

## EXPERIENCIA ARGENTINA EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

ARGENTINE EXPERIENCE IN FINDING SOLUTIONS TO MERCOSUL CONTROVERSY

Alejandro Daniel PEROTTI\*

### RESUMO

Apresenta a experiência Argentina na solução de controvérsias por meio da análise dos laudos do Mercosul de 1999 até 2001 com conclusões e conselhos.

**Palavras-chave:** Acordo; Argentina; laudo do Mercosul; Sistema de Solução de Controvérsias.

### ABSTRACT

This paper presents the Argentine experiences about solutions on the controversies through the analysis of Mercosul decisions from 1999 to 2001 with conclusions and advices.

**Key words:** Argentina; Deals; Mercosul, Mercosul Decisions, Controversies Solution System

### 1. LA IMPORTANCIA DE UN ADECUADO SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN UN PROCESO DE INTEGRACIÓN<sup>(1)</sup>:

El aspecto positivo de un eficiente Sistema de Solución de Controversias (en adelante, SSC), en el marco de un proyecto de integración, se explica por dos razones: en primer lugar, para el éxito del proceso mismo, ya con ello se asegura el imperio del derecho y, en consecuencia, la salvaguarda de la seguridad jurídica y los derechos de los particulares que se desenvuelven en su interior (personas físicas o empresas). Un claro ejemplo de tal afirmación lo constituye el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), quien, sin lugar a dudas,

\* Abogado (Univ. Nacional del Litoral, Santa Fé), Master en Derecho Comunitario (Univ. Complutense de Madrid, España), Profesor de Derecho de la Integración (Univ. Austral, Buenos Aires). Email: [adeporotti@yahoo.com](mailto:adeporotti@yahoo.com)/ [Perotti@fd.austral.edu.ar](mailto:Perotti@fd.austral.edu.ar)

<sup>1</sup> ABREVIATURAS y SIGLAS. §: considerandos; BOM: Boletín Oficial del Mercosur (Uruguay); LL: Revista Jurídica La Ley (Argentina); ME: Ministerio de Economía (Argentina); MEOySP: Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos (Argentina); RDM: Revista Derecho del Mercosur (Argentina); SDGLTA: Subdirección General de Legal y Técnica Aduanera (Argentina).

ha sido el artífice del más avanzado y perfecto sistema de integración que se conoce; esto al punto de haberse denominado a las Comunidades Europeas como "el gobierno de los jueces". Dicho bloque regional contó con su Tribunal desde el primer día de funcionamiento de las Comunidades. El segundo elemento de importancia radica en que de no crearse un SSC que cobije, más que las expectativas, las necesidades de garantía de las reglas (jurídicas) de juego que el proceso ha decidido establecer, los particulares (en especial, las empresas) buscarán, como veremos ha pasado en el Mercosur, resguardo y protección a través de los jueces nacionales.

## 2. PARTICIPACIÓN ARGENTINA EN EL SSC DEL MERCOSUR:

Argentina ha sido el único Estado del Mercosur que ha tenido protagonismo activo -positivo y negativo- en el marco del SSC del bloque, desde el momento en que ha participado en los cinco Laudos que a la fecha han dictado los Tribunales *Ad Hoc* del Mercosur (en adelante, TAHM) constituidos al amparo del Protocolo sobre Solución de Controversias entre los Países Partes del Mercosur ó Protocolo de Brasilia (en adelante, PB). El único Estado miembro que aún no intervenido en ningún Laudo es *Paraguay*.

De las intervenciones argentinas pueden desprenderse algunas conclusiones:

- a- Fue el País que puso en ejercicio el Tribunal *Ad Hoc* del Mercosur, planteando una demanda contra Brasil por restricciones no arancelarias (en adelante, RNA).
- b- De las cinco ocasiones, únicamente en los dos primeros Laudos, ha sido "Parte Reclamante", resultando siempre en las controversias posteriores "Estado Reclamado".
- c- En los tres últimos Laudos ha sido demandada por Brasil, en dos ocasiones y, en la restante, por Uruguay.
- d- Globalmente consideradas estas intervenciones arrojan, en cuanto a sus resultados finales, un saldo a favor de dos Laudos (I y IV Laudos: Reclamante y Reclamada, respectivamente). A su vez, en las otras tres participaciones, desfavorables a sus pretensiones, fue demandante en una (II Laudo, presentación de Brasil) y demandada en el resto (III y V Laudos: reclamos presentados por Brasil y Uruguay, respectivamente).
- e- El número mayor de controversias lo ha sido con Brasil (Laudos I, II, III y IV), y en una sola oportunidad con Uruguay (V Laudo).

Cabe ahora analizar en forma individual cada uno de las decisiones en las que ha tenido intervención Argentina.

## 3. PRIMER LAUDO, 28 DE ABRIL DE 1999 (2):

Esta decisión fue la que dio inicio al funcionamiento del TAHM y por otro lado la de mayor contenido *pro Mercosur* de todas las que se han dictado a la fecha<sup>3</sup>.

