de jurisdicción en los contratos internacionales en general”, Dr. Domingo M. López Saavedra en www.elderechodigital.com.

competencia en la esfera internacional para entender en el litigio.

29. Asimismo el caso no encuadra dentro de ninguna de las situaciones excluidas de su ámbito de aplicación por el artículo 2 del PBA. La referencia del actor al numeral 6 de la citada disposición (“contratos de venta al consumidor”) no es pertinente. Se trata de un contrato de distribución u otra especie comercial, pero no puede ni remotamente calificarse de “relación de consumo”²¹⁰. Tal consideración excluye además la aplicación del “Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo”, que por otra parte, aún no es Derecho vigente.

30. En consecuencia debe prevalecer la elección de los Tribunales de la República Argentina realizada en el propio contrato. Dicha elección debe reputarse válida, en tanto de los antecedentes no surge que haya sido obtenida en forma abusiva²¹¹. Asimismo, el foro seleccionado en el caso en examen tiene vínculos de razonabilidad con el litigio planteado. En tal sentido, doctrina especializada en obra coordinada por el Prof. Diego P. Fernández Arroyo, expresa que: “*Existe conexión razonable en todos los supuestos en que un Estado estaría investido de jurisdicción subsidiaria (art. 1.b), según los arts. 7 a 12 del Protocolo*”²¹².

31. El inciso 2º del artículo 5 establece: “... *La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo*”. El Prof. Diego P. Fernández Arroyo ha manifestado al respecto que los referidos Derechos regulan “*aquellos aspectos de la declaración de voluntad de las partes que no estén contemplados expresa o implícitamente por las normas materiales del tratado internacional*”, por ejemplo cuestiones tales como la existencia misma del acuerdo y los vicios del consentimiento²¹³. Debe tenerse en cuenta lo manifestado al respecto por el Prof. Eduardo Tellechea Bergman: “*En razón de que en dicha situación puede haber más de un Estado con jurisdicción internacional concurrente para conocer del litigio, el artículo excluye la aplicación acumulativa de las leyes de los mismos y explícita que la situación se resolverá aplicando el Derecho más favorable a la validez del acuerdo. Solución ‘favor negoti’, con amplia recepción en el DIPr contemporáneo, principalmente en relación a la contratación internacional*”²¹⁴.

32. En este punto resulta adecuado aludir a la posibilidad de que existan “normas de policía” (también llamadas “normas rigurosamente obligatorias” o “normas de aplicación inmediata”) en los ordenamientos jurídicos involucrados, que excluyan la validez de los pactos de elección del foro, hipótesis que no se da en la especie. El Prof. Ruben Santos ha manifestado que las normas de policía son reglas no susceptibles de derogación por ser indispensables para el éxito de una política social o económica. De manera coincidente se ha pronunciado el Prof. Antonio Boggiano al decir que “*las normas de policía son inmediatamente*

²¹⁰ El “Anexo al Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo”, define la “relación de consumo” de la siguiente forma: “*Es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio, y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. Equipárase a ésta la provisión de productos y la prestación de servicios a título gratuito, cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo*”.

²¹¹ Según expresa la doctrina: “*Para que el acuerdo sea válido no debe haber sido obtenido en forma abusiva (art. 4). La fórmula fue propuesta por la delegación uruguaya, quien la reiteró en los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR (art. 4), ya que se trata de un criterio aceptado por la doctrina uruguaya (Tellechea Bergman), que fue incluso negociado en el Convenio de Cooperación Jurídica entre España y Uruguay del 4 de noviembre de 1987, al determinar los criterios de la competencia internacional indirecta (art. 5)*”. “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Varios Autores. Editorial Zavalia. Buenos Aires, Argentina, Año 2003. Pág. 190.

²¹² “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Pág. 188 y 189.

²¹³ “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay”. Pág. 191.

²¹⁴ Tellechea Bergman, Eduardo. “Nuevas Regulaciones Regionales en Materia de Jurisdicción Internacional. Los vigentes Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual y de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito”, contenido en el Libro de las “XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”. Maldonado, Uruguay, Año 2006. Página 481.

*excluyentes*²¹⁵. Adviértase que ni el Tribunal de Alzada paraguayo actuante en la pieza cautelar ni el propio actor invocan que la Ley N° 194/93 contenga disposiciones de tal naturaleza.