Dicha controversia se originó a partir de la presentación que *Argentina* realizó contra el sistema de licencias automáticas y no automáticas de importaciones (Comunicados N° 37/1997 y 7 y 23/1998 DECEX) aplicadas por Brasil a los flujos comerciales intrazona; el cual, en opinión de nuestro país, constituía una RNA prohibidas por el Derecho Mercosur, en especial por las normas del Derecho originario, entre otras los arts. 1 y 5 del Tratado de Asunción (en adelante, TA), el Anexo 1 (arts. 1 y 10) del mismo instrumento y su correlación con las normas del ACE-18, con más las disposiciones concordantes del Derecho derivado (Decs. CMC 3/94 y 17/97). *Brasil*, Estado Reclamado, adujo, luego de justificar que tales Comunicados creaban un mecanismo moderno de licenciamiento para las importaciones compatible con los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que las normas del TA son «en general» de naturaleza programática («no son en su mayoría jurídicamente auto-aplicables») necesitando por tal razón de su desarrollo posterior a través de actos de las instituciones del Mercosur o de los gobiernos de los Países Parte. Además, agregó, la Argentina no había acreditado el carácter restrictivo del comercio de los Comunicados<sup>4</sup>.

El *Tribunal*, resolvió la controversia considerando que a partir del 31 de diciembre de 1999 todas las restricciones al comercio intra-Mercosur, arancelarias y no arancelarias, quedaban prohibidas de *pleno derecho* por la vigencia automática de las normas del Tratado de Asunción y las disposiciones de su Anexo, interpretadas en forma concordante con las Decisiones del Consejo Mercado Común (en adelante, CMC) que habían modificado los plazos estipulados en los Instrumentos constitutivos. La única excepción a dicha prohibición que se consideró válida, respecto únicamente de las RNA, eran las medidas, de carácter excepcional, que pudieran fundarse en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (Tratado de la ALADI)<sup>5</sup>, el cual tiene por finalidad salvaguardar «determinados valores de naturaleza no comercial», siempre y cuando, no signifiquen un obstáculo encubierto al comercio entre los socios [sentencia, §§81 y 85, apart. (x)]. De ello se desprende que la regla es la proscripción absoluta de todo obstáculo (arancelario y no arancelario) al libre comercio entre los Estados miembros del Mercosur (principio de la libre circulación de mercancías), y que las hipótesis salvadas, en tanto de carácter excepcional, necesitan, por ello, ser expresamente legisladas y son, además, de interpretación restrictiva.

En el caso concreto el Tribunal entendió que el mecanismo de licenciamiento de importaciones sólo es compatible con el Derecho Mercosur:

<sup>3</sup>TAHM, asunto 1/99, *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*, 28/IV/99. Su texto en BOM N° 9, junio, 1999 y RDM 1999-4, p. 257-278.

<sup>4</sup>Hemos realizado nuestro comentario a esta decisión: PEROTTI, Alejandro D., «Breves apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur», RDM 2000-3, p. 122-126.

<sup>5</sup>Por cierto que tal acreditación no surge como exigida por el art. 1 del PB; distinta sería la solución si se aplicaran los arts. 25 y 26 del mismo Protocolo, aunque no era el supuesto del caso planteado.

<sup>6</sup>Tal como lo establece el art. 2, apartado b) segunda frase, del Anexo I del TA.

- en lo que hace a las licencias automáticas «en tanto no contengan condiciones o procedimientos y se limiten a un registro operado sin demora durante el trámite aduanero».
- respecto de las licencias no automáticas «solamente... 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)».
- El plazo para acomodar eventualmente tal sistema de comercio exterior a las normas Mercosur «será hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)» [sentencia, §85, apartado (x) y Decisión 1ª].

Además resultan del Laudo los siguientes principios del sistema jurídico Mercosur:

a) El Tribunal ratificó en varios considerandos la importancia del *principio de la libre circulación de mercancías* (sentencia, §§60, 64-68 y 76). Dicho principio se construye a partir de la prohibición de toda RA y RNA; barreras éstas para cuya eliminación se exige una «sincronía inseparable... que el TA recogió en las disposiciones citadas, fijando para ambas idéntica fecha de finalización (31.12.1999) e igual profundidad en su alcance al abarcar en los dos casos la totalidad del universo arancelario» (sentencia, §§70-71).

b) Se resaltan los principios de «*pacta sunt servanda*» (carácter obligatorio de los acuerdos internacional) y de «*buena fe*» en el cumplimiento de los Tratados, lo cual se hace extensivo a la actividad de los Estados necesaria para poner en ejecución las normas en ellos contenidas (sentencia, §57).

c) Se avanza además en una idea muy oportuna e importante al declarar el Tribunal 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» (sentencia, §62). Esto significa reconocer en el ámbito del Derecho Mercosur la vigencia del *principio primacía*, según el cual en los supuestos de conflicto entre una norma nacional y una norma del bloque debe darse preferente aplicación a esta última.

d) El Tribunal realiza otra afirmación relevante al manifestar que el TA contiene normas con *efecto inmediato*, es decir, «disposiciones que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las Partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados». Como ejemplo de tales normas el Laudo menciona que «los cinco Anexos al TA contienen obligaciones concretas y autoejecutables» (sentencia, §§64 y 66).

e) Un de los puntos también destacable de la decisión es que adopta como método de interpretación del Derecho Mercosur el enfoque *teleológico* (sentencia, §§57, 58 y 60). Esto significa que al momento de desentrañar el sentido de una

norma Mercosur cobran especial relevancia los fines y objetivos del proceso de integración, los que a su vez se resumen en la consecución del Mercado Común (esto es: la libre circulación de bienes, capitales, personas y servicios, art. 1 TA). De esta manera cada interpretación y aplicación de la normativa Mercosur es una forma de poner en práctica las metas que los Estados se han obligado a cumplir a la hora de iniciar el proceso.

f) En cuanto a la determinación del *objeto de la controversia* (esto es, la materia sobre la cual deberá versar el Laudo), el Tribunal adopta la opinión según la cual éste queda establecido, en forma definitiva, en las etapas previas al procedimiento arbitral; ello impide que los Estados pueden hacer valer ante el Tribunal alegaciones que no hayan sido discutidas durante las negociaciones directas o posteriormente ante el Grupo Mercado Común (en adelante, GMC).

#### 4. SEGUNDO LAUDO, 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999 <sup>(6)</sup>:

La controversia, planteada por Argentina contra Brasil, giró en torno a la incompatibilidad de ciertos regímenes que beneficiaban al sector de la producción y exportación de la carne porcina. La disputa se inició a partir de una queja presentada por la Sociedad Rural Argentina (art. 25ss. PB)<sup>7</sup>.

Según la *Reclamante*, Brasil alteraba la libre y sana competencia que debe reinar en el interior de un MC, a través subsidios a favor del sector mencionado ejecutados mediante diversos mecanismos<sup>8</sup>, lo que violaba las normas del Mercosur, en especial la Dec. CMC 10/94, y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC (ASMC). En su contestación *Brasil*, rechazó la naturaleza de subsidios de los instrumentos y agregó que habían sido comunicados a la OMC y eran lícitos según sus reglas; también sostuvo que la Dec. CMC 10/94 «es un compromiso meramente programático sin plazo de cumplimiento predeterminado».

Para resolver sobre el *fondo* del asunto el *Tribunal* en forma llamativa dirigió su atención, de manera inmediata, a las normas del ASMC a fin de definir

<sup>6</sup>TAHM, asunto 2/99, *Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo*, 27/IX/99. Publicado en BOM N° 10, diciembre, 1999 y en LL de 10 de diciembre de 1999, p. 2-3. La decisión fue objeto de una Aclaratoria, resuelta el 27 de octubre de 1999.

<sup>7</sup>Nuestro comentario al Laudo puede consultarse en: PEROTTI, Alejandro D., "El Segundo Fallo Arbitral del Mercosur. O el amargo despertar de nuestro Sistema de Solución de Controversias", RDM 2000-2, p. 121-144.

<sup>8</sup>Entre los cuales se contaban (a) el CONAB: stocks públicos de maíz; (b) el PROEX: pago a los bancos que financian las ventas externas del diferencial entre la tasa de interés internacional Libor y un índice fijado por el Banco Central, con fondos del Tesoro Nacional; (c) el ACC (Adelanto de Contrato de Cambio) y el ACE (Anticipo del Contrato de Exportación): los bancos reciben el incentivo del Estado a través de la reducción de las cargas fiscales y la eliminación del encaje bancario; y (d) Crédito Presunto del IPI (Impuesto a los Productos Industrializados): el Gobierno restituye a los exportadores el pago de contribuciones sociales.

lo que se entiende por "subsidios". En su opinión para que una medida pueda constituir un subsidio deberán concurrir los siguientes elementos: (a) contribución financiera del Estado, (b) beneficio, y (c) especificidad (sector económico determinado). Aplicando este concepto al caso de autos, el TAHM llega a la siguiente conclusión:

- CONAB: deshecha la pretensión argentina en razón de que tal sistema no cumple con el requisito de la especificidad de los subsidios (sentencia, §72, y Aclaratoria, pto. 3). Al analizar el Tribunal dicho mecanismo a la luz de la Dec. 10/94 concluyó que no se ha producido ningún incumplimiento; dicha Decisión, según agregó, «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» (sentencia, §75, y Aclaratoria, ptos. 6.1, 6.2, 6.3 y 6.4). En este aspecto, se rechazó la demanda.
- PROEX: se hizo lugar a la reclamación de Argentina, por lo cual se lo consideró contrario a las normas Mercosur, salvo en lo que hace a las operaciones que involucren bienes de capital a largo plazo; pero aún en este caso las condiciones del financiamiento deberán ser equiparables a las que se apliquen en el mercado internacional (sentencia, Decisión pto. II).
- ACC y ACE: Luego de considerar que lo que debe demostrarse en estos casos es (a) que las condiciones de la financiación otorgada por los bancos privados son más beneficiosas que las que pueden obtenerse en el ámbito internacional y (b) que existe un incentivo del Estado de cualquiera naturaleza a dicha operatoria (sentencia, §§85-87), el Laudo reconoció que la Decisión 10/94 nada prevé en forma específica con relación a los «incentivos tributarios a la financiación de exportaciones», sino que la única referencia en este sentido (art. 11.2) sólo configura un «compromiso asumido por los Estados miembros destinado a evitar que los incentivos no previstos en dicha[...] (Decisión) distorsionen el desarrollo del comercio intrarregional y la consolidación del mercado común» (sentencia, §89). Pero lo importante para la controversia es que el TAHM decidió rechazar el reclamo toda vez que la Argentina no acreditó debidamente (por falta de prueba) que los ACC/ACE hubieran provocado un perjuicio o amenaza de perjuicio a los sectores de la producción de carne porcina nacional, tal cual lo exigen los arts. 25 y 26 PB (sentencia, §93).