33. Otra cuestión conexas aunque distinta de la anterior es la “excepción de orden público internacional”. La misma se encuentra consagrada en el artículo 5 de la “Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado” (OEA, CIDIP II, Montevideo, 1979). Como su nombre lo indica, se trata de una “excepción” a la aplicación del derecho extranjero, de interpretación absolutamente estricta. La misma opera cuando una norma de DIP de fuente supranacional o nacional torna aplicable un Derecho extranjero que vulnera en forma concreta, grave y manifiesta las normas y principios fundamentales sobre los cuales el Estado de que se trata sienta su individualidad jurídica. En el caso planteado la norma contenida en el PBA no asigna competencia a Derecho extranjero alguno, sino que valida los pactos sobre elección del foro. En consecuencia, descartamos la aplicación de la citada excepción.

34. Por lo demás, que la Ley paraguaya N° 194/93 sea de orden público interno²¹⁶, carece de absoluta relevancia. No se trata de la aplicación de una norma imperativa en el ámbito puramente interno, sino de la aplicación de la norma de fuente supranacional suscrita y ratificada por los Estados cuyos ordenamientos jurídicos se encuentran involucrados a un caso con elementos de extranjería relevantes.

E) Aplicabilidad de la Decisión CMC N° 02/07 y régimen de Honorarios y gastos.

35. El pago de los gastos derivados de la presente opinión consultiva es de cargo de la República del Paraguay, en aplicación del artículo 11 del “Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR”.

36. La aplicación inmediata al caso del nuevo Reglamento aprobado por la Decisión del CMC N° 02/07 supone entender que dicha norma pasa a regir los actos procesales de este proceso de opinión consultiva que se perfeccionen a partir de su vigencia, con exclusión de toda normativa anterior y de igual rango que regule cualquier aspecto incluido en la nueva reglamentación, en concreto excluye toda disposición en contrario contenida en la Decisión del CMC N° 37/03 y disposiciones concordantes.

37. El proceso de emisión de opiniones consultivas solicitadas al TPR, tal como se encuentra regulado, tiene naturaleza claramente jurisdiccional, pese a que su dictamen carece de efecto vinculante para el Juez nacional. Se trata de un procedimiento llevado adelante por un Tribunal jurisdiccional del MERCOSUR que constituye un mecanismo de cooperación jurisdiccional internacional en beneficio de Tribunales nacionales. De esta manera corresponde la aplicación de los principios de derecho procesal a la hora de interpretar y aplicar las reglas que los alcanzan.

38. El principio universalmente admitido de la aplicación inmediata de las normas procesales no puede confundirse con el fenómeno de la retroactividad, con el que precisamente se opone. Una norma procesal, cualquiera sea el proceso de que se trate, una vez que nace a la vida jurídica de un determinado sistema normativo, pasa a integrarlo inmediatamente y es de aplicación en los procesos en trámite respecto de los actos aún no cumplidos, así como a todos los actos procesales de los procesos que se inicien en el futuro.

39. La retroactividad de las normas en materia procesal es sumamente excepcional y en general es rechazada. Ella supone la aplicación de una nueva norma procesal a actos procesales ya perfeccionados en el pasado. Tratándose de una temática propia de la Teoría General del Proceso corresponde tener presente la postura de los maestros en esta

²¹⁵ Boggiano, Antonio. “Derecho Internacional Privado”, Tomo II, “Derecho Mercantil Internacional”. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina, Año 1991. Pág. 278.

²¹⁶ Debe tenerse presente la distinción efectuada por el autor suizo Charles Brocher entre “orden público interno” y “orden público internacional”. La primera alude a normas internas que no pueden ser derogadas por voluntad de los particulares. La segunda refiere a normas y principios que no pueden ser desplazados en virtud de la aplicación de leyes extranjeras. Tal distinción es puesta de manifiesto por la Prof. Berta Kaller de Orchansky en su “Manual de Derecho Internacional Privado”. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, Argentina, Año 1979.

disciplina. Siguiendo a Carnelutti, cabe sostener que si surge una nueva norma procesal que establece nuevos requisitos para la promoción de un acto de proposición- o en el caso, para la presentación de una solicitud de opinión consultiva - y la misma ya ha sido presentada en el pasado, esta norma no puede aplicarse y el acto de proposición será regular con tal que haya cumplido con los requisitos requeridos por la norma anterior; ello sin perjuicio de que a los nuevos actos se les aplique la norma recientemente surgida, con el límite de no quitar validez a actos ya cumplidos o coherencia al proceso²¹⁷.