Además surge del Laudo lo siguiente:

a) con respecto al art. 11 de la Dec. 10/94, el Tribunal, niega que la misma tenga *efecto directo*, es decir la posibilidad de que pueda generar derechos y obligaciones no sólo para los Estados contratantes, sino también para los particulares. Otro principio esencial que el Tribunal desconoce, también con relación al art. 11 de la citada Decisión, es el *efecto inmediato*, según el cual las disposiciones del Derecho Mercosur no necesitan para su operatividad, en el ámbito del Dere-

cho interno, de ningún acto nacional de recepción, transposición, nacionalización, internación o internalización (sentencia, §55, y Aclaratoria ptos. 6.1, 6.2, 6.3 y 6.4).

b) el Tribunal reitera, recogiendo un párrafo del I Laudo, que el método de interpretación más adecuado a la hora de investigar el sentido de las normas del Mercosur es el *teleológico* (sentencia, §55).

c) *objeto de la controversia*: el Tribunal mantuvo la idea, ya adelantada en el I Laudo, según la cual aquel queda establecido de forma inalterable en las fases anteriores a la de su intervención; por dicha razón, no hizo a lugar las alegaciones de Argentina sobre el Crédito presunto del IPI (sentencia, §§14, 43-47 y 48-51, y Aclaratoria ptos. 1.1, 1.2 y 1.3 y ptos. 2.1 y 2.2).

## 5. TERCER LAUDO, 10 DE MARZO DE 2000 <sup>(9)</sup>:

La controversia se inició a partir de un Reclamo presentado por el socio mayor del Mercosur contra una medida de salvaguardia que Argentina impuso, bajo el formato de cupos, a las importaciones de tejidos de algodón procedentes de Brasil (Resolución 861/1999 MEOySP, de 13 de julio). El punto en debate era si los Estados Parte tenía o no la posibilidad de aplicar al comercio intrazona este tipo de cláusulas. Ambos países mantenían una diferente interpretación sobre las normas Mercosur que regulaban este supuesto<sup>10</sup>.

Brasil sostuvo que el TA, en especial sus Anexos I y IV, prohibía las salvaguardias luego del 31 de diciembre de 1994; plazo prorrogado sólo hasta el 1 de enero de 1999 por la Dec. CMC 5/94. En cambio, Argentina entendió que a tenor de los arts. 3 del TA, y 1 y 5 de su Anexo IV<sup>11</sup>, existía un "vacío legal" ya que no se había legislado sobre el tema más allá del 31 de diciembre de 1994, en consecuencia, los Países Partes estaban facultados para aplicar su legislación interna, en este caso el Acuerdo sobre Textiles y Vestidos (OMC); además, la falta de normativa Mercosur determinaba la imposibilidad de poder recurrirse al SSC del

<sup>9</sup>TAHM, asunto 1/00, *Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (MEOySP)*, 10/III/00. Publicado en BOM N° 13, junio, 2000 y en RDM 2000-3, p. 138-164. La decisión fue objeto de una solicitud de Aclaratoria resuelta el 7 de abril de 2000.

<sup>10</sup>Nuestro análisis sobre la sentencia puede verse en PEROTTI, Alejandro D., "Tercer Laudo del Mercosur. Una buena excusa para hablar de Salvaguardias y del Derecho Regional", RDM 2000-5, p. 201-239.

<sup>11</sup>TA, art. 3. "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 adoptan un Régimen General de Origen, un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia".

TA, Anexo IV, sobre Cláusulas de Salvaguardias: Art. 1. "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"; Art. 5. "En ningún caso la aplicación de cláusulas de salvaguardia podrán extenderse más allá del 31 de diciembre de 1994".

bloque.

El *Tribunal* debió definir, previamente, cuando existe una "controversia", en el sentido del PB; en su opinión podrá entenderse que la misma se configura cuando se dan tres los elementos: (i) que la demanda y la respuesta hagan referencia a la existencia de un derecho o de una obligación; (ii) que el reclamo se oponga «positivamente» a la contestación; y (iii) que haya un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir sobre la licitud de una medida nacional con relación a normas Mercosur (sentencia, §II.A). En el caso concreto el Tribunal encontró que el conflicto se ubicaba dentro de ámbito de aplicación PB.

En cuanto al *fondo*, el TAHM entendió que únicamente hasta el 1 de enero de 1999 tenían los Estados la facultad de mantener exceptuados del libre comercio intrazona un número determinados de productos a través de salvaguardias; luego de tal fecha estas medidas restrictivas debían caducar obligatoriamente (sentencia, §§III-D.1 y III-D.3). Consideró, además, que frente a la prohibición expresa del art. 5 del Anexo IV del TA, las salvaguardias en el Mercosur sólo están permitidas cuando una norma del bloque expresamente así lo autorice, sin que puedan alegarse otras disposiciones jurídicas que no forman parte del Derecho del bloque como las de la CE, el Nafta o el GATT-94 [sentencia, §§III-D.3, III-F, III-G.1, III-H.2; III-H.3; III-I; y IV. Conclusión, aparts. (D) y (F). Así también Aclaratoria §3]. Con respecto a la esgrimida teoría del "vacío legal", el Tribunal despejó toda duda invocando el principio de la "libre circulación de mercaderías" (LCM); en este sentido concluyó que en el Mercosur «existe una presunción a favor del libre comercio entre sus miembros» (sentencia, §III-H.3), por lo cual al no haberse legislado sobre salvaguardias tiene plena aplicación la libertad comercial.

En resumen, el Tribunal decidió que la Resolución 861/99 del MEOySP (salvaguardia) no era compatible con la normativa Mercosur (ni originaria, ni derivada), en consecuencia debía ser revocada [sentencia, V. Decisión, apart. (B)].

El Juez del III Laudo también arrojó luz sobre algunos aspectos del ordenamiento jurídico regional:

a) *principio de primacía*. El Tribunal manifestó, en más de uno oportunidad, que el Derecho Mercosur excluye las medidas nacionales unilaterales que contravengan el sistema implantado por el TA. Puede decirse que esto es una constante del fallo. En efecto, según el Laudo la «regla de derecho», la cual rige en el Mercosur, viene a significar que «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» (sentencia, §III-H.3).

b) *efecto directo*. Según el Tribunal las restricciones al obrar unilateral de los Estados se fundan también en el necesario mantenimiento de un «standard mínimo» de seguridad jurídica, que debe beneficiar a «todos los actores» que intervienen en la unión aduanera; ello así, toda vez que «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» (sentencia, §III-H.3). En consecuencia, las normas del TA que regulan el principio de la LCM, en tanto que confieren derechos y obligaciones a las personas físicas y jurídicas, son plenamente

invocables por los particulares frente a las autoridades de los Estados miembros, las cuales quedan obligadas a su observancia y cumplimiento.

c) se ratifica una vez más la exigencia de la *interpretación teleológica* del Derecho Mercosur [sentencia, §§III-C, III-E, III-H.2 y III-H.3, y Conclusión IV, apart. (E); Aclaratoria, §3].

d) *objeto de la controversia*: su configuración. En este punto el Tribunal se separa de las dos decisiones que le precedieron, ya que, en su opinión, el objeto recién queda configurado a partir de los escritos (de Reclamación y de Respuesta) que las partes presentan en la etapa arbitral, aún cuando éstos contengan imputaciones no alegadas durante las fases previas. Por tal razón, rechazó la «objeción Argentina a la definición del objeto de la controversia por parte de Brasil» (sentencia, §III.B; Aclaratoria, §1).

La Argentina dio cumplimiento al Laudo y derogó la medida que imponía la salvaguardia por medio de la Resolución 265/2000 ME, del 11 de abril. A su vez Argentina ha aceptado la *doctrina del III Laudo* en actos posteriores; así por ejemplo, la Resolución 348/2001 ME, de 6 de agosto, que impone salvaguardia a las importaciones de duraznos en agua edulcorada, exceptiona de tal restricción a las importaciones procedentes del Mercosur en virtud de lo establecido por el art. 5 del Anexo IV del TA.

## 6. CUARTO LAUDO, 21 DE MAYO DE 2001 <sup>(12)</sup>:

El motivo del asunto fue la Resolución 574/2000 ME (Argentina), de 21 de julio, a través de la cual se fijaron derechos antidumping a las importaciones de Brasil de pollos eviscerados.

Esta controversia presentó, además del procedimiento en el ámbito del Mercosur, varios procesos judiciales a nivel nacional. Así, sumado a las actuaciones tramitadas ante las autoridades administrativas que llevaron a cabo la investigación por dumping, se interpuso, en forma paralela, una solicitud de medida autosatisfactiva, ante un juzgado federal, la cual perseguía, hasta la finalización del expediente administrativo, la imposición de cuotas de importación; hecha a lugar el pedido, el mismo fue luego revocado por la Cámara federal de segunda instancia<sup>13</sup>. A su vez, una vez que fue dictada la medida que imponía los derechos

<sup>12</sup>TAHM, asunto 1/01, *Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil*, 21/V/01. Publicado en RDM 2001-3, p. 149-185. La decisión fue objeto de una solicitud de Aclaratoria resuelta por el Tribunal el 18 de junio de 2001.

<sup>13</sup>Sobre la imbricación entre ambas actuaciones y su resultado final puede consultarse PEROTTI, Alejandro D., "Un nuevo ejercicio de aplicación judicial del Derecho Mercosur: el 'asunto Pollos'", RDM 2001-1, p. 174-183.

<sup>14</sup>Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, "Frangosul SA c/ M° Economía - Resolución 574/2000 s/ Medida Cautelar (Autónoma)", sentencia de 14 de febrero de 2001; y, en la misma causa, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, sentencia de 24 de abril de 2001.

antidumping, un exportador brasileño se interpuso también un recurso judicial ante los tribunales argentinos a fin de que, interim se pronunciara el TAHM, se suspendiera a su respecto la vigencia de la Resolución 574/2000; acogida favorablemente en primer instancia, la medida provisional fue posteriormente dejada sin efecto por la Cámara federal, ante la apelación del Estado Nacional<sup>14</sup>

En el procedimiento ante el TAHM la Reclamante (*Brasil*), adujo que: (a) las medidas antidumping son incompatibles con un esquema de Unión Aduanera; (b) la Argentina no había respetado los pasos legales establecidos en las normas del Mercosur para llevar adelante la investigación de dumping; (c) frente a la vigencia del principio de la LCM, y la consiguiente prohibición de las RNA, los derechos antidumping constituyen una subespecie dentro de las RNA y por tanto son violatorios del Derecho Mercosur. La *Argentina*, por su parte, que se había negado a entablar las negociaciones diplomáticas previas, en base a considerar que no existía norma Mercosur que regulara el tema del antidumping intrazona y por lo tanto mal podía hablarse de un conflicto sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del TA, hizo valer que: (1) no existía normativa del bloque y por lo tanto tampoco competencia del Tribunal; (2) varias de las disposiciones del Derecho regional citadas por Brasil, no se encontraban aún en vigor en razón de que no todos los Estados miembros habían procedido a cumplir con la exigencia de su incorporación al Derecho nacional de lo cual resultaba que los Estados seguían siendo competentes para aplicar su legislación interna sobre el tema.