40. Una norma procesal nueva que se promulga durante la tramitación de un proceso es aplicable a él, en tanto refiera a actos procesales que todavía no se hubieren cumplido a la fecha de la aparición normativa y en tanto no atente contra la validez de actos ya ejecutados. Según Carnelutti *“la ley posterior que modifica las formas del juicio, rige [...] también los procesos iniciados en virtud de una demanda [acto de proposición] debidamente propuesta durante la vigencia de la ley anterior, siempre porque la proposición de la demanda es un hecho del que emana, sí, el deber del juez de juzgar, pero no el deber de juzgar según una determinada forma”*²¹⁸

41. Sobre el punto que viene de analizarse conviene tener presente la opinión del jurista francés Roubier, quien ha analizado profundamente y desde la perspectiva de teoría general, la problemática de la aplicación de las normas en el tiempo. Para este autor la norma *“de procedimiento”* es de aplicación inmediata y por tanto *“[n]o es posible afirmar que en Derecho Procesal exista la retroactividad como principio; pues la retroactividad es siempre una cosa excepcional”*²¹⁹. Según dicho autor la confusión se explica solamente por la falta de distinción entre efecto inmediato y efecto retroactivo de las normas. Siguiendo dicha posición expresa Véscovi que *“es muy común ver en doctrina y jurisprudencia la afirmación de que las leyes procesales se aplican retroactivamente [...] cuando se ha hecho solamente un estudio superficial del problema. Tal afirmación no resiste a un profundo análisis y la mayor parte de las opiniones modernas la contradice [...] [Esta postura] coincide con casi todos los demás [derechos] conocidos, el principio de la no retroactividad de las leyes alcanza también al Derecho Procesal, el que no hace excepción a la regla. De manera que lo que sucede en Derecho Procesal, no es que las leyes se apliquen en forma retroactiva, sino que por virtud de la función y la naturaleza de estas leyes su aplicación se realiza en forma inmediata al proceso compuesto por una serie de actos”*²²⁰.

42. Según Chiovenda lo que sucede no es que las normas procesales se apliquen en forma retroactiva, sino que por virtud de su función y naturaleza su aplicación se realiza en forma inmediata al proceso, rigiendo los actos que lo componen que aún no se han perfeccionado²²¹. Sobre el punto expresó Hugo Alsina que *“Los actos cumplidos hasta el momento en que la ley entra en vigencia, permanecen inalterados: la ley no puede tener efecto retroactivo para destruir actos procesales definitivamente ejecutados”*²²²

²¹⁷ Luego de sustentar la tesis de la aplicación inmediata de la norma procesal Carnelutti expresa: *“Suponiendo, por ejemplo, que una nueva norma procesal cambie la forma de la demanda judicial, esta norma se aplicará incluso si el litigio se refiere a hechos acaecidos antes de que la nueva norma entrase en vigor; en cambio, no se aplica si el hecho procesal, o sea la propia demanda, se ha realizado antes de que la nueva norma haya comenzado a regir”* (Sistema de Derecho Procesal Civil, t.I Introducción y Función del Proceso Civil, traducción de Alcalazo-Zamora y Castillo y Sentís Melendo, Uthea, Buenos Aires, 1944, p.109).

²¹⁸ Ob. cit. p. 109 y 110.

²¹⁹ “Les conflits des lois dans le temps – Théorie dite de la nonrétroactivité des lois. t. II, Paris. Sirey.1929, ps. 689-90.

²²⁰ Aplicación de la Ley Procesal en el Tiempo. Retroactividad y Ultractividad de las Normas que Regulan el Proceso, UDELAR, 1960, ps. 14 y 15.

²²¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción de Gómez Orbaneja, Madrid, 1948, t. 1, Nº 27, p. 90. En el mismo sentido se expresa Alsina en Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. 1, Buenos Aires 1956, ps. 64 y ss.

²²² Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, 1963, p. 69. En el mismo sentido, existen fallos de jurisprudencia de Uruguay que expresan que las normas procesales son de aplicación inmediata, lo que no implica retroactividad, que sólo existiría si se afectaran procesos terminados o actos realizados. En *“Código General del Proceso anotado, comentado y concordado”*, (p.

43. Por tanto, se reitera que el nuevo reglamento relativo a procesos de emisión de opiniones consultivas es aplicable al presente asunto, respecto de los actos procesales que aún no se han cumplido, sin perjuicio de la supervivencia de las normas del anterior reglamento que no han tenido derogación expresa. La aplicación del nuevo reglamento tiene relevancia respecto a la regulación de los actos procesales alcanzados por él que aún no se hayan cumplido en este procedimiento.

44. Debe tenerse presente que el anterior Reglamento (Decisión CMC N° 37/03) no contiene norma que regule el régimen de gastos y honorarios (costas y costos) del proceso de emisión de opiniones consultivas, tampoco existe disposición al respecto en la norma marco que instituyó el mecanismo de las opiniones consultivas, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR (art. 3). Por lo tanto, la aplicación inmediata en el presente caso no supone conflicto alguno entre una norma anterior que pueda pretenderse tenga ultractividad y una nueva norma. Es decir, que hasta la aparición del nuevo reglamento no existía norma escrita que estableciera el régimen de costas y costos y tampoco un criterio jurisprudencial que pueda invocarse.