La primera consideración del *Tribunal*, referida a la negativa argentina de iniciar las negociaciones diplomáticas, fue que ante tal actitud debe darse por cumplida esta etapa del procedimiento toda vez que «*De lo contrario, ..., 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*» (sentencia, §II-A:97).

En cuanto a lo que debe entenderse como una "controversia" sobre las disposiciones del Derecho Mercosur, la solución del Laudo no deja lugar a dudas:

*«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)»* (sentencia, §§II-B:101 a 103).

Sobre el fondo, la primera constatación del fallo es que no existe en vigor ninguna norma Mercosur que regule la investigación de dumping y la aplicación de medidas antidumping en el comercio intrabloque (sentencia, §§II-D-2:112,

<sup>14</sup>TA, Anexo 1, art. 2, inc. "b". "A los efectos dispuestos en el artículo anterior, se entenderá... b) 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. No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el Artículo 50 del Tratado de Montevideo 1980".

113 y 131, y III-1). Ahora bien, tal conclusión no lleva automáticamente a que la función del Tribunal haya finalizado, pues el análisis, es colocado por el Laudo bajo el paraguas jurídico de las RNA a la libre circulación de mercaderías (sentencia, §§II-D-6:132, II-E-4:147 y III-2); en otras palabras, en tanto que los derechos antidumping podrían caer dentro de la definición de "restricciones" a la LCM (art. 2, inc. "b", del Anexo I del TA<sup>15</sup>), cabe la intervención del Tribunal (Aclaratoria, §§I y II).

A su vez, el Tribunal, sin perjuicio de reconocer que los regímenes nacionales sobre antidumping no son compatibles, en principio, con la filosofía de un proceso de integración en estadio de Unión Aduanera, se hace cargo de «*La especialidad del caso en el Mercosur (donde)[...] 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*»; lo cual encuentra su justificación «*en la necesidad de defender la competencia*». Esto último es esencial en la sentencia toda vez que la aplicación de un régimen antidumping únicamente es compatible con el Derecho del bloque si persigue «*la finalidad prevista por la norma (defensa de la competencia), lo que descarta su utilización para disimular o encubrir la obtención de otros fines que atentan contra la facilitación del comercio*». Caso contrario estaríamos frente a un supuesto de «*desviación de poder que viciaría el acto*» (sentencia, §§II-E-3, II-F-1:153-158 y II-F-2:161-169). En el caso concreto, el Juez del IV Laudo concluyó que la investigación por él encarada no ha demostrado que el expediente tramitado por la administración argentina haya «*sido empleado [...] como un medio ilícito de restricción a la libre circulación de bienes en el ámbito del Mercosur*» (sentencia, §§II-F-3:170-212); en consecuencia, decidió no hacer lugar al reclamo.

En lo que hace a las soluciones de principios, deben destacarse:

a) LCM: el Tribunal reafirma nuevamente que uno de los *principios jurídicos más importantes* en el Mercosur es el de la *libre circulación de mercaderías*, el que rige desde el 31 de diciembre de 1999 (sentencia, §§II-E-1:134, 135, 136 a 141; II-F-2:168; III.4 y III.5; Aclaratoria, §§I, III, IV y VI).

b) *objeto de la controversia*: sigue la tesis de la determinación adoptada por los Laudos I y II; es decir su configuración a partir de lo expuesto en las etapas previas a la arbitral; por ello el Tribunal desechó una alegación de Brasil sobre la presunta violación por Argentina de la Dec. CMC 14/94 [sentencia, §§II-C:107 y II-F-3 (c):201].

## 7. QUINTO LAUDO, 29 DE SEPTIEMBRE DE 2001 <sup>(16)</sup>;

<sup>15</sup>TAHM, asunto 2/01, *Restricciones de Acceso al Mercado Argentino de bicicletas de Origen Uruguayo*, 29/IX/01. Publicado en LL de 6 de septiembre de 2001, p. 3-5. El Tribunal evacuó una solicitud de Aclaratoria el 31 de octubre de 2001. Su texto puede verse en LL de 14 de noviembre de 2001, p. 8-10.

En razón de que el presente panel está también conformado por los DRES. ROBERTO PUCEIRO, JOSÉ M. ROBAINA y RAFAEL TEJERA y el ING. JORGE BARDIER, quienes han tenido una directa participación en este último Laudo del Mercosur y expondrán acerca de tal experiencia, sólo me referiré a un punto específico de esta decisión.

El Tribunal debió entender en un Reclamo presentado por Uruguay contra la Argentina, referido a una investigación -y posterior anulación- de los certificados de origen que fueron presentados por la empresa Motociclos con motivo de la exportación de uno de sus modelos de bicicletas -luego extendida a toda la producción de dicha firma- al territorio de la Reclamada.

El resultado final del Laudo fue favorable a la Reclamante y la decisión se basó, en concreto, en la presunción de validez que ampara a tales certificados y la insuficiencia probatoria de la Argentina a fin de destruir tal presunción. Nuestro país dio rápido cumplimiento a la decisión del Tribunal a través de la Instrucción General 96/2001 SDGLTA, de 16 de noviembre.