45. En el caso, el nuevo reglamento es claramente aplicable en lo que respecta al régimen de gastos y honorarios, pues es evidente que dichas cuestiones son objeto de pronunciamiento del TPR en un acto que aún no se ha cumplido, a saber, la emisión del dictamen de opinión consultiva; tal como sucede en los laudos que se dictan en procesos contenciosos, en los que se determina para el caso concreto el régimen de costas y costos. En definitiva, el nuevo reglamento ha devenido vigente con anterioridad a la oportunidad procesal donde se fija el régimen de costas y costos y por tanto tiene plena vocación temporal para regular dicho acto.

46. Despejada entonces la imputación que pudiera realizarse respecto de la aplicación retroactiva de una norma procesal, resta indagar, conforme disidencias existentes, si la aplicación del nuevo reglamento supone la violación de preceptos superiores del derecho del MERCOSUR. No tenemos dudas respecto a que el TPR, en ejercicio de su función jurisdiccional típica e incluso en el ámbito de procesos consultivos, puede desaplicar una norma reglamentaria que entienda sea violatoria de preceptos superiores que surjan de normas de mayor rango (Tratados, Protocolos, principios generales, etc.), al igual que puede hacerlo el Juez nacional frente a un reglamento ilícito, sea que cuente con facultades anulatorias o no²²³. En general no vemos que las normas del nuevo Reglamento sean contradictorias con principio alguno de rango superior. El sistema de distribución de costas y costos plasmado en el nuevo reglamento no resulta violatorio de norma expresa alguna. Precisamente el Protocolo de Olivos deja en manos del CMC la determinación del alcance y procedimientos de las opiniones consultivas, sin restringir el alcance de dicha delegación (art. 3). Más aun entendemos que el nuevo reglamento no es violatorio de ningún principio superior en la materia, pues precisamente recoge una solución que además de lógica y oportuna resulta la regla en los ordenamientos procesales de la región²²⁴. Es absolutamente lógico y compatible que quien realiza una consulta que refiere a un caso concreto, tenga que correr con los gastos correspondientes al procedimiento impulsado, sin que ello suponga violación alguna de un principio superior²²⁵.

266) obra de integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, dirigida por el Dr. Véscovi se cita n los siguientes fallos: LJU, t. 55, c. 6706, p. 155; LJU, t. 50, c. 6273, p. 143; c. 6280, p. 166; t. 57, c. 6949, p. 293, etc.

²²³ Se reconoce pacíficamente en doctrina que "...el reglamento ilegal puede ser desaplicado [...] por el juez, cualquiera sea su categoría, que entienda en un asunto contencioso ya sea de carácter civil, laboral, comercial o administrativo. El juez debe aplicar la ley y no el reglamento ilegal. Por la sencilla razón de que el juez dice el derecho, o sea, que tiene la potestad de interpretar el orden jurídico". (Daniel Hugo Martins, "Regulación Jurídica del Reglamento en el Derecho Público Uruguayo", en *Actividad Reglamentaria de la Administración*, FCU, Montevideo, 1989, pág. 100; ver también, Enrique Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo II, FCU, Montevideo, 1988, p. 620. En el mismo sentido "Competencia del poder judicial para conocer de la validez de un acto administrativo como premisa del fallo", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 71, FJU, 1971)

²²⁴ Esta es la solución consagrada en el artículo 12 del "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica" del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo, 1988. Editorial M.B.A.

²²⁵ Artículo 173.1 del citado "Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica".

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR

DECLARA:

1. (Voto unánime). Las Opiniones Consultivas peticionadas por los órganos judiciales nacionales deben ser consideradas como interpretaciones prejudiciales consultivas, a la fecha aun no vinculantes. En las mismas, le cabe al TPR interpretar el derecho de integración mercosureño, siendo la aplicación de tal interpretación así como la interpretación y aplicación del derecho nacional, exclusiva competencia jurisdiccional de tales órganos judiciales consultantes.

2. (Voto en mayoría de los Doctores José Antonio Moreno Ruffinelli, Joao Grandino Rodas y Ricardo Olivera García). Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. El Protocolo de Buenos Aires se aplica en los países que lo han internalizado, quedando a cargo del juez nacional la evaluación de si los acuerdos suscritos en virtud de él han sido obtenidos en forma abusiva o afectan el orden público internacional que lo hagan manifiestamente inaplicable al caso en particular.

2.1 (Voto concurrente del Miembro Coordinador Doctor Wilfrido Fernández y Doctor Nicolás Becerra). Las normas del Mercosur internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados Partes. Corresponde en este caso la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre la ley nacional paraguaya 194/93. Dicha primacía resulta de la propia naturaleza del Derecho del MERCOSUR. Las normas del Derecho del MERCOSUR deben tener prevalencia sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados Partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados Partes, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados Partes, de conformidad a los deslindes realizados en relación al concepto de orden público, y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone un sistema de integración. . Dejase constancia interpretativa de que las normas del derecho comercial nacional e internacional, son por regla general solo de orden público relativo, pues en las mismas siempre como regla general, no existe un interés social comprometido.

3. (Voto unánime). Dejar interpretado que el Protocolo de Santa Maria sobre Relaciones de Consumo no tiene aplicabilidad al caso por este doble motivo: a) no estar vigente por no haber sido internalizado por ningún Estado Parte, b) por referirse a relaciones de consumidor, excluidas expresamente del Protocolo de Buenos Aires.

4. (Voto en mayoría de los Doctores Ricardo Olivera García, Joao Grandino Rodas y Nicolás Becerra). El pago de los gastos derivados de la presente opinión consultiva es de cargo de la República del Paraguay, en aplicación del artículo 11 del "Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR", debiéndose seguir el procedimiento de estilo a tales efectos.

4.1 (Voto en disidencia del Miembro Coordinador Doctor Wilfrido Fernández)

a) Declarar la inaplicabilidad in totum al presente caso del Reglamento del Procedimiento para la Solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales de Justicia de los Estados Partes del Mercosur (Decisión 02/07), debido al principio de irretroactividad.

b) Declarar vinculante la inaplicabilidad de los Arts. 1, 6 y 11 del referido Reglamento, así como de la Resolución del Grupo Mercado Común 02/07, en relación a los órganos del Mercosur involucrados, por su manifiesta inconformidad con el derecho del Mercosur originario

c) Determinar que los honorarios y gastos de este Tribunal para el presente caso sean sufragados en forma igualitaria y proporcional por todos los Estados Partes del Mercosur.

d) Disponer que la presente opinión consultiva sea notificada para su inmediato cumplimiento en su parte pertinente (declaraciones de inaplicabilidad), al Consejo del Mercado Común y al Grupo del Mercado Común, a través de la Presidencia *Pro Tempore*, y a la Secretaría del Mercosur.

4.2 (Voto en disidencia del Doctor José Antonio Moreno Ruffinelli). Determinar que el pago de los honorarios y gastos de la presente opinión consultiva deben soportar los cuatro países del bloque por los fundamentos expuestos en el apartado 5 de la presente Resolución.

5. (Voto unánime). Sin perjuicio del voto de los miembros de este Tribunal, el mismo entiende por unanimidad que es necesario recomendar al Consejo de Mercado Común la revisión de las Resoluciones N° 02/07 del CMC y N° 02/07 del GMC, en cuanto al pago de los honorarios, en razón de que la opinión consultiva no afecta a un solo país, siendo un mecanismo de cooperación judicial que enriquece el proceso de integración. La opinión consultiva construye el derecho de integración, por lo tanto todos los países son beneficiarios del mismo, y en consecuencia éstos deben soportar los gastos y honorarios correspondientes.

6. (Voto unánime) Disponer la notificación inmediata de esta opinión consultiva, al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la jurisdicción de Asunción, actualmente a cargo de la Señora Juez Doctora Maria Angélica Calvo, vía la Excm. Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

7. (Voto unánime) Disponer que la presente opinión consultiva sea notificada al efecto informativo a las Cortes Supremas de Justicia de los Estados Partes del Mercosur, a las Coordinaciones Nacionales del Grupo Mercado Común y a la Secretaría del Mercosur.

8. (Voto unánime) Disponer la traducción inmediata al portugués y al español de la presente opinión consultiva en sus partes pertinentes.

9. (Voto unánime) Disponer la publicación inmediata de la presente opinión consultiva en las páginas web del Tribunal Permanente de Revisión y de la Secretaría del MERCOSUR, con inmediata posterioridad a la notificación de la misma a la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Republica del Paraguay.

10. (voto unánime) Regístrese en forma inmediata.

José A Moreno Ruffinelli
Arbitro

João Grandino Rodas
Arbitro

Ricardo Olivera
Arbitro

Wilfrido Fernández
Arbitro

Nicolás Becerra
Presidente