La cuestión a la cual quería hacer referencia es a la decisión del Tribunal de proceder, por su propia autoridad, a nulificar la medida argentina que fijaba el tratamiento extrazona (pago del arancel externo común) de las mercaderías de Motociclo de Uruguay.

En la Aclaratoria, Argentina planteó con buen criterio la falta de competencia del Tribunal para decretar, por *motus proprio*, la nulidad de un acto administrativo nacional, quedando circunscripta sus facultades a la constatación de un eventual incumplimiento del Derecho Mercosur y la posterior recomendación al Estado infractor para que revoque la norma en cuestión.

Al evacuar tal Aclaratoria el Tribunal rechazó la jurisprudencia del TJCE (sentencia *Humblet*, de 16.12.1960) que Argentina había citado a fin de fundamentar su posición, considerando, entre otras cosas: (a) que la "antigüedad" de la sentencia *Humblet* la hacía inaplicable al caso bajo análisis; (b) que tal decisión fue dictada por el TJCE en el marco de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante, CECA). Pues bien ambas respuestas son, desde todo punto de vista, insuficientes para concluir que la aplicación dicha sentencia del TJCE a esta causa no es pertinente, y ello por las siguientes razones: en lo que respecta al punto (a) el propio TJCE acaba de citar en su reciente fallo *Alemania/Comisión*, de 25.10.2001, su precedente dictado en el caso *Italia/Alta Autoridad*, el cual data ni más ni menos que de 15.07.1960; en lo que hace al argumento (b) basta sólo señalar que, en razón de la imbricancia que existe entre los Tratados de las tres Comunidades, en innumerables ocasiones el TJCE, aún cuando debía decidir una cuestión en el marco de la CECA, ha recurrido, en los supuestos de lagunas normativas, a las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (un ejemplo de esto puede verse en su sentencia *Buseni*, de 22.02.1990).

Por si ello fuera poco, debe resaltarse que, tanto en las Comunidades Europeas como en la Comunidad Andina, sendos Tribunales de Justicia han reconocido en forma expresa que les está vedado, por no estar dentro de sus competencias, cualquier clase de prerrogativa para anular un acto o norma del ordenamiento interno de los Estados miembros. Así por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha declarado, en su sentencia *Belmont*, de 29.08.1997,

que carece del poder de anular tanto una ley nacional que sea incompatible con el derecho comunitario, como también el acto individual que le da aplicación.

En último término, cabe agregar que los fallos del TJCE que el Tribunal Mercosur cita, a fin de justificar su razonamiento sobre la facultad para invalidar un acto nacional (a saber, decisiones *Comisión/Italia*, de 13.07.1972; *Comisión/Francia*, de 4.04.1974 y *Comisión/Francia*, de 28.03.1980), lejos de confirmar dicha prerrogativa, establecen que el efecto que surge de una sentencia de incumplimiento contra un Estado miembro es la obligación de pleno derecho para sus autoridades nacionales de no aplicar la disposición infractora.

## 8. ALGUNAS CONCLUSIONES:

1. Las intervenciones de Argentina en el marco del SSC del Mercosur han demostrado que, por lo general, existe una inconveniente "desconexión" entre la Representación del Estado y los asesores letrados de los sectores privados que pudieran llegar a verse afectadas por la decisión del Tribunal. Falta, en este sentido, mayor participación de las empresas en las presentaciones que ha hecho el Estado.

2. A su vez surge también la falta de asesoramiento letrado específico en temas de Derecho de la Integración, lo cual responde, en no pocas oportunidades, a que la Representación del Estado es asignada al Ministerio de Economía y por ello a técnicos, y no al Ministerio de Relaciones Exteriores. Ello se hace más inadecuado si se repara, por ejemplo, en la Lista de Árbitros no nacionales de los Estados miembros que han elegido los Países; entre otros, R. Alonso García (Catedrático de Derecho Comunitario de la Universidad Complutense de Madrid), Galo Pico Mantilla (ex Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) y A. Zelada Castedo (doctrinario y Prof. de Derecho de la Integración en la Universidad Simón Bolívar). Como se puede observar, cada vez es más necesarios contar con una asesoría letrada en temas de Derecho de la Integración, a fin ofrecer un buen respaldo a las presentaciones ante el TAHM.

3. Otro aspecto relevante de las presentaciones argentinas es la deficiencia en los aspectos probatorios de las controversias, lo que ha determinada que varios de los Reclamos hayan sido desestimados por los diferentes Tribunales en razón de esta carencia.

4. Debe destacarse que Argentina ha dado muestras de un amplio acatamiento de las obligaciones que los Laudos le han impuesto.

## 9. CONSEJOS ÚTILES:

1. La experiencia vivida por Uruguay, en el marco del último Laudo del Mercosur, ha demostrado la conveniencia de la participación conjunta del

Estado y de las empresas que estén (o puedan llegar a estar) envueltas en la controversia. En efecto la intervención "a dos bandas" trae ventajas para ambos: en lo que hace al Estado, las mismas están dadas, principalmente, en que los particulares coadyuvarán en la preparación de las presentaciones y además, la contribución de la asesoría letrada de los privados, acarreará una reducción de las cargas laborales del Departamento de la administración encargado de llevar adelante los casos y de los costos financieros que conlleva el procedimiento ante el TAHM, con el resultado final de una mejor asignación de los recursos disponibles; en lo que hace a las empresas, tal participación, a la vez que les asegura una defensa más adecuada a sus necesidades y problemas, les garantiza un proceso más expedito y predecible.

2. El desarrollo de los últimos procedimiento, en especial el de la Aclaratoria al V Laudo, demuestra que cada vez se hace más imperioso contar con la asesoría de expertos en Derecho Comunitario o de la Integración, a fin de complementar las presentaciones del Estado y las empresas.

3. Una alternativa que no debe dejar de analizarse es la de agregar a los escritos (de Reclamo o de Contestación), presentados ante el Tribunal, un dictamen o la opinión jurídica de expertos en temas de Integración económica. Tal herramienta, de carácter complementario aunque de un valor muy considerable, es también utilizada en los procesos ante los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas y de la Comunidad Andina.

## 10. ALGUNOS INTERROGANTES PLANTEADOS POR LOS PARTICIPANTES DEL ENCUENTRO:

1-¿Cuál es la verdadera trascendencia que debe asignarse a la circunstancia de que los sucesivos Laudos hayan reconocido la vigencia en el Mercosur del principio de la LCM?

La importancia fundamental de tal declaración, hecha por todos los TAHM que han intervenido a la fecha, radica en que este principio ha sido caracterizado por los mismos Laudos como un "principio jurídico", lo que significa que es posible su invocación por las empresas, no sólo ante las autoridades administrativas nacionales de los Estados (en especial, las aduanas) sino también ante los jueces internos, quienes deberán darle plena vigencia. Esto cobra especial relevancia en Argentina, toda vez que según el Derecho interno las disposiciones de los Tratados y del Derecho resultante tienen jerarquía superior a las leyes nacionales, sean éstas anteriores o posteriores.

Por último, debe agregarse que, sin perjuicio de que en virtud del carácter *ad hoc* del SSC (es decir, que los Laudos resuelven para el caso concreto) las anteriores decisiones no obligan a los Tribunales que intervengan en el futuro, el principio jurídico de la LCM es ya una línea jurisprudencial consolidada en el Derecho Mercosur. No está de más recordar -como lo vimos antes- la aplicación por parte de la Argentina de la doctrina de III Laudo a un caso (salvaguardias a la importación de duraznos) que no se relacionaba con la controversia de los textiles.

*2-¿Qué valor tiene el mencionado principio de la LCM, frente a las continuas restricciones que se imponen en las fronteras a las exportaciones de productos procedentes del Mercosur?*

El valor exacto de este principio es que jurídicamente, desde el 1 de enero de 2000, están prohibidas por el TA y normas concordantes, todas las RA y RNA, salvo, para estas últimas, cuando sean fundadas en el art. 50 del Tratado de la ALADI.

Que tal principio exista, y por ello la posibilidad de su invocación, no prejuzga acerca de lo conveniente que puede ser el SSC adoptado en el Mercosur. En otras palabras, el reconocimiento en cabeza de los particulares que comercian en el interior del bloque de un derecho a poder exigir la LCM, no impide que, de hecho, los Estados miembros violen tal prerrogativa. Ahora bien, lo que se garantiza es que tal infracción es perfectamente denunciabile y puede dar lugar al inicio del SSC. Bien es cierto, que tal mecanismo, regulado en el PB, es desde todo punto de vista ineficaz frente a las necesidades de las empresas, las que se ven prisioneras de la discrecionalidad de sus Gobiernos en cuanto al planteo del procedimiento de controversias; pero esto es independiente del principio de la LCM. Para graficar lo afirmado pensemos que la comisión de los delitos no significa que el Derecho penal no exista.

Por ello, si bien transitan por carriles que se entrecruzan, la LCM y el SSC son cuestiones diferentes.

Lo aconsejable, obviamente, es mejorar de forma considerable el acceso de las empresas al SSC a fin de que puedan plantear sus quejas y reclamos. Al respecto, no está demás traer a colación que en la Comunidad Andina, a partir del 25 de agosto 1999, los particulares tiene acceso directo al Tribunal de Justicia (previo agotamiento de un exiguo proceso administrativo) con la posibilidad de plantear demandas de incumplimiento contra los propios Estados Parte (art. 25 del Tratado); a la fecha, por ejemplo, el Centro de Azucareros de Colombia ha planteado una Acción de Incumplimiento contra Venezuela por las salvaguardias aplicadas a las importaciones de azúcar (el proceso se encuentra pendiente de resolución ante el Tribunal).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PEROTTI, Alejandro D., "Breves apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur", RDM 2000-3, p. 122-126.

\_\_\_\_\_. "El Segundo Fallo Arbitral del Mercosur. O el amargo despertar de nuestro Sistema de Solución de Controversias", RDM 2000-2.

\_\_\_\_\_. "Tercer Laudo del Mercosur. Una buena excusa para hablar de Salvaguardias y del Derecho Regional", RDM 2000-5.

\_\_\_\_\_. "Un nuevo ejercicio de aplicación judicial del Derecho Mercosur: el 'asunto Pollos'", RDM 2001-1

TAHM, asunto 1/01, *Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros provenientes de Brasil*, 21/V/01. Publicado en RDM 2001-3, p. 149-185.

TAHM, asunto 2/99, *Subsidios a la producción y exportación de carne de cerdo*, 27/IX/99. Publicado en BOM N° 10, diciembre, 1999 y en LL de 10 de diciembre de 1999, p. 2-3. La decisión fue objeto de una Aclaratoria, resuelta el 27 de octubre de 1999